



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Racionalidad subyacente y evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa de derechos reales

Especial referencia a la función del Registro de la Propiedad Inmobiliaria

Fernando Pedro Méndez González

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



**UNIVERSITAT DE
BARCELONA**

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de investigación: Derecho Civil

**Racionalidad subyacente y evolución institucional de
los sistemas de transmisión onerosa de derechos reales.**

**Especial referencia a la función del Registro de la
Propiedad Inmobiliaria**

Directores: Prof. Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

Prof. Dra. Chantal Moll de Alba Lacuve

Tutor: Prof. Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

Fernando Pedro Méndez González

Barcelona, 2022

Resumen

La finalidad de esta tesis se dirige a demostrar que el Registro de la Propiedad español no tiene como objeto publicar procesos transmisivos consumados extrarregistralmente. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula un sistema de transmisión / adquisición registral que es, junto con la usucapión, el único procedimiento de adquisición de una titularidad inmobiliaria *in rem* en un entorno de contratación impersonal como es el propio de una economía de mercado. Dado que la inscripción es voluntaria, opera solamente en relación a la propiedad inscrita y, a diferencia de la usucapión, no tiene por objeto suplir la falta de poder de disposición del transmitente, posibilitando de ese modo una adquisición *a non domino*, si bien esta puede ser una consecuencia derivada ocasionalmente de su función.

La finalidad del sistema de transmisión registral consiste en posibilitar la existencia de titularidades seguras y fácilmente transmisibles en un entorno de contratación impersonal, caracterizado por la información incompleta, lo que dificulta la contratación y, por lo tanto, la especialización, base de la creación de riqueza. Para conseguir esta finalidad, su función consiste en concentrar en los asientos registrales toda la información jurídicamente relevante para el adquirente, de modo que las vicisitudes de alcance real de actos y contratos anteriores referentes al mismo bien inmueble, así como las cargas y gravámenes sobre este, que no consten inscritas, no le afecten, salvo las expresamente exceptuadas por la ley.

Las inscripciones se ajustan, de este modo, a una de las características esenciales de todo Derecho, a la seguridad del tráfico jurídico: comprimir la información necesaria para contratar y, por lo tanto, los costes necesarios para ello, sin que, por lo tanto, sea necesaria, para el adquirente, más información, que, en otro caso, podría frustrar su adquisición.

El sistema de transmisión / adquisición registral significa una intervención directa del Estado en el sistema de transmisión / adquisición de titularidades inmobiliarias, la cual es consistente con el hecho de que, en un moderno Estado de Derecho, la propiedad es una función del Estado, el cual debe intervenir para conseguir que el derecho de propiedad

cumpla su función, a saber: estimular la realización de inversiones a largo plazo que permitan un uso especializado y, por lo tanto, productivo de los bienes, así como facilitar la reasignación constante de recursos escasos a quienes, en cada momento, hagan un uso más eficiente de estos.

Esta intervención del Estado es directa, es decir, normativa -artículo 34 de la Ley Hipotecaria- e institucional -Registro de la Propiedad-, lo que confiere a la inscripción la naturaleza de acto estatal. La intervención es necesaria debido a que no se puede conceder a la posesión inmobiliaria el mismo alcance que a la posesión mobiliaria, pues pondría en riesgo a los propietarios, dificultaría la separación entre propiedad y control y, por lo tanto, el uso especializado de los bienes.

Por ello, no se puede dar a las situaciones posesorias derivadas de actos entre particulares, que no han obtenido el reconocimiento del Estado, plasmado en la correspondiente inscripción, como alcance legitimador para destruir su eficacia.

Resum

La finalitat daquesta tesi es dirigeix a demostrar que el Registre de la Propietat espanyol no té com a objecte publicar processos transmissius consumats extraregistrament. L'article 34 de la Llei Hipotecària regula un sistema de transmissió / adquisició registral que és, juntament amb la usucapió, l'únic procediment d'adquisició d'una titularitat immobiliària *in rem* en un entorn de contractació impersonal com és el propi d'una economia de mercat. Atès que la inscripció és voluntària, opera només en relació a la propietat inscrita i, a diferència de la usucapió, no té per objecte suplir la manca de poder de disposició del transmissor, possibilitant així una adquisició *a non domino*, si bé aquesta pot ser una conseqüència derivada ocasionalment de la seva funció.

La finalitat del sistema de transmissió registral consisteix a possibilitar l'existència de titularitats segures i fàcilment transmissibles en un entorn de contractació impersonal, caracteritzat per la informació incompleta, cosa que dificulta la contractació i, per tant, l'especialització, base de la creació de riquesa. Per aconseguir aquesta finalitat, la seva funció consisteix a concentrar als assentaments registrals tota la informació jurídica rellevant per a l'adquirent, de manera que les vicissituds d'abast real d'actes i contractes anteriors referents al mateix bé immoble, així com les càrregues i els gravàmens sobre aquest bé, que no constin inscrites, no l'afectin, llevat de les expressament exceptuades per la llei.

Les inscripcions s'ajusten, així, a una de les característiques essencials de tot Dret, a la seguretat del tràfic jurídic: comprimir la informació necessària per contractar i, per tant, els costos necessaris, sense que, per tant, sigui necessària, per a l'adquirent, més informació que, si no, podria frustrar-ne l'adquisició.

El sistema de transmissió / adquisició registral significa una intervenció directa de l'Estat en el sistema de transmissió / adquisició de titularitats immobiliàries, la qual és consistent amb el fet que, en un Estat modern de Dret, la propietat és una funció de l'Estat, el qual ha d'intervenir per aconseguir que el dret de propietat compleixi la seva funció, és a dir: estimular la realització d'inversions a llarg termini que permetin un ús especialitzat

i, per tant, productiu dels béns, així com facilitar la reassignació constant de recursos escassos a qui, en cada moment, en facin un ús més eficient.

Aquesta intervenció de l'Estat és directa, és a dir, normativa -article 34 de la Llei Hipotecària- i institucional -Registre de la Propietat-, cosa que confereix a la inscripció la naturalesa d'acte estatal. La intervenció és necessària pel fet que no es pot concedir a la possessió immobiliària el mateix abast que a la possessió mobiliària, ja que posaria a risc als propietaris, dificultaria la separació entre propietat i control i, per tant, l'ús especialitzat dels béns.

Per això, no es pot donar a les situacions possessòries derivades d'actes entre particulars, que no han obtingut el reconeixement de l'Estat, plasmat a la corresponent inscripció, com a abast legitimador per destruir-ne la seva eficàcia.

Abstract

The purpose of this thesis is aimed at demonstrating that the Spanish Property Registry does not have the purpose of publishing transfer processes consummated extra-registration. Article 34 of the Mortgage Law regulates a registration transfer / acquisition system which is, together with usucaption, the only procedure for acquiring real estate ownership *in rem* in an impersonal contracting environment such as that typical of a market economy. Given that the registration is voluntary, it operates only in relation to the registered property, and, unlike the usucaption, it is not intended to make up for the transferor's lack of power of disposal, thus enabling *a non-domino* acquisition, although this it can be a consequence derived occasionally from its function.

The purpose of the registration transmission system is to enable the existence of secure and easily transferable titles in an impersonal contracting environment, characterized by incomplete information, which makes contracting difficult and, therefore, specialization, the basis for the creation of wealth. To achieve this purpose, its function consists of concentrating in the registry entries all the legally relevant information for the acquirer, so that the vicissitudes of real scope of previous acts and contracts referring to the same real estate, as well as the charges and encumbrances on this, which are not registered, do not affect you, except those expressly excepted by law.

The inscriptions are adjusted, in this way, to one of the essential characteristics of all Law, to the security of the legal traffic: compress the information necessary to contract and, therefore, the necessary costs for it, without, therefore, it is necessary, for the acquirer, more information, which, in another case, could frustrate its acquisition.

The registration system of transmission / acquisition means a direct intervention of the State in the system of transmission / acquisition of real estate titles, which is consistent with the fact that, in a modern Rule of Law, property is a function of the State, the which must intervene to ensure that the property right fulfills its function, namely: to stimulate long-term investments that allow a specialized and, therefore, productive use of assets, as well as to facilitate the constant reallocation of scarce resources to those who, at all times, make more efficient use of these.

This intervention of the State is direct normative -article 34 of the Mortgage Law- and institutional -Property Registry-, which confers to the registration the nature of a state act. The intervention is necessary because real estate possession cannot be granted the same scope as movable possession, since it would risk to the owners, it would hinder the separation between ownership and control and, therefore, the specialized use of the assets.

For this reason, possessory situations derived from acts between individuals, which have not obtained recognition from the State, embodied in the corresponding registration, cannot be given as a legitimizing scope to destroy their effectiveness.

Sumario

Resumen	3
Resum	5
Abstract.....	7
Abreviaturas.....	23
Introducción.....	25
1. Del intercambio personal al intercambio impersonal.....	43
1.1. Presentación.....	43
1.2. La racionalidad subyacente de la evolución de los sistemas transmisivos. Del intercambio personal al intercambio impersonal	49
1.2.1. Contratación personal	52
1.2.2. Contratación impersonal.....	56
1.2.2.1. La progresiva aparición de la información incompleta	56
1.2.2.2. Los riesgos de la información incompleta.....	59
1.2.2.3. La tecnología institucional necesaria para disipar las incertidumbres	63
2. La necesidad de intervención del Estado. Su fundamento	67
2.1. La protección de los derechos mediante reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, y reglas de inalienabilidad.....	67
2.2. El contenido material y el objeto del derecho como factores determinantes de su grado de protegibilidad efectiva	70
2.2.1. El contenido material del derecho	71
2.2.2. Bienes muebles e inmuebles como objetos de derecho.....	72
2.2.2.1. Bienes muebles tradicionales: baja protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad	73
2.2.2.2. Bienes inmuebles: alta protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad	73
2.2.3. Bienes muebles e inmuebles: una relación inversa entre seguridad y liquidez de los derechos de aprovechamiento sobre los mismos.....	75
2.3. Titularidades obligacionales y titularidades reales sobre derechos reales.....	76

2.4. La necesidad de intervención del Estado para que la propiedad pueda cumplir su función	79
3. El conflicto entre la seguridad -jurídica- de las titularidades y la liquidez -jurídica- de las transacciones	91
3.1. Las dificultades jurídicas para garantizar que las titularidades sobre la propiedad y demás derechos reales inmobiliarios son, simultáneamente, seguras y fácilmente transmisibles	91
3.2. La pervivencia de la regla de reivindicabilidad ilimitada como factor causal del dilema entre la seguridad y la liquidez jurídicas de las titularidades en un entorno de contratación impersonal.....	96
3.3. La intervención directa, esto es, normativa e institucional del Estado en el sistema transmisivo como solución	98
3.4. El distinto grado de complejidad de la intervención del Estado para superar el dilema en los ámbitos mobiliario e inmobiliario	99
3.4.1. La superación del dilema en el ámbito mobiliario. La suficiencia de la intervención normativa del Estado	99
3.4.2. La superación del dilema en el ámbito inmobiliaria. La necesidad de una intervención no solo normativa sino también institucional del Estado	102
3.4.2.1. Las características de los bienes inmuebles.....	102
3.4.2.2. Intervención normativa: la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, su sustitución por la regla de la irreivindicabilidad en relación a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe y la consiguiente inversión de las reglas de protección de la titularidad adquirida en estos supuestos	109
3.4.2.3. La necesaria intervención institucional complementaria para que la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada produzca los efectos deseados. la <i>publicación</i> del sistema transmisivo inmobiliario mediante la introducción del Registro de derechos	112
3.4.2.4. De las titularidades <i>in personam</i> a las titularidades <i>in rem</i> en el ámbito inmobiliario mediante la publicación del sistema transmisivo	114
3.4.2.5. Requisitos necesarios para la adquisición de una titularidad sobre un <i>ius in rem</i> inmobiliario protegida por una regla de propiedad en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario	116

3.4.2.6. La simetría informativa funcional entre los contratantes y la conservación del poder de disposición por el titular registral como efectos derivados de la fe pública registral	119
3.4.2.6.1. Imposición de simetría informativa funcional entre los contratantes.....	119
3.4.2.6.2. Atribución del poder de disposición al titular registral en relación a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe	120
3.4.2.7. El derecho a conocer el contenido de la inscripción	123
3.5. Consecuencias	125
3.5.1. La conversión, operada por la inscripción dotada de fe pública registral, de las titularidades sobre los iura <i>in rem</i> inmobiliarios en <i>bienes de búsqueda</i>	125
3.5.2. La superación del conflicto entre seguridad y liquidez de los <i>iura in rem</i> inmobiliarios.....	126
3.6. Evolución histórica de los sistemas de transmisión a título oneroso.....	128
4. La evolución de los sistemas de transmisión en el Derecho romano	131
4.1. <i>Mancipatio</i>	131
4.1.1. La <i>mancipatio</i> antes de la aparición de la moneda acuñada: un acto solemne y abstracto que agotaba en sí mismo el proceso transmisivo de la <i>res Mancipi</i>	132
4.1.2. La <i>mancipatio</i> tras la aparición de la moneda acuñada: la separación entre el negocio obligatorio y el negocio de disposición	135
4.1.3. Las <i>nuncupationes</i> : su alcance <i>inter tertios</i>	136
4.1.4. La responsabilidad por <i>aucloritas</i> como precedente de la responsabilidad por evicción en la compraventa – <i>emptio venditio</i> -	137
4.1.5. El progresivo desarrollo de la forma escrita <i>ad probationem</i> de la <i>mancipatio</i> ..	140
4.2. <i>In iure cessio</i> : la adquisición de <i>res Mancipi</i> – y <i>nec Mancipi</i> - mediante <i>addictio</i> del magistrado	142
4.2.1. Una <i>vindicatio</i> simulada	142
4.2.2. Alcance de la abstracción de la <i>in iure cessio</i>	144
4.2.3. La escasa utilización de la <i>in iure cessio</i>	145
4.3. <i>Traditio</i>	145
4.3.1. El desarrollo del comercio. El desarrollo paralelo del <i>ius gentium</i> y su influencia decisiva en la evolución del <i>ius civile</i>	145
4.3.2. <i>Traditio</i> posesoria, <i>traditio</i> como acto traslativo y <i>traditio</i> como proceso traslativo	151

4.3.3. El procedimiento transmisivo traditorio: <i>emptio venditio</i> más <i>treditio</i> . De procedimiento transmisivo de la res <i>nec mancipi</i> a procedimiento transmisivo de toda clase de bienes	153
4.3.3.1. Caracterización general. La <i>emptio-venditio</i> como contrato consensual, de <i>ius gentium</i> , surgido en las relaciones comerciales con extranjeros	154
4.3.3.2. Características más relevantes de la <i>emptio venditio</i> en tanto que negocio jurídico paradigmático integrante del proceso de circulación voluntaria de bienes en el mercado.....	160
4.3.3.2.1. La <i>emptio venditio</i> es un negocio jurídico de alcance estrictamente obligacional. En consecuencia, es válida la venta de cosa ajena	160
4.3.3.2.2. <i>La obligación del vendedor no es la de transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino la de garantizar la pacífica posesión de esta</i>	160
4.3.3.2.3. <i>El vendedor está obligado a responder en caso de evicción</i>	161
4.3.3.2.4. <i>Fundamento de que el vendedor no asuma la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador</i>	164
4.3.3.3. La <i>treditio</i> como acto traslativo	166
4.3.3.3.1. <i>Requisitos de la traditio como acto traslativo</i>	167
4.3.3.3.1.1. <i>Ius disponendi del tradens</i>	168
4.3.3.3.1.2. Que tenga lugar el traspaso posesorio o <i>nuda traditio</i>	169
4.3.3.3.1.3. <i>Iusta causa traditionis</i> : que el acto traditorio se fundamente en una justa causa	173
4.3.3.3.1.3.1. La cuestión de la causalidad o abstracción de la <i>treditio</i> como acto.....	173
4.3.3.3.1.3.2. La <i>treditio</i> romana como acto causal	174
4.3.3.3.1.3.3. La <i>emptio venditio</i> como <i>iusta causa traditionis</i>	177
4.3.3.3.1.3.4. El régimen específico del pago de lo indebido <i>-solutio indebiti-</i>	178
4.4. <i>La publicidad de las transmisiones en Derecho romano</i>	181
4.4.1. <i>La evolución de los sistemas de difusión pública de las transacciones inmobiliarias en Derecho romano</i>	181
4.4.2. La relación entre publicidad de las transacciones inmobiliarias, la necesidad de seguridad jurídica de los contratantes y las necesidades fiscales del Imperio.....	184
4.5. La pauta evolutiva de los sistemas de transmisión inmobiliaria en Derecho romano	191
4.5.1. Del formalismo y la abstracción hacia la consensualidad y la buena fe.....	191

4.5.2. La expansión del Imperio y el incremento del comercio hacen que el sistema transmisivo de la <i>res Mancipi</i> se vaya aproximando paulatinamente al de la <i>res nec Mancipi</i>	195
4.5.3. El formalismo es progresivamente sustituido por negocios consensuales típicos de alcance obligacional seguidos de un acto dispositivo <i>-traditio-</i> entrelazados causalmente	199
4.5.4. Publicidad de las transacciones inmobiliarias e intereses fiscales	202
4.5.5. Reflexión sobre las razones por las que los juristas romanos no elaboraron procedimientos que resolviesen los problemas de agilidad del tráfico jurídico inmobiliario, sin merma de la seguridad de los propietarios.....	204
4.6. Un escenario jurídico pleno de incertidumbres, más favorecedor del <i>statu quo</i> que del comercio jurídico, mediante la protección de la posesión y el traslado de los riesgos a los adquirentes	207
5. Evolución histórica de la transmisión de bienes muebles	215
5.1. Razones del interés en el análisis de la evolución de la transmisión de bienes muebles y mercaderías y de la cesión de créditos: su influencia en la evolución de los sistemas de transmisión inmobiliaria.....	215
5.2. Las dificultades del Derecho común: el mantenimiento de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de información incompleta y distribuida asimétricamente genera inseguridad en las titularidades y dificulta el comercio.....	216
5.3. Expansión del comercio y <i>Lex Mercatoria</i> : una solución endógena ante las insuficiencias del Derecho común.....	217
5.4. La introducción de la regla de irreivindicabilidad -en rigor, reivindicabilidad limitada- en el comercio de mercaderías primera regla diferencial de la <i>Lex Mercatoria</i> en relación al Derecho común	222
5.5. Consecuencias: la inversión de las reglas de protección de los <i>iura in rem</i> mobiliarios en relación a las establecidas por el Derecho común como instrumento para potenciar su liquidez sin merma de su seguridad.....	224
5.6. Ámbito de aplicación de la regla de irreivindicabilidad. Diferente regulación en los ámbitos civil y mercantil	225
5.7. En el ámbito mobiliario, la consecución de tal efecto mediante la inversión de las reglas de protección de los <i>iura in rem</i> sólo es posible por el especial valor atribuible a la	

posesión como signo de propiedad debido a las especiales características que concurren en los bienes muebles	234
6. La transmisión de créditos: de la cesión de créditos a la circulación cambiaria	239
6.1. Los riesgos de la cesión de créditos bajo el Derecho común	240
6.2. El sistema de asignación de riesgos del Derecho común genera desconfianza en el cesionario y dificulta la cesión de créditos.....	242
6.3. La solución adoptada por la <i>Lex Mercatoria</i> : la inversión de la asignación de riesgos mediante la incorporación de los derechos de crédito a un documento –bien mueble- y el sometimiento de su régimen circulatorio al de las mercaderías. Del contrato de cambio a la letra de cambio.....	246
6.4. La incorporación del derecho al documento como instrumento necesario para incrementar la liquidez de los derechos de crédito sin incremento de los riesgos para el deudor ni para el cesionario.....	250
6.4.1. Incorporación y ejercicio del derecho	252
6.4.2. Incorporación y circulación del derecho	252
6.4.3. Incorporación y constitución del derecho.....	254
6.4.4. La incorporación como técnica de intensidad graduable.....	254
6.4.5. Las propiedades normativas que caracterizan la incorporación del derecho al documento en los títulos valores cualificados o de fe pública	255
6.4.5.1. Legitimación por la posesión.....	256
6.4.5.1.1. En relación al tenedor	256
6.4.5.1.2. En relación al adquirente del documento cambiario	256
6.4.5.2. Literalidad y abstracción: la protección obligacional del adquirente del documento mediante la exclusión de excepciones	257
6.4.5.3. La autonomía del derecho incorporado: la protección jurídico-real del tenedor mediante la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada	260
6.4.5.4. A modo de conclusión	263
7. Evolución de los sistemas de adquisición de las titularidades sobre bienes inmuebles a título oneroso	265
7.1. Los riesgos en la transmisión inmobiliaria	265
7.1.1. Dificultades de movilización.....	266
7.1.2. Riesgo de pertenencia.....	267

7.1.3. Riesgo de consistencia.....	268
7.1.4. Riesgo de pérdida del derecho.....	270
7.1.5. Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario.....	271
7.2. Las especiales dificultades para superar el conflicto entre las titularidades inmobiliarias y la liquidez de estas en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida.....	272
7.2.1. Las características específicas de los bienes inmuebles impiden fundamentar en su posesión la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada y la consiguiente inversión de las reglas de protección del derecho de propiedad sobre los mismos establecidas por el Derecho común.....	273
7.2.2. Función política de los derechos de propiedad sobre la tierra durante el antiguo régimen.....	276
7.2.2.1. Propiedad y Señorío en el antiguo régimen.....	277
7.2.2.2. Los imprecisos contornos de los derechos de aprovechamiento concurrentes sobre la tierra: función de la imprecisión.....	278
7.2.2.3. Los privilegios de la élite dominante en materia de derechos de propiedad sobre la tierra.....	280
7.2.2.4. Función de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en este contexto: la acción reivindicatoria como instrumento de defensa del <i>statu quo</i>	283
7.2.2.5. Las necesidades fiscales de la Corona como condicionantes fundamentales de la evolución institucional.....	285
8. Sistema francés de transmisiones inmobiliarias a título oneroso tras 1789: transmisión <i>solo consensu</i> y publicidad inmobiliaria como requisito de oponibilidad.....	293
8.1. La regla de la transmisión <i>solo consensu</i> como instrumento de reasignación de riesgos con la finalidad de facilitar el comercio. Su insuficiencia.....	293
8.2. La publicidad registral como requisito de oponibilidad de las transmisiones inmobiliarias.....	297
8.3. La reforma del sistema de publicidad registral inmobiliaria del decreto ley de 4 de enero de 1955 y normas posteriores.....	299
8.3.1. Actos sujetos publicación.....	300
8.3.2. Exigencia de titulación auténtica.....	302
8.3.3. Respeto del denominado efecto relativo de la publicidad inmobiliaria.....	303

8.3.4. Eficacia sustantiva de la publicación: la inoponibilidad de los títulos no publicados frente a los publicados	306
8.3.4.1. Requisitos para que la oponibilidad despliegue sus efectos	309
8.3.4.1.1. Debe tratarse de títulos a los que la ley impone la publicación para su oponibilidad frente a terceros	309
8.3.4.1.2. Debe tratarse de títulos provenientes del mismo <i>auctor</i>	310
8.3.4.1.3. No se requiere que la adquisición sea a título oneroso, pero si lo es <i>mortis causa</i> ha de serlo a título singular.....	311
8.3.4.1.4. Se plantea la cuestión de si el tercero ha de serlo de buena fe para que no le sean oponibles los documentos no publicados	311
8.3.4.1.5. Especial referencia a las hipotecas	315
8.3.4.2. La inoponibilidad conlleva una quiebra del principio <i>solo consensu</i>	317
8.3.5. Otros efectos derivados de la publicación	319
8.4. La imposibilidad del sistema registral francés de suministrar al verdadero titular o persona legitimada para disponer	319
9. Sistema alemán de transmisiones inmobiliarias a título oneroso: contrato abstracto traslativo e inscripción registral.....	327
9.1. Aproximación general	327
9.2. La abstracción causal <i>inter tertios</i> y la posibilidad de neutralizarla mediante la <i>Vormerkung</i> o, en general, de un asiento de contradicción <i>-Widerspruch-</i>	330
9.3. Negocio obligatorio, negocio dispositivo e inscripción	332
9.4. Sistema transmisivo inmobiliario y abstracción relativa en el <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	335
9.5. El procedimiento jurídico dispositivo en el ámbito inmobiliario: El acuerdo abstracto traslativo – <i>Einingung-</i> y la inscripción – <i>Eintragung-</i>	340
9.5.1. El acuerdo abstracto traslativo: <i>Einigung</i> -denominado <i>Auflassung</i> en el caso de los inmuebles.....	340
9.5.2. Inscripción en el Registro de la Propiedad <i>-Eintragung-</i>	342
9.5.2.1. La solicitud de inscripción	344
9.5.2.2. El consentimiento para la inscripción.....	345
9.6. Las principales propiedades normativas de la inscripción	346
9.6.1. La legitimación registral o <i>Vermutungswirkung</i>	349
9.6.2. La fe pública registral o <i>Gutgläubenswirkung</i>	350

9.7. Consideraciones finales	360
10. La evolución del sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias en España tras el fin del Antiguo Régimen	365
10.1. La revolución liberal y la construcción jurídica de un derecho de propiedad sobre la tierra individual, unitario y libremente transferible.....	365
10.2. La formación del derecho de propiedad privada sobre la tierra	366
10.2.1. La medida de primer orden: el reconocimiento del derecho de propiedad privada por el Estado	366
10.2.2. Las medidas de segundo orden o medidas dirigidas a conseguir la efectividad del derecho.....	371
10.3. La subordinación de las exigencias de la creación de un mercado inmobiliario e hipotecario a las necesidades fiscales del Estado	376
10.4. La insuficiencia de las medidas adoptadas en materia de derechos de propiedad sobre la tierra para la creación de un mercado inmobiliario e hipotecario y la precaria situación de las titularidades de los derechos de propiedad sobre la tierra	383
10.5. Consecuencia: inseguridad e iliquidez de los derechos de propiedad sobre la tierra e imposibilidad de desarrollar un mercado inmobiliario e hipotecario	386
11. Hacia el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario mediante la creación de un nuevo sistema transmisivo basado en la inscripción: referencia al proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861	389
11.1. La elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861 dentro de un contexto general de reforma de las leyes civiles y mercantiles a fin de facilitar el desarrollo del comercio, de la industria y de la agricultura	389
11.2. La intervención directa del Estado como instrumento necesario para la superación del <i>conflicto</i> entre seguridad y liquidez de los derechos en el ámbito inmobiliario. La Ley Hipotecaria de 1861	398
11.3. La magnitud del alcance de la reforma introducida por la Ley Hipotecaria de 1861	403
11.3.1. La Ley Hipotecaria de 1861 supuso la legalización o formalización de gran parte de las titularidades clandestinas existentes.....	409
11.3.2. La Ley Hipotecaria de 1861 introdujo, como regla general, la voluntariedad de la inscripción	409

11.3.3. La Ley introdujo un nuevo sistema transmisivo basado en la seguridad del tráfico jurídico- cuyo eje era el artículo 34-, pero manteniendo el viejo sistema del Derecho común, si bien, para el caso de conflicto entre ambos, estableció una norma de conflicto -artículo 23- en cuya virtud prevalecía el nuevo sistema	410
11.3.4. En cuanto a las hipotecas, la Ley prohibió las hipotecas generales y extendió la exigencia de inscripción a las hipotecas legales, salvo algunas excepciones que se mantuvieron.....	417
11.3.5. La Ley Hipotecaria de 1861 derogó la regla de la reivindicabilidad ilimitada para quienes optaran por la circulación registral de sus derechos y se hallasen protegidos por la fe pública registral	419
11.3.6. La Ley Hipotecaria de 1861 hace operativa la reivindicabilidad limitada mediante la imposición de la <i>abstracción personal</i> en las relaciones <i>inter tertios</i>	420
11.3.7. Para que la limitación de la regla de reivindicabilidad produjera los efectos deseados, la Ley Hipotecaria de 1861 configuró al titular registral –al titular del derecho según la inscripción- como legitimado para disponer desde la perspectiva del tráfico jurídico.....	421
11.3.8. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 configuraba la inscripción como epicentro del nuevo sistema transmisivo	423
11.3.9. La Ley Hipotecaria de 1861 publicó –dotó de carácter público- al sistema transmisivo que instrumentaba	427
11.4. La contrarreforma hipotecaria de 1869: la purga sustituye a la fe pública registral	428
11.5. La oposición a la introducción al nuevo sistema: sus causas	431
1.16. Reflexión sobre las razones que impulsaron la introducción en España del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario	436
12. La teoría del título y el modo en el sistema transmisivo de bienes inmuebles en el Código Civil	441
12.1. La teoría del título y el modo.....	441
12.2. El sistema de adquisición derivativa de bienes inmuebles por negocios jurídicos <i>inter vivos</i> a título oneroso en el Derecho civil español común	451
12.2.1. Precedentes de la teoría del título y el modo en el Derecho histórico español. Especial referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.....	451
12.2.2. El artículo 609 del Código civil. Su elaboración.....	457

12.3. La <i>traditio</i> como acto traslativo en el Código Civil.....	465
12.4. La tradición instrumental.....	477
12.4.1. Requisitos para que el otorgamiento surta efecto traditorio	480
12.4.2. ¿Es el otorgamiento un acto traditorio o un equivalente de este?	485
12.5. La naturaleza causal de la tradición en nuestro sistema	486
13. La modulación del sistema transmisivo del Código civil por la Ley Hipotecaria. Las propiedades normativas de la inscripción.....	489
13.1. Código civil y Ley Hipotecaria: La regulación <i>inter partes</i> e <i>inter tertios</i> , repectivamente, de las transmisiones inmobiliarias	489
13.2. Repercusión de las remisiones del Código Civil a la Ley Hipotecaria en la estructuración de las relaciones entre ambos cuerpos legales, por lo que a la regulación de la transmisión de bienes inmuebles se refiere. La prevalencia de la Ley Hipotecaria	493
13.3. La modulación del sistema transmisivo inmobiliario del Código civil por la Ley Hipotecaria.....	497
13.4. El objeto del Registro de la Propiedad: la inscripción	500
13.5. Las propiedades normativas de la inscripción.....	501
13.5.1. Legitimación registral.....	502
13.5.1.1. En relación al titular registral	502
13.5.1.2. En relación al tercer adquirente	509
13.5.2. La presunción en relación con la configuración de los derechos reales inscritos.....	510
13.5.2.1. Protección jurídico obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones.....	510
13.5.2.2. Protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral.....	518
13.5.3. La incorporación tabular del derecho como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción	527
14. Funciones y efectos de la fe pública registral.....	529
14.1. Según la concepción dominante, la fe pública registral se limita a legitimar, en ciertos casos de doble disposición, adquisiciones <i>a non domino</i>	529

14.2. Desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria –prevalente en materia de propiedad inscrita– la fe pública registral desempeña, sin embargo, funciones esenciales en los supuestos ordinarios, es decir, en ausencia de doble disposición.....	530
14.3. Funciones de la fe pública registral -en rigor, del sistema de transmisión registral- en los supuestos ordinarios	531
14.3.1. Suministra al mercado un legitimado para disponer	531
14.3.2. Genera abstracción registral –o inoponibilidad de excepciones <i>ex iure tertii</i> – en un sistema causal	537
14.3.3. Invierte las reglas de protección de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.....	541
14.3.4. Implica el reconocimiento o atribución por el Estado de una titularidad <i>in rem</i> a favor del adquirente	543
14.3.4.1. Especial referencia al reconocimiento o atribución de citada titularidad <i>in rem</i> a favor de las administraciones públicas en los supuestos de expropiación forzosa.....	551
14.4. Efectos de la fe pública registral.....	555
14.4.1. Ahorra a los adquirentes potenciales costes de información y, por lo tanto, de transacción	556
14.4.2. Permite superar el dilema entre seguridad de los derechos y seguridad del tráfico jurídico, haciendo que los derechos sean, simultáneamente, más seguros y más fácilmente transmisibles	557
14.4.3. Coadyuva a la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas.....	559
14.4.4. Disminuye incertidumbres para el adquirente y, en consecuencia, aumenta el valor de los bienes	560
14.5. Conclusiones finales	561
15. El sistema de transmisión registral de las titularidades inscritas.....	563
15.1. La fe pública registral implica la modificación del sistema del título y el modo en materia de propiedad inscrita.....	563
15.2. El sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias como un <i>continuum</i> en el que, a partir de un momento, la titularidad transmitida queda protegida con una regla de propiedad. En un sistema con un Registro de derechos ese momento es el de la inscripción dotada de fe pública registral.....	567
15.3. El artículo 609 del Código Civil como sistema básico de transmisión completado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la propiedad inscrita	570

15.4. La transmisión registral: una intervención directa -normativa e institucional- del Estado en el sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias.....	575
15.4.1. En el sistema de transmisión registral el <i>ius disponendi</i> no se extingue con la <i>traditio</i> sino con la inscripción, dotada de fe pública registral, a favor del adquirente. Referencia al tratamiento de la cuestión en el <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	580
15.4.2. Referencia a los supuestos de adquisición considerados “ <i>a non domino</i> ” protegidos por la fe pública registral. Referencia a la inscripción errónea en el <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	590
15.5. Tradición e inscripción.....	593
15.6. A modo de conclusiones.....	604
16. La buena fe necesaria para que un adquirente quede protegido por la fe pública registral -artículo 34 de la Ley Hipotecaria.....	607
16.1. Planteamiento.....	607
16.2. La buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.....	612
16.3. Según la doctrina y la jurisprudencia dominantes, si el segundo adquirente conocía, en el momento de su adquisición, que el titular registral había dispuesto previamente a favor de alguien que no inscribió, carece de buena fe y no queda protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.....	621
16.4. El conocimiento por parte de un segundo adquirente a título oneroso de que titular registral ha dispuesto previamente a favor de alguien que no ha inscrito, no implica conocimiento de inexactitud jurídico-real alguna del Registro ni tampoco, por si sola, una presunción de complicidad en un fraude de acreedores.....	622
16.4.1. El concepto de inexactitud registral a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.....	622
16.4.2. El hecho de que el adquirente de una titularidad inmobiliaria opte voluntariamente por no inscribir su adquisición no implica inexactitud registral.....	627
16.4.3. La buena fe exigible en el caso de conflicto de adquisiciones entre titularidades inmobiliarias no inscritas y titularidades inmobiliarias inscritas.....	628
16.4.3.1. La regla de preferencia del artículo 1473 del Código civil en el caso de conflicto de adquisiciones inmobiliarias. La buena fe exigible.....	633
16.4.3.2. Los artículos 1473 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria resuelven un conflicto de adquisiciones en el ámbito de la propiedad no inmatriculada. El artículo 34	

de la Ley Hipotecaria introduce un sistema de transmisión registral que resuelve conflictos de adquisiciones en el ámbito de la propiedad inscrita.....	642
16.4.4. La enajenación en fraude de acreedores	643
16.4.5. Referencia a la situación a la que la interpretación dominante aboca a un tercer adquirente que conozca que el titular registral ha dispuesto de su derecho. ¿De quién debería adquirir el tercero?	645
16.4.6. El paradigma hermenéutico dominante no tiene en cuenta que la opción por la no inscripción es contraria al interés público	651
16.5. El conocimiento de la inexactitud registral en el párrafo 892.1 del <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	654
16.6. La diligencia exigible para quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ni este artículo ni el párrafo 892.1 del <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> equiparan culpa lata a conocimiento de la inexactitud en materia de inmuebles	656
16.7. La tesis de la imposibilidad de apreciar, en abstracto, la existencia de buena o mala fe, en el adquirente	675
16.8. Momento en el que debe concurrir la buena fe y competencia para la apreciación de la misma	678
16.9. El sistema del Código civil -causal- y el del <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> -abstracto-convergen funcionalmente a través de la fe pública registral -Gutgläubenswirkung- y las anotaciones preventivas - <i>Vormerkung</i> -	680
16.9.1. Causalidad y abstracción como puntos de partida del sistema español y del alemán respectivamente	680
16.9.2. Convergencia de ambos sistemas mediante la modulación de los efectos de la causalidad y de la abstracción respectivamente: la exigencia de ignorancia de la denominada inexactitud registral	681
16.9.3. Las anotaciones preventivas en España y la <i>Vormerkung</i> —párrafos 883 a 888 <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> – en Alemania como instrumentos dirigidos a impedir la alegación de ignorancia por parte del adquirente	684
16.9.4. Dos sistemas funcionalmente similares con diferente grado de flexibilidad	686
Conclusiones.....	687
Bibliografía.....	715

Revistas citadas en el estudio

AAMN: Anales de la Academia Matritense del Notariado

ADC: Anuario de Derecho Civil

AHDE: Anuario de Historia del Derecho Español

AHSS: Annales. Histoire. Sciences Sociales.

BOG: Boletín de la Universidad de Granada

EREH: European Review of Economic History

HLO: Harvard Law Review

HPE: Hacienda Pública Española

JEL: Journal of Economic Literature

JEP: Journal of Economic Perspectives

JPE: Journal of Political Economy

JLE: Journal of Law and Economics

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RDC: Revue des contrats.

RDM: Revista de Derecho Mercantil

RHDFE : Revue Historique de Droit Français et Étranger,

RJCIPL: The Rabel Journal of Comparative and Interational Private Law

RDP: Revista de Derecho Privado

Introducción

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias interpretan que, en el ordenamiento jurídico español, el sistema ordinario de transmisión es el del título y el modo -artículos 609 y 1095 del Código civil español- y que, por lo tanto, los procesos transmisivos, incluidos los inmobiliarios, se consuman extrarregistralmente. En relación a estos últimos, el Registro de la Propiedad se limitaría a darles publicidad, con efecto de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos -artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria-, de presunción *iuris tantum* de titularidad y de posesión en los términos que resultan del mismo -artículo 38 de la Ley Hipotecaria- y, en ciertos casos, de protección de ciertos adquirentes *a non domino* -artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, en aras de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Esta sería, además, la única función de la fe pública registral, o, más precisamente, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se conseguiría, por lo tanto, a costa de sacrificar los derechos de un adquirente anterior, usualmente denominado *verus dominus*, por lo que su alcance debe ser reducido todo lo posible y sin que, por lo tanto, la Ley Hipotecaria modifique el sistema ordinario de transmisión del Código civil.

Este estudio tiene dos finalidades que complementan mutuamente. En primer lugar, poner de manifiesto que en el sistema español de transmisión voluntaria de titularidades inmobiliarias *inter vivos* a título oneroso, la función del Registro de la Propiedad no consiste en ser un instrumento de publicidad, en competencia con otros instrumentos de publicidad, singularmente con la posesión a título de dueño, de transacciones que se consuman extrarregistralmente mediante negocios jurídicos de finalidad traslativa entre particulares, seguidos de tradición. En segundo lugar, poner de manifiesto que el efecto descrito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es la función del mismo, sino un efecto ocasionalmente derivado de su función, siendo esta articular un procedimiento transmisivo, basado en la teoría del título y el modo, a la cual modula, a cuyo través se adquiere una titularidad *in rem* y, por lo tanto, *erga omnes*, momento a partir del cual el adquirente se convierte, en sentido estricto, en propietario. Este procedimiento implica una intervención directa del Estado en el procedimiento transmisivo a través de la inscripción, obtenida previa superación del procedimiento

registral y, por ello, las titularidades así reconocidas y proclamadas, no pueden ser desvirtuadas por situaciones de hecho generadas por actos entre particulares que no han solicitado o que han solicitado pero no han obtenido el reconocimiento del Estado, por no haber podido superar el procedimiento registral.

Para conseguir el objetivo descrito, partiendo de trabajos que he publicado sobre aspectos parciales del tema objeto de estudio, he seguido una metodología híbrida o, si se prefiere, he recurrido a diferentes metodologías.

He recurrido, en primer lugar, al método histórico, es decir, al análisis, desde una perspectiva histórica, de la evolución normativa e institucional de los sistemas de transmisión onerosa de bienes muebles, de derechos de crédito y de bienes inmuebles. La perspectiva histórica es, a mi juicio, necesaria porque permite entender las razones a las que obedecen las decisiones normativas e institucionales que van cristalizando a lo largo de la historia, decisiones que, normalmente, solucionan o palían problemas existentes, pero que crean problemas nuevos, siendo este el cauce que suele seguir el curso de la historia.

El seguimiento de esta evolución normativa e institucional permite aprehender la racionalidad subyacente de la evolución institucional de las transacciones mobiliarias y de las crediticias, y, a su través, de las inmobiliarias, pues la evolución institucional de las dos primeras, menos compleja y, por ello, de desarrollo más temprano, tiene una influencia decisiva en la evolución institucional de estas últimas, más compleja y, por lo tanto, más tardía. Ello permite afirmar la existencia de una racionalidad subyacente común, si bien plasmada en soluciones normativas y, sobre todo, institucionales, diferentes debido a las características diferenciales de cada uno de los activos mencionados. Ello contribuye a un mejor entendimiento de la función del Registro de la Propiedad en relación a las transacciones inmobiliarias.

En este análisis histórico no solo he prestado atención a la evolución normativa e institucional de las transacciones mobiliarias, de las crediticias y, finalmente, de las inmobiliarias, sino también a la evolución de la configuración del derecho de propiedad así como de la función del Estado en relación al mismo, lo que permite concluir que, en un Estado moderno, la propiedad es una función del Estado, hasta el punto de que si bien

puede haber Estado sin derechos de propiedad, no puede haber derechos de propiedad sin Estado. Por ello, solo puede ser considerado propietario el reconocido como tal por el Estado, lo que implica la intervención de este en los procesos transmisivos, sin que basten los actos o negocios entre particulares. Esta consideración se revela capital para entender la función del Registro de la Propiedad en relación a los procesos transmisivos de titularidades inmobiliarias.

He recurrido, en segundo lugar, al método comparatista, si bien constreñido al ámbito de las transacciones inmobiliarias y a la función del Registro de la Propiedad en relación a las mismas en Francia, en Alemania y en España. La razón de concentrar mi atención en esos tres países radica en que los tres forman parte de la Unión Europea y cada uno de ellos representa una de las tres líneas principales de evolución del sistema o de los sistemas romanos de transmisión *inter vivos*, particularmente a título oneroso, por ser el tipo de transacción que interesa a los efectos de este estudio. Las transacciones a título oneroso son las propias del mercado y, en ese sentido, son actos de mercado.

El recurso al método comparatista es de gran utilidad. Dado que la finalidad de los sistemas transmisivos, idealmente, es la misma -facilitar las transacciones-, el análisis de la estructura normativa de cada sistema transaccional y de las funciones que desempeña el Registro de la Propiedad dentro de cada uno de ellos revela cómo, tanto la estructura jurídica transaccional como la organización y función del sistema registral, son el resultado de la relación de fuerzas existentes, dentro de cada país, entre diferentes grupos, especialmente entre quienes prefieren proteger el *statu quo* y quienes prefieren facilitar los intercambios.

Así como la naturaleza del día se comprende mejor comparándola con la noche y viceversa, la del frío con el calor, o el color blanco con el negro, la comparación entre sistemas permite conocer mejor cada uno de ellos, o así debería ser porque, en el caso del sistema registral español, en mi opinión, una de las causas de la mala inteligencia existente acerca del mismo se debe a que es contemplado y analizado a la luz de las categorías del sistema francés y del sistema alemán, en lugar de hacerlo a la luz de la evolución histórica peninsular y de las categorías propias de la teoría del título y el modo y del sistema registral español, lo que nos permitiría apreciar la excelencia del mismo, especialmente al contrastarlo con los sistemas francés y alemán.

He recurrido en tercer lugar al método dogmático, incluyendo el análisis de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo, así como de las resoluciones más relevantes de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado.

Dentro de los autores he recurrido a los análisis realizados por los autores más prestigiosos así como a las monografías y artículos, incluidos los más recientes, que versan sobre los diferentes aspectos incluidos en el tema objeto de estudio, tanto españoles como extranjeros.

No solo he recurrido a los autores estrictamente jurídicos sino, también, a los especializados en el análisis económico del derecho por una razón esencial: toda decisión normativa e institucional, especialmente en materia de derechos de propiedad, no sólo es una decisión de naturaleza técnico-jurídica sino que es una decisión económica, pues implica una decisión que significa una opción, con preferencia sobre otras, sobre el uso y aprovechamiento de recursos escasos. Es más, es, sobre todo, una decisión política, tomada por razones económicas, que, para su ejecución, requiere de una depurada ingeniería jurídica. El análisis de normas e instituciones relacionadas con los derechos de propiedad desde la perspectiva de la racionalidad económica arroja una luz que permite un mejor entendimiento de esta y, por lo tanto, de su grado de eficiencia, pues, como es sabido, la eficiencia es el nervio que define la Economía.

Dentro de los autores especializados en análisis económico del derecho he prestado especial atención a los historiadores que han focalizado su atención en el análisis de la evolución de los derechos de propiedad y de la función del Estado en relación a los mismos, lo que permite entender mejor la racionalidad subyacente en torno a los derechos de propiedad, incluidos los sistemas de transmisión de estos y su evolución normativa e institucional a lo largo del tiempo.

El estudio parte de que el factor determinante en la evolución normativa e institucional de los sistemas de transmisión, tanto de bienes muebles como de derechos de crédito, así como de bienes inmuebles, es el tránsito desde un escenario de información completa a otro de información incompleta.

Este tránsito se produce porque la humanidad evoluciona desde una economía de subsistencia, compuesta por grupos pequeños y autosuficientes, normalmente familiares, de producción y de consumo, entre cuyos componentes existe un conocimiento general y en los cuales lo esencial es la tenencia, siendo los intercambios, especialmente los intergrupales, meramente residuales, hacia una economía de mercado, con un alto nivel de especialización, en la cual el encuentro entre oferta y demanda y, por lo tanto, los intercambios entre desconocidos, son esenciales para que la especialización pueda rendir sus beneficiosos efectos, cuales son el incremento de productividad, por lo tanto de competitividad y, en última instancia, de bienestar.

Pero los intercambios entre desconocidos presentan mayores dificultades que los intercambios entre familiares, amigos y conocidos, debido a la falta de información existente sobre la persona con la que se contrata y sobre los atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que se desea adquirir, lo que exige destinar recursos a solventar o, al menos, disminuir, tales incertidumbres. Cuanto más recurso haya que destinar a despejar estas incertidumbres -cuanto más elevados sean los costes de transacción- más se dificultarán los intercambios y la especialización y, en última instancia, el bienestar.

La racionalidad subyacente a la evolución normativa e institucional de los sistemas transmisivos se encuentra en la necesidad de contener los costes transaccionales todo lo posible, a fin de facilitar los intercambios, pero sin poner, por ello, en riesgo, la seguridad del propietario, porque, en un escenario de intercambio impersonal existe un conflicto o dilema entre la seguridad de los derechos y la agilidad -que en el estudio denomino liquidez- de las transacciones.

Continúa el estudio poniendo de manifiesto cómo las dificultades existentes para superar o, al menos, paliar este dilema son menores en el caso de los bienes muebles y derechos de crédito, ofreciendo una mayor dificultad en el caso de los bienes inmuebles. Así mismo, se pone de manifiesto cómo, para conseguir el objetivo descrito, es necesaria, en todo caso, la intervención del Estado, que, en última instancia, es un arreglo institucional mediante el cual los gobernantes crean, atribuyen y protegen derechos de propiedad a cambio de impuestos.

Con la finalidad de evidenciar la consistencia entre este modelo teórico y la realidad que muestra la evolución histórica, el estudio se detiene en el análisis de la evolución de los sistemas de transmisión en Derecho romano, pues en ellos se encuentra el origen de los sistemas de transmisión vigentes en Francia, Alemania y España.

El análisis de la evolución de los sistemas de transmisión a título oneroso *inter vivos* en Derecho romano muestra su constante adaptación a las necesidades de un Imperio en expansión, gracias, singularmente, a la labor desarrollada por el pretor peregrino, encargado de las relaciones entre los ciudadanos romanos y los *peregrini*. No obstante, en su balance final se observa que es un sistema que trasladaba los riesgos a los adquirentes, lo que significa que estaba más inclinado a proteger el *statu quo* que a favorecer el mercado, lo que contribuye a explicar la ausencia de un auténtico sistema registral inmobiliario en Roma, salvo en Egipto y, hasta cierto punto, en Grecia, experiencias que, sin embargo, no se generalizaron, probablemente debido a la gran influencia de los patricios terratenientes.

Las deficiencias mostradas por el sistema romano de transmisión *inter vivos* a título oneroso, cuyo arquetipo era la *emptio venditio* seguida de *traditio*, obligaron a una evolución normativa e institucional del mismo. Así, como se desarrolla en el estudio, en los siglos posteriores se fueron introduciendo mecanismos que, por un lado, protegían a los adquirentes de buena fe, sin, por otro lado, disminuir la seguridad jurídica de los propietarios.

Esta evolución institucional tiene lugar, en primer lugar, en el ámbito de las mercaderías y cristaliza en la denominada *Lex Mercatoria* o *Merchant Law*, denominación que hace referencia a un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos, que, bajo el impulso de los propios comerciantes, se fueron desarrollando entre los siglos XI y XIII en las diferentes ferias internacionales que se celebraban en una veintena de ciudades y pueblos de Europa. Por lo que se refiere a las mercaderías, el principio más relevante fue el reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles a un comerciante de derechos superiores a los del verdadero propietario. Se inspiraba en que en materia de bienes muebles se puede asignar a la

posesión una especial función legitimadora sin por ello disminuir, al menos *de facto*, la seguridad jurídica del propietario.

Este principio marcó de forma decisiva la evolución normativa e institucional posterior, en primer lugar, de la circulación de los créditos necesarios para financiar los intercambios mercantiles, y, en segundo lugar, de la organización de un mercado inmobiliario a fin de que la tierra -y los inmuebles en general- pudieran servir de garantía al crédito, con la finalidad de atraer capitales para desarrollar la agricultura, una vez liberada la tierra de sus vínculos feudales.

En el ámbito de la cesión de créditos, la propia *Lex Mercatoria* admitía el desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados *contratos abstractos*, en los que el documento no solamente era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el contrato y se le podía demandar *independientemente*. La letra de cambio se perfecciona técnicamente con la aparición en la segunda mitad del siglo XVI de la cláusula de endoso, en realidad un sistema transmisivo de la letra de cambio que dota al endosatario de una posición jurídica distinta a la del endosante, inmune a las excepciones ajenas a él, lo que facilita extraordinariamente la circulación del crédito y, con ello, la financiación del comercio.

Una vez analizada la evolución normativa e institucional de los sistemas de transmisión *inter vivos* y a título oneroso de las mercaderías y de los créditos, el estudio se concentra en el análisis de la evolución normativa e institucional de tales sistemas en el ámbito de los bienes inmuebles.

El estudio pone de manifiesto que la aplicación de las citadas reglas de la *Lex Mercatoria* a los bienes inmuebles presenta mayores dificultades que su aplicación a la circulación de mercaderías y de créditos, esencialmente por dos razones: (1) La imposibilidad de reconocer a la posesión inmobiliaria el mismo alcance legitimador que a la posesión mobiliaria, pues ello implicaría unos riesgos injustificados para los propietarios, dificultaría la separación entre propiedad y control y frenaría el uso especializado de los bienes inmuebles; (2) La especial significación y el alcance políticos de la propiedad inmobiliaria, la cual era, en sí misma y a diferencia de la mobiliaria, una

manifestación del poder político de su titular, especialmente durante el Antiguo Régimen y hasta la consolidación de la revolución industrial.

A continuación, el estudio aborda la evolución normativa e institucional de los sistemas de transmisión *inter vivos* a título oneroso de bienes inmuebles en Francia y Alemania para centrarse, finalmente, en España.

Por lo que se refiere a Francia, el *Code civil* trata de disminuir los riesgos para los adquirentes convirtiendo en personales la mayoría de las acciones y suprimiendo la *traditio*, lo que convierte el negocio obligacional en directamente dispositivo. Al transmitirse la propiedad *solo consensu*, el *Code* sustituye la regla romana *periculum est emptoris* por la regla *res perit domino*, conforme a la cual los riesgos los soportaba el *emptor* pero desde el momento en el que se convertía en propietario respecto del vendedor y no antes.

La regla *solo consensu* quebró, sin embargo, en materia inmobiliaria, pues, pocos años después se exigió transcripción para que las transmisiones fuesen oponibles a terceros, por lo que respecto de éstos, lo relevante era la transcripción, hasta el punto de no exigirse buena fe en un segundo comprador que inscribiese antes que un primer comprador. La situación ha evolucionado hasta exigirse, hoy en día, buena fe en el segundo comprador. Es preciso resaltar, sin embargo, que este segundo comprador en ningún caso es considerado adquirente *a non domino*, precisamente porque el título necesita de la inscripción para ser oponible a terceros. Ello hace que parte de la doctrina sea contraria a la exigencia de buena fe y, la que admite su exigencia, tienda a reducir la mala fe a los casos de fraude, sin que se exija una diligencia especial al segundo comprador para que el primer título no inscrito le sea inoponible.

Este sistema -desde la perspectiva del comercio- mejoraba el del Derecho romano, pero no lo suficiente porque no desaparecían las incertidumbres esenciales, esto es, la identidad del titular del *ius disponendi* y de las cargas que pesan sobre el bien y que son preferentes al derecho de un eventual adquirente. Sin embargo, las reduce en la medida en la que los únicos títulos relevantes para los adquirentes son los que consten inscritos, aunque el sistema no resuelva la cuestión esencial -entre otras- en un escenario de

contratación impersonal, cual es la identificación del legitimado para disponer, al desconocer los principios de legitimación y de fe pública registral.

Alemania, por su parte, presenta una evolución normativa e institucional de su sistema transmisivo de bienes inmuebles *inter vivos* a título oneroso notablemente distinta de la francesa.

El legislador alemán era consciente de que la densidad y la frecuencia del tráfico inmobiliario aumentaría como consecuencia de la liberación de la propiedad de la tierra de sus vínculos feudales y de la creciente industrialización, lo que significaba que el adquirente estaba contratando no solo con su transmitente sino con todos los anteriores.

En ese contexto, el sistema causal era una fuente de riesgos que dificultaría el comercio jurídico.

Para evitarlos, el Código civil alemán *-Bürgerliches Gesetzbuch-* prescinde del título causal y centra la potencia transmisiva en la *traditio*, considerándola un negocio jurídico dispositivo no necesitado de causa y desconectado de los negocios jurídicos obligacionales previos hasta el punto de no ser necesarios para la transmisión del dominio. El carácter abstracto de la *traditio*, si bien blindo al adquirente frente a los riesgos descritos, sin embargo, no sirve, por sí solo, para identificar al titular del poder de disposición sobre el inmueble, aspecto este esencial en un contexto de contratación impersonal.

Por ello, exige, para la consumación de la adquisición inmobiliaria, la inscripción a favor del adquirente y dota a la misma de los efectos de legitimación y fe pública registrales, con lo que se suministra al mercado la identidad del legitimado para disponer, considerando al titular registral el propietario a todos los efectos. Como consecuencia, si el titular registral dispone a favor de alguien que no inscribe y, posteriormente, a favor de otro que sí inscribe, este último es un adquirente *a domino*. Si conocía la primera disposición puede verse obligado a indemnizar al primer adquirente, por haber observado una conducta contraria a las buenas costumbres, pero es mantenido en su adquisición. No se le exige ninguna diligencia especial para saber si el titular registral ha dispuesto

previamente de su derecho. Todo ello favorece el intercambio impersonal sin riesgo alguno para el propietario.

Dado que la inscripción es explícitamente constitutiva, el sistema alemán desconoce el concepto de inoponibilidad de los títulos no inscritos, del mismo modo que el sistema francés, al desconocer los principios de legitimación y fe pública registrales, centra toda la potencia del Registro en la inoponibilidad de los títulos no inscritos.

En el sistema alemán la inscripción es un acto estatal, lo que significa una implicación directa, esto es, normativa e institucional, del Estado en el sistema transmisivo inmobiliario, lo cual permite la superación del dilema propio de un escenario de contratación impersonal entre seguridad de las titularidades y agilidad de las transacciones, consiguiendo ambas cosas simultáneamente.

El estudio focaliza su atención en el análisis del sistema español de transmisión de titularidades inmobiliarias por actos *inter vivos* a título oneroso y de la función del Registro de la Propiedad dentro del mismo, analizando su evolución normativa e institucional y su situación presente.

En España, el sistema tradicional de transmisión voluntaria de bienes inmuebles *inter vivos* a título oneroso es, al menos desde Partidas, el del título y el modo, que reproduce fielmente el sistema romano de la tradición causal, distinguiendo, por lo tanto, entre negocio obligatorio y negocio dispositivo. Al igual que el sistema romano se complementaba con un precario sistema de publicidad inmobiliaria, objeto de sucesivas reformas, que apenas consiguieron mejorarlo, el sistema del título y el modo se complementaba, al menos desde la Pragmática de D. Carlos y D^a Juana, con los Registros de Censos y Tributos, un precario sistema de publicidad de documentos sucesivamente reformado, sin éxito alguno, porque su finalidad esencial nunca fue aumentar la seguridad de los derechos y la agilidad de las transacciones sino incrementar la recaudación fiscal. La consecuencia fue que se trataba de un sistema más inclinado a proteger el *statu quo* que a incentivar el tráfico jurídico. Era, en suma, el sistema que más convenía al clero y a la nobleza, en cuyas manos se hallaba la inmensa mayoría de las propiedades agrícolas, en un tipo de sociedad en la que la agricultura era el principal activo.

El estudio analiza cómo este sistema, una vez liberada la propiedad inmobiliaria de sus vínculos feudales, constituía un lastre para el comercio inmobiliario, pues, al igual que el sistema romano, asignaba los riesgos al comprador y, además, con un especial alcance, pues las acciones revocatorias, rescisorias y resolutorias alcanzaban a terceros. Y, lo que era aún más grave, el sistema no habilitaba la tierra como garantía crediticia, pues no se sabía quién era el dueño ni las cargas preferentes que pesaban sobre ella, dada la gran cantidad de cargas que no necesitaban ser publicadas para perjudicar a tercero. A ello hay que añadir la ineficacia de los sucesivos sistemas de publicidad inmobiliaria para difundir las transacciones que se realizaban.

La mentalidad fisiocrática propia de la época consideraba la agricultura como la principal fuente de riqueza de un país, por lo que había que desarrollarla y, para ello, era necesario atraer capitales a la agricultura, para lo que se necesitaba que las fincas pudiesen servir de garantía crediticia. Con el sistema descrito, ello no era posible, por lo que era necesaria su reforma, dándole prioridad, incluso, sobre la elaboración del Código civil, con la finalidad de conseguir un sistema en el que las titularidades inmobiliarias fuesen seguras y fácilmente transmisibles, requisitos sin los cuales no podrían servir de garantía crediticia.

La Ley Hipotecaria de 1861 introdujo, en su artículo 23, el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos, y, en su artículo 36, dispuso que las acciones rescisorias y resolutorias no se darían contra tercero que hubiese inscrito los títulos de sus respectivos derechos, lo que era una medida situada en la estela de la adoptada por el *Code civil* de convertir en personales la mayor parte de las acciones reales como posteriormente hizo también el Código civil. Respecto de las hipotecas adoptó los principios de publicidad y de especialidad, suprimió la mayor parte de las hipotecas legales y, salvo pocas excepciones, las que pervivieron debían inscribirse para poder ser exigibles, es decir, las convirtió en expresas.

Estas medidas, por sí solas, aproximaban el sistema español al francés y mejoraban notablemente la situación preexistente, facilitando el comercio sin disminuir la seguridad de los propietarios, pero, al igual que en el sistema francés, dejaban sin resolver el problema de la identidad del titular del *ius disponendi*, cuestión capital en un

contexto de contratación impersonal. Para solventar este problema, la Ley introdujo, en el artículo 34, el principio de fe pública registral.

Es preciso subrayar que, a diferencia del sistema francés, en el que la inscripción era y es obligatoria, haciendo recaer sobre el notario el cumplimiento de esta obligación, la Ley Hipotecaria de 1861 mantuvo, como regla general, la voluntariedad de la inscripción. Por eso, podía -y puede- haber propiedad no inscrita y propiedad inscrita. La transmisión *inter vivos* y a título oneroso de la propiedad no inscrita se regía por la teoría del título y el modo, y la de la propiedad inscrita por el sistema de transmisión registral que venía conformado por los requisitos exigidos para que el adquirente quedase protegido por la fe pública registral, lo que lo convertía en un titular *in rem*.

Dentro de este esquema, la función del artículo 23 era la de ser una norma de conflicto, en cuya virtud, en caso de conflicto entre una transmisión efectuada conforme al viejo sistema -propiedad no inscrita- y otra que había accedido al Registro, prevalecía esta última, lo que constituía un poderoso incentivo para lograr la inscripción de las propiedades inmobiliarias, al menos de las mas valiosas. Una vez inscritas, el sistema de transmisión era el definido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta era la misión de la inoponibilidad, la única posible en un sistema de fe pública registral, pues la transmisión de la propiedad ya inscrita se regía por el artículo 34 y, una vez inscritas todas las propiedades, la inoponibilidad ya no juega papel alguno. Su función, por lo tanto, presentaba un sino transitorio. De ahí que el sistema alemán, en el que rige el principio de inscripción explícitamente constitutiva, desconozca la inoponibilidad.

Sin embargo, el artículo 34, regulador de la fe pública registral, nunca llegó a entrar en vigor, fue derogado en 1869, la fe pública registral fue sustituida por el sistema de notificaciones y no reapareció hasta 1944. El fracaso se debió, como se explica en el estudio, a la gran oposición suscitada principalmente por nobles y propietarios, tanto grandes como pequeños.

Posteriormente, el Código civil consagró la teoría del título y el modo, y, además, contiene numerosas remisiones a la Ley Hipotecaria, a una Ley Hipotecaria que, en el momento de la entrada en vigor del Código civil no contenía la fe pública registral sino solo el principio de inoponibilidad. El sistema transmisivo era, por lo tanto, el del título

y el modo, si bien, en relación a terceros, regía el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos, con lo que el efecto fundamental del sistema francés y del español era el mismo, lo que condicionará durante largo tiempo, incluido el presente, la visión del sistema registral español por parte de la propia doctrina y jurisprudencia españolas.

Finalmente, la Ley Hipotecaria de 1944 introduce la fe pública registral, en el artículo 34, y el principio de legitimación o principio de presunción de exactitud del Registro, en el artículo 38, en tanto que fundamento de la fe pública registral, en unos términos similares a los contenidos en el *Bürgerliches Gesetzbuch*. Como consecuencia, el sistema transmisivo español pasa a aproximarse al sistema alemán, con dos diferencias: (1) mientras el *Bürgerliches Gesetzbuch* sustituye la tradición por la inscripción, en el sistema del Código civil y de la Ley Hipotecaria sigue manteniéndose la tradición, la cual es necesaria para la inscripción, con lo que se evita la introducción el acuerdo abstracto traslativo.;(2) Se mantiene el principio de inoponibilidad, propio del sistema francés e inexistente en el sistema alemán, principio que no contempla la Ley de 31 de diciembre 1944, pero que recupera el Texto Refundido de 8 de febrero de 1946.

La cuestión es por qué, una vez introducida la fe pública registral, se mantiene dicho principio. Probablemente, la respuesta consista en que, al mantenerse la tradición causal, se genera la impresión de que, con ella, se consuma el proceso adquisitivo, también en materia de propiedad inscrita, sin necesidad de inscripción, sin caer en la cuenta de que, al haber introducido la fe pública registral, la inscripción dotada de la misma deviene constitutiva, pues posibilita y es necesaria, a su vez, para la adquisición de una titularidad *in rem*, sin la cual no se es propietario en sentido estricto sino tan solo un titular obligacional. Por otro lado, al no ser la inscripción obligatoria sino voluntaria, cabe la posibilidad de que existan dos tipos de propiedades con distintos regímenes jurídicos, como afirma expresamente la exposición de motivos de la Ley de 1944: la propiedad inscrita y la no inscrita.

Ante esa situación, el principio de inoponibilidad desempeña una función incentivadora de la inscripción. Si bien esto es cierto, no hay que perder de vista que, una vez introducida la fe pública registral, llegado un momento en el que toda la propiedad estuviera inscrita, la inoponibilidad no desempeñaría función alguna. Por ello, dado que

en el sistema alemán, conceptualmente, es explícitamente necesaria la inscripción para la adquisición, prescinde del concepto de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos, pese a que, en la realidad, también hay títulos que no se inscriben.

Ello da pie para afirmar que en Alemania la inscripción es constitutiva en las transmisiones voluntarias *inter vivos* a título oneroso de bienes inmuebles, mientras que en el sistema español es declarativa. Esta concepción, sin embargo, es revisada en el estudio porque, en realidad, en este punto, ambos sistemas son muy similares. En efecto, en el sistema alemán, si bien no es necesario conceptualmente un negocio jurídico causal u obligacional para que tenga lugar la transmisión, sin embargo, en la realidad de las cosas, es lo usual, y, si bien se requiere acuerdo abstracto traslativo e inscripción para que haya adquisición, no todos los adquirentes inscriben y no por ello son considerados no dueños.

En el sistema español, por su parte, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en afirmar que no es necesaria la inscripción para la adquisición, puesto que esta se consuma extrarregistralmente mediante la tradición, teniendo la inscripción efectos meramente declarativos.

Sin embargo, la atenta observación de la realidad muestra que, desde hace tiempo, en España, la inscripción es lo usual, siendo la propiedad no inscrita meramente residual y, en todo caso, la menos valiosa. Ello ha dado lugar a lo que se podría denominar una situación de plena inscripción *de facto*, por lo que la distinción entre propiedad inscrita y no inscrita, cada una con su propio régimen jurídico, está empezando a carecer de sentido y, con ello, probablemente, el mantenimiento del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos.

Para aprehender la esencia de un sistema jurídico no basta con analizar qué dice la ley en el papel en el que está escrita, sino que es necesario analizar también su impacto en la realidad sobre la cual se proyecta y a la que pretende configurar. Prestando atención a ambos aspectos, se puede observar que, en realidad, la posición en Alemania del adquirente mediante acuerdo abstracto traslativo -normalmente precedido de un negocio obligacional- antes de la inscripción es similar a la situación en España de un adquirente de la propiedad de un inmueble no inscrito mediante negocio jurídico de finalidad

traslativa antes de la tradición, o a la de un adquirente de la propiedad sobre un inmueble inscrito, consumada la tradición, pero antes de que inscriba su adquisición: son titulares meramente obligacionales que, por lo tanto, pierden su derecho ante un segundo adquirente protegido por la fe pública registral. Éste no es un efecto de la nuda inscripción, sino de la inscripción dotada de fe pública registral, porque solo ella confiere una titularidad *in rem*. De ahí, la similitud sustancial entre ambos sistemas.

En España, la situación descrita es consecuencia de la reforma de 1944/46, la cual tuvo lugar en un momento en el que en la conciencia general el efecto del Registro era el de que la inscripción era voluntaria, meramente declarativa, con el único efecto sustantivo de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos, y en el que la mayor parte de la propiedad se hallaba sin inscribir.

En este estado de cosas, la introducción de la fe pública registral fue percibida como la introducción de un cuerpo extraño dentro del sistema transmisivo inmobiliario en lugar de como lo que realmente era: la introducción de un nuevo sistema transmisivo en relación a la propiedad inscrita que recuperaba el sistema de la Ley Hipotecaria de 1861 que nunca llegó a entrar en vigor.

Como consecuencia de tal percepción, se ha reducido la función de la fe pública registral y, por lo tanto, su influencia dentro del sistema transmisivo inmobiliario, incluso de la propiedad inscrita, todo lo posible. Así, hasta el año 2007 el Tribunal Supremo ha venido exigiendo una transmisión intermedia para que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria fuera operativo, pese a la aclaración de la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 de qué debía entenderse por tercero; por asombroso que hoy nos pueda parecer, todavía a principios de los años setenta el pasado siglo había jurisprudencia del Tribunal Supremo que no consideraba la inscripción como prueba de propiedad a efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria -Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1973-, lo cual revelaba la concepción de que el sistema registral español como de mera publicidad, con efecto de oponibilidad, de los títulos inscritos frente a los no inscritos, pese a estar en vigor el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Hoy, sigue siendo opinión general y jurisprudencia constante que la única función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la de suplir la falta de poder de disposición del

titular registral por haber transmitido previamente a alguien que no ha inscrito su adquisición, lo que implica afirmar que su única función es la de proteger, en determinadas circunstancias, a un adquirente a *non domino* en aras de la protección de la confianza y de la seguridad del tráfico jurídico, una función similar a la de la usucapión.

Al ser concebida la fe pública registral exclusivamente como un mecanismo de protección de ciertas adquisiciones a *non domino*, sin reconocerle ninguna función en los supuestos ordinarios, esto es, en los supuestos en los que no hay doble disposición, se ha producido una hipertrofia injustificada y contraproducente del concepto de buena fe exigible al tercero y, adicionalmente, de la diligencia exigible para reconocérsela, pese a que el artículo 34 afirma taxativamente que la buena fe del tercero se presume siempre. Esta concepción, a mi juicio, no se ajusta a la realidad normativa ni tampoco a la realidad de las cosas y, además, restringe seriamente las posibilidades que ofrece el sistema registral para que las titularidades inmobiliarias sean, simultáneamente, más seguras y más fácilmente transmisibles, lo que es esencial para el buen funcionamiento de una economía de mercado, más próspera cuanto mayor sea su grado de especialización, base de la productividad y, por lo tanto, de la competitividad, de la cual depende el bienestar de una sociedad. Pero para que la especialización rinda estos frutos, se requiere que oferta y demanda se encuentren, esto es, que haya un flujo denso y constante de transacciones ágiles y seguras, lo cual es necesario, también, para que las propiedades inmobiliarias puedan servir de garantía al crédito, la gran palanca de la economía moderna.

El estudio dedica gran parte de su atención a exponer argumentos que permitan superar esta concepción de la función de la fe pública registral y, por lo tanto, del Registro de la Propiedad español, dentro del sistema transmisivo/adquisitivo de bienes inmuebles.

Así, el estudio argumenta que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria instrumenta, en realidad, un sistema transmisivo/adquisitivo, basado en la teoría del título y el modo, de la propiedad inscrita, que ya es la práctica totalidad de la propiedad.

Argumenta que el titular registral que ha adquirido por el procedimiento del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es el titular *in rem* y, por lo tanto, a todos los efectos legales. En consecuencia, quien adquiere de un titular registral, adquiere a *domino*, incluso en el caso de que haya dispuesto previamente a favor de alguien que no haya

inscrito y el segundo adquirente que inscribe conociera tal acto de disposición previa por parte de su transmitente, por lo que debe ser mantenido en su adquisición, salvo que haya habido complicidad en un fraude entre el titular registral y el segundo adquirente. En el caso de que el primer adquirente no haya inscrito por causas que han frustrado su voluntad de inscribir, puede optarse por atribuirle la propiedad o concederle una acción indemnizatoria.

Son varias las razones por las cuales cuando se adquiere de un titular registral se adquiere *a domino*. Baste señalar dos en esta presentación. En primer lugar, porque es el titular reconocido y proclamado como tal por el Estado, único legitimado para hacerlo, mediante la inscripción, sin que puedan prevalecer frente a tal declaración situaciones de hecho generadas por actos entre particulares que no han solicitado o que han solicitado pero no obtenido, el reconocimiento por el Estado de su adquisición, previa superación del procedimiento registral. En segundo lugar, porque el requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consistente en que el adquirente ignore la inexactitud registral, en caso de haberla, excluye los aspectos jurídico obligacionales y las titularidades adquiridas mediante negocios jurídicos de finalidad traslativa seguidos de tradición, mientras no consigan ser inscritas, son meramente obligacionales, pues los contratos solo producen efectos entre las partes contratantes y para ser propietario es necesario serlo, no solo frente al transmitente sino frente a todos, para lo que es necesario completar el procedimiento adquisitivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Cada vez son más los autores que reconocen que la teoría del título y el modo no es el único procedimiento adquisitivo a título oneroso *inter vivos* y que, v.gr., el artículo 1473 del Código civil, al regular los criterios de preferencia en los conflictos de titularidades, no da lugar a adquisiciones *a non domino*, sino que regula un procedimiento de adquisición que va más allá de la teoría del título y el modo. Sin embargo, incluso estos autores siguen afirmando que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no regula un procedimiento de transmisión de la propiedad inscrita y, por lo tanto, el criterio de preferencia en caso de conflicto entre adquirentes de un mismo titular registral. Por el contrario, parecen asignar esa función también al artículo 1473 del Código civil, el cual desempeñaría esa función tanto en el caso de propiedad inscrita como de no inscrita. Ello les lleva a afirmar que la función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se limita a suplir la falta de poder de disposición del titular registral transmitente, protegiendo así, en

ciertas condiciones, a un adquirente *a non domino* por haber dispuesto previamente su transmitente. Y ello pese a no considerar adquirente *a non domino* al preferido por el artículo 1473 del Código civil, cuando este es un segundo adquirente que inscribe antes que el primero.

En mi opinión, la solución más respetuosa con la literalidad de ambos preceptos, con sus precedentes históricos, con su ubicación sistemática, con las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria y con la función de esta Ley, consiste en considerar que el artículo 1473 del Código civil se limita a regular los conflictos entre adquirentes de propiedad no inscrita, correspondiendo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria la regulación de los conflictos entre adquirentes de propiedad inscrita. Con la finalidad de conseguir este objetivo, aunque no es esta la única finalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cada uno de estos preceptos modula el sistema de la teoría del título y el modo. El artículo 34 introduce el procedimiento de transmisión registral de titularidades inscritas. Este enfoque simplifica y aclara el panorama y permite visualizar cuál es la auténtica función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, del Registro de la Propiedad, dentro del sistema transmisivo de titularidades inmobiliarias *inter vivos* a título oneroso.

El estudio concluye, en fin, consiguiendo el objetivo perseguido, esto es, poniendo de manifiesto que la función del Registro de la Propiedad no consiste en dar publicidad a documentos que contienen transmisiones consumadas extrarregistralmente sino que, diversamente, forma parte del sistema transmisivo inmobiliario, hasta el punto de articular un procedimiento de transmisión registral, contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es el único, junto con la usucapión, que permite adquirir una titularidad *in rem* y, por lo tanto, devenir propietario en sentido estricto, siendo esta la función esencial de dicho precepto y no la de proteger a adquirentes *a non domino* que cumplan ciertos requisitos, lo que es solo un efecto ocasionalmente derivado de su función.

1. Del intercambio personal al intercambio impersonal

1.1. Presentación

El objetivo último de este estudio es comprender cuál es la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema de transmisión y de adquisición de los derechos de propiedad -en rigor, de las titularidades- sobre bienes inmuebles.

La razón por la cual he decidido abordar el estudio de esta materia radica en que, en mi opinión, no hay una visión clara entre los juristas acerca de esta cuestión, a pesar del tiempo transcurrido tanto desde la promulgación de la Ley Hipotecaria del año 1861, como del Código civil del año 1889, como del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 1946.

Probablemente, la razón haya que buscarla en el hecho de que, en general, se tiende a interpretar el sistema del título y el modo del Código civil -y, particularmente, la función que desempeña el Registro de la Propiedad en relación al mismo- a la luz de las categorías suministradas por la dogmática propia de otros sistemas circundantes, lo que dificulta el entendimiento de la ingeniería jurídica propia del sistema del título y el modo del Código civil español, un sistema que, como afirma CUENA CASAS, constituye un modelo armónico, práctico y elegante, muy bien construido y con escasas fisuras, fácilmente salvables.¹

La comparación con otros sistemas es, por ello, necesaria, si queremos acceder a un conocimiento en profundidad el mismo. Para que el estudio comparativo sea efectivo

¹ CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosc Editor S.L, Barcelona, 1996, pág. 24.

es preciso hacerlo desde una perspectiva de “*ingeniería inversa*”². Solo si sabemos cuáles son los problemas que intenta solventar un sistema adquisitivo –su finalidad- podemos comprender su diseño y, desde esta perspectiva, la comparación de diferentes diseños -de diferentes sistemas adquisitivos-, nos permite, a su vez, comprender mejor la función y, de ese modo, el diseño de cada una de las piezas dentro de cada sistema.

Los problemas que intentan resolver los diferentes sistemas adquisitivos son los mismos, por lo que su racionalidad subyacente es común. Las diferencias radican en que cada uno de ellos es, en sí mismo, una tecnología jurídica distinta –si bien, solo parcialmente distinta- para resolver tales problemas.

² Como señala PINKER S., *Cómo funciona la mente*, ed. Destino, Barcelona, 2000, págs. 39, 40, 66, mientras en la *ingeniería proyectual* se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la *ingeniería inversa*, trata de averiguar la función para la que una máquina fue diseñada y, de ese modo, entender el diseño, tanto de la máquina en su conjunto, como de cada uno de sus componentes. Pero la *ingeniería inversa*, según nos explica Pinker, solo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión.

Quizás sea así, cuando hablamos de tecnología física, al menos en muchos casos, pero cuando hablamos de instituciones –de *tecnología institucional*- cabe recurrir a la *ingeniería inversa*, aun cuando no dispongamos de tales pistas, mediante el recurso de imaginar qué problemas tendría una sociedad sin esa institución concreta, deduciendo de ello la razón o razones de su creación y, de ahí, su finalidad y su función

Porque, el método de *ingeniería inversa* es aplicable no solo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados por el hombre, cual es el caso del registro o de los títulos valores, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progreso de la especie humana.

Si identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional ideado para desempeñarla, y entonces y solo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar el grado de eficiencia y de eficacia, y de formular, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, la *ingeniería inversa es la que nos permite hacer una buena ingeniería proyectual también en el ámbito institucional*.

Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente –función- de las instituciones –y de cada una de sus partes- antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determinada institución y de que los *resultados* de las reformas sean muy distintos de los *deseado*. Este es el sentido de un refrán español, según el cual “el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones”. Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto: que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución – y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra- sea utilizado por determinados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fueren un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. POSNER, R.A *El análisis económico del Derecho*, ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1998, págs. 502 ss.

Es una afirmación comúnmente aceptada que en Europa, al menos en la Europa continental, existen, básicamente, tres sistemas transmisivos³: el alemán, el francés y el español. Es también un lugar común que tales sistemas constituyen evoluciones autónomas y diferenciadas del sistema romano, o, mejor, de los sucesivos sistemas romanos, de adquisición de la propiedad inmobiliaria. Las razones de tal evolución autónoma y diferenciada hay que buscarlas en las necesidades de adaptación al medio, el cual presenta aspectos comunes y diferenciales en cada uno de esos países. Este aspecto de la cuestión queda fuera del objeto de estudio, por lo que sólo me referiré a ella marginalmente.

Es también una afirmación común entre los autores que el sistema alemán es abstracto y que en él el Registro de la Propiedad –la inscripción- forma parte del proceso adquisitivo, mientras que los sistemas francés y español son causales, y en ellos los respectivos registros no forman parte de dicho proceso sino que se limitan a dar publicidad -con distintos efectos- de procesos transmisivos consumados extrarregistralmente, por lo que no forman parte del sistema transmissivo, o, al menos en el caso español, del sistema transmissivo que podemos calificar de ordinario.

Este enfoque sitúa al sistema español junto al francés, del que solamente se diferenciaría porque este último no exige *traditio* para que se complete el proceso adquisitivo, mientras que el español sí la exige. En ambos, los sistemas registrales desempeñarían una función de *publicidad* de los documentos que acreditan la celebración de los actos y negocios jurídicos traslativos -en el caso francés- o con finalidad traslativa, en el caso español, siendo la *oponibilidad* su efecto esencial, si bien el sistema español, en aras de la protección del tráfico jurídico, habría dado un paso más incorporando la denominada *fe pública registral*, en cuya virtud, en determinadas circunstancias, y en aras

³ En el Reino Unido existen el sistema registral de Inglaterra y Gales, que se rige, básicamente por la Land Act de 2002 y el de Escocia, en relación al cual es fundamental *The Abolition of Feudal Tenure Act* del año 2000. En relación al primero, puede consultarse DIXON M., *Modern Land Law*, ed. Routledge, Abingdon y Nueva York, 2016. DAVYS M., *Land Law*, ed. Palgrave, Londres, 2017. McFARLANE B., HOPKINS N., NIELD S., *Land Law*. Ed. Oxford Unicesity Press, Oxford, 2017. COOK E., *Land Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. En relación al segundo, REID K (editor) *Scottish Land Law*, ed. W. Green, Edimburgo, 2020. PAISLEY R., *Land Law*, ed. W. Green and Son Ltd., Edimburgo, 2000. En relación a los países emergentes, LIPTON M. *Land Reform in Developing Countries*, ed. Routledge, Abingdon y Nueva York, 2010. Sobre el sistema Torrens, *Torrens R.R, Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, traducción de MARTINEZ ESCRIBANO C. y NOGUEROLAS PEIRÓ N.

de la protección de la confianza de los adquirentes, la inscripción puede privar al denominado *verus dominus* de su derecho, dando lugar a adquisiciones *a non domino*.

Esta *ubicación conceptual* del sistema registral español es responsable, en buena medida, de su mala inteligencia así como de la función del Registro de la Propiedad dentro del mismo, de lo que ya se lamentaba OLIVER y ESTELLER hace más de un siglo⁴.

Es también un lugar común entre nuestros autores que cada uno de estos sistemas adquisitivos –el alemán, el francés y el español– centran sus diferencias en la mayor o menor espiritualización de la *traditio* romana, así como en la mayor o menor conexión causal de esta con los precedentes negocios celebrados por las mismas partes.

Así, por ejemplo, D'ORS⁵ afirma lo siguiente:

“El Derecho español perseveró en esta distinción entre la causa y el acto de transmisión (“título” y “modo”). El pensamiento jurídico alemán, por su lado, tendió a ver la traditio como un negocio cuya causa es tan sólo el convenio de transmitir la propiedad, independiente de las causas típicas que pueden justificar la transmisión; con ello convierte la entrega en un acto abstracto. El francés, en cambio, tiende a fundir el

⁴ OLIVER y ESTELLER V. *Derecho Inmobiliario español*, ed. Civitas Thomson Ruters., 2ª ed., 2009, págs. 15-16. Escribe OLIVER:

“Para estos últimos son incomprensibles y absurdos, por lo exagerados, los efectos que la Ley atribuye a los efectos del Registro, pues debían limitarse a servir de meros anuncios puestos en las oficinas de este, para que pudiesen acudir a ellas com pradores y prestamistas, con el fin de adquirir noticias sobre el estado civil o jurídico de las fincas

Partiendo del mismo concepto de que la Ley Hipotecaria es una Ley formal o modal, y aun, si se quiere, de procedimiento, y el Registrador un funcionario administrativo, rechazan y condenan como impropio de esta clase de funcionarios la facultad que la misma Ley atribuye a dicho empleado público, de calificar la legitimidad o validez, no solo de los instrumentos o documentos sujetos a inscripción, sino de los mismos actos o contratos en ellos consignados.

Y no solo existen estas equivocadas ideas acerca del concepto fundamental de aquella Ley, entre los juristas prácticos, abogados y magistrados, sino que participan de ellas los juristas científicos, de que dan ejemplo los tratados de Derecho civil escritos por los más distinguidos profesores de Derecho de nuestras Universidades después de la promulgación de la Ley Hipotecaria, en ninguno de los cuales he encontrado formulado científicamente aquel concepto, ni las deducciones y aplicaciones lógicas del mismo en los lugares oportunos de sus notables publicaciones”

⁵ D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 224.

*convenio mínimo de la tradición en el convenio causal, de donde resulta que se prescinde del modo y basta la causa o título (el “contrato”) para operar el efecto traslativo.”*⁶

Es una afirmación común –si bien cada vez más matizada y en pleno proceso de revisión- que el sistema ordinario de transmisión a título oneroso en el Código civil español es el del título y el modo, expresión que deriva de la Glosa⁷, y que responde fielmente a la tradición romana de Occidente de la *traditio* causal. Como consecuencia, las vicisitudes del negocio causal pueden acabar afectando a la eficacia traslativa de la *traditio*, lo que no sucedería si esta fuera abstracta.

Ciertamente, es así, sobre todo tratándose de inmuebles no inmatriculados, respecto de los cuales las vicisitudes que afecten al negocio causal pueden proyectar su larga sombra sobre negocios jurídicos posteriores referentes al mismo bien, sorprendiendo la buena fe de los adquirentes. Es preciso señalar, sin embargo, que, hoy y desde hace ya tiempo, la porción de inmuebles no inmatriculados en España es puramente

⁶ En este mismo sentido, MIQUEL J., según el cual: “...las diversas interpretaciones de las fuentes romanas han venido a cristalizar en otros tantos sistemas legislativos para la transmisión de la propiedad. Así, estudiando el problema de las relaciones entre la compraventa (por poner el caso más claro) y transmisión de la propiedad, vemos cómo caben de antemano tres posibilidades: a) centrar la energía traslativa en el contrato, de modo que la mera compraventa produzca por sí sola, sin necesidad de *traditio* la transmisión de la propiedad (sistema francés); b) concentrar la potencia transmisiva en la *traditio*, independizándola de su causa, que es la compraventa (sistema alemán), y, finalmente, exigir contrato y tradición como requisitos necesarios para la transmisión de la propiedad (sistema español)”. MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 181. También DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, según el cual: “En los textos se exige una justa causa de la tradición para dotar a esta de validez y de eficacia. Esta justa causa puede ser el originario contrato obligatorio (*venditio aut aliqua iusta causa*). Sin embargo, en momentos posteriores se tiende a considerar que la simple voluntad de las partes de transmitir y adquirir, desligada de las conexiones causales que tal voluntad pueda tener con los precedentes negocios, es bastante para producir la modificación jurídico-real. Sobre las bases que acabamos de describir, aparecen en la historia y perviven aún en el Derecho Comparado tres sistemas diferentes: el de transmisión mediante *traditio* causalmente entrelazada con los negocios obligatorios antecedentes, al que se llama teoría o doctrina del título y el modo; el de la transmisión puramente consensual, que tiene todavía un fundamento causal, pero en el que se espiritualiza al máximo la antigua *traditio* hasta sustituirla por el acuerdo de las partes; y el sistema del llamado acuerdo abstracto traslativo, que requiere para la eficacia traslativa la *traditio*, pero no fundada en un antecedente negocio obligatorio, sino pura y simplemente en la concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir el dominio”. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág. 862. Continúa este autor afirmando: “Al lado de estas tres coordenadas, no debe perderse de vista la trascendencia que para las transmisiones o modificaciones jurídico-reales de carácter inmobiliario presenta la inscripción registral, de acuerdo con cada uno de los sistemas de organización del Registro”. *Ibidem*. Aspecto este decisivo, como veremos a lo largo de este estudio.

⁷ FUENTESECA P.-El *titulus* y el *modus* de los glosadores boloñeses. Clave interpretativa del asineton *usus auctoritas* (XII Tab.VI,3) y de la historia del concepto romano de la propiedad, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, 2003, págs. 5727-5728.

residual y, en todo caso, integrada por inmuebles de escaso valor. Conviene señalar, además, que esta posibilidad también existe, si quiera sea teóricamente, en Alemania.

Ahora bien, tratándose de propiedad inscrita –la gran mayoría y, desde luego, la más valiosa-, la causalidad opera tan solo *inter partes*, pues, *inter tertios*, la fe pública registral impide que las vicisitudes que afecten a los negocios causales puedan afectar a los terceros adquirentes protegidos por la misma.

Al igual que sucede en el sistema jurídico alemán, mientras el adquirente de un inmueble a título oneroso no inscriba su adquisición, su titularidad solo queda protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por su *tradens* registral a favor de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe que sí inscriba su derecho, a partir de cuyo momento la titularidad adquirida negocialmente queda protegida por una regla de propiedad y, por lo tanto, *erga omnes*⁸. Ello dota a la inscripción de carácter constitutivo, de modo similar a lo que sucede en Derecho alemán, si bien, a diferencia del mismo, el ordenamiento jurídico español no contiene una declaración explícita al respecto, algo que no es necesario, pues lo que dota de carácter constitutivo a la inscripción es la fe pública registral.

Todo lo expuesto pone de manifiesto la necesidad de realizar una profunda revisión de las ideas dominantes sobre la función que desempeña el Registro de la Propiedad dentro del sistema de transmisión y de adquisición de bienes inmuebles en el ordenamiento jurídico español.

Dado que los sistemas español, francés y alemán son evoluciones autónomas y diferenciadas de los sistemas romanos de transmisión y adquisición de bienes inmuebles, será necesario exponer los rasgos esenciales de cada uno de ellos, primero del Derecho romano y, posteriormente, de cada uno de los otros tres sistemas referidos. Me detendré especialmente en el Derecho romano y en el del Código civil, y, en los sistemas francés

⁸ La fe pública registral protege al adquirente *erga omnes* excepto en relación a su propio transmitente, frente al cual su titularidad deriva del contrato seguido de tradición, no de la inscripción -artículo 33 de la Ley Hipotecaria-, a diferencia de aquellos otros sistemas en los que la fe pública registral o *indefeseability* opera también *inter partes* -*immediate indefeseability*- y, en ese sentido, se dice que la inscripción es constitutiva, y no solo *inter tertios* -*deferred indefeseability*- como en nuestro sistema y en la mayoría de los sistemas Torrens, tras la crisis hipotecaria iniciada en 2008.

y alemán sólo en la medida necesaria para comprender mejor la función del sistema registral inmobiliario español.

Antes, para poder entender adecuadamente la ingeniería de cada uno de estos sistemas, es preciso entender qué necesidades pretenden resolver tales sistemas transmisivos, cuál es su función, su racionalidad subyacente, lo que nos lleva inevitablemente a la cuestión de cuál es la función de un sistema de transmisión y de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Se hace preciso, así pues, entender los sistemas romanos de adquisición inmobiliaria y, para ello, es preciso entender qué necesidades intentaban resolver tales sistemas, lo que nos lleva a abordar, previamente, el complejo asunto de cuál es la función de un sistema de adquisición inmobiliaria.

1.2. La racionalidad subyacente de la evolución de los sistemas transmisivos: del intercambio personal al intercambio impersonal

La razón fundamental por la cual los sistemas transmisivos, en general, y de bienes inmuebles, en particular, han evolucionado históricamente y siguen en constante evolución⁹ radica en la creciente especialización que caracteriza la evolución social, a lo que contribuye la constante innovación tecnológica -como la tinta indeleble y soportes duraderos como el papiro o el papel y, contemporáneamente, las tecnologías de la

⁹ A diferencia de la evolución biológica, la evolución social es intencional y se caracteriza, a largo plazo, por un aumento y, por tanto, una mayor complejidad de esta, la cual reclama instituciones progresivamente complejas para que tal cooperación sea posible. NORTH. D.C, *Understanding the process of economic change*, ed. Princeton University Press, 2005, pág. 8. En esta evolución institucional resalta la especial influencia de la denominada dependencia de la pauta, la cual es determinante en la evolución institucional, MAGNUSSON L y OTTOSSON J. (ed.), *The Evolution of Path Dependency*, ed. Edward Elgar Published Limited, Cheltenham, 2009. GREIF A., *Institutions and the Path of the Modern Economy*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2006. NELSON R. y WINTER S.G., *An Evolutionary Theory of Economic Change*, ed. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1982. THELEN K., *How Institutions Evolve*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2004. MARTÍNEZ MESSEGUER C., *La teoría evolutiva de las instituciones. La perspectiva austriaca*. ed. Unión Editorial, Madrid, 2006.

información y de la comunicación¹⁰-. La especialización está en la base de la productividad¹¹ y esta determina el nivel de riqueza y, por lo tanto, de bienestar, de una sociedad. A mayor especialización, mayor productividad y, por lo tanto, mayor bienestar a condición de que se coordinen los intereses de los diferentes agentes y se faciliten los intercambios, tarea cuya complejidad aumenta conforme aumenta la especialización y el subsiguiente tamaño de los mercados. A mayor especialización, mayor productividad y mayor riqueza, pero, también, mayores incertidumbres y, por lo tanto, mayor complejidad institucional -incluida la de los sistemas adquisitivos- para despejarlas.

La humanidad ha evolucionado desde pequeños grupos, cuyos componentes se conocían y cuya economía era de mera subsistencia, con unidades autárquicas o cuasi-autárquicas de producción y de consumo, normalmente familiares, entre las cuales las transacciones eran simples y residuales, especialmente en el ámbito inmobiliario, hasta la sociedad global actual, caracterizada por basarse en una economía de mercado, en la que los intercambios constituyen un componente nuclear de la misma y, por ello, hay un ingente y creciente flujo de transacciones complejas entre personas que no se conocen entre sí.

De un modo escueto, se puede decir que la evolución social parte de la contratación personal y ha ido avanzando progresivamente, formando un *continuum*, hacia la contratación impersonal o anónima, es decir, hacia una sociedad con un grueso volumen de contratación, gran parte de la cual tiene lugar entre personas que se desconocen. En un extremo del *continuum* nos encontraríamos con un contexto de contratación estrictamente personal y en el otro, en un contexto de contratación estrictamente impersonal y, uniendo ambos extremos, una línea en la que la contratación tendría elementos tanto de la contratación personal como de la impersonal en diversa proporción.

¹⁰ Sobre la incidencia de tales tecnologías en las transmisiones inmobiliarias, MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. y GALLEGOS FERNÁNDEZ L.A., *Contratos automatizados, cadenas de bloques y Registros de la Propiedad*, RCDI, núm.778.

¹¹ SMITH A., *The Wealth of Nations*, ed. Everyman's, Library, 1977, pág. 242.

El sentido de esta evolución lo explica NORTH, cuando afirma¹²: “*el movimiento desde el intercambio personal al impersonal siempre incrementa el coste transaccional total pero la consecuencia es una drástica reducción de los costes de producción, en mucha mayor medida que se incrementan los costes transaccionales*¹³ y de ello deriva el dramático crecimiento de las economías modernas”.

Se trata, por lo tanto, de crear instituciones que doten de seguridad a las titularidades y agilidad a las transacciones con el mayor diferencial posible de costes en relación a los que existirían en ausencia de estas. Y las normas que configuran dichas instituciones deben ser interpretadas y aplicadas conforme a la racionalidad subyacente que las inspira, pues, en otro caso, se dificultará el intercambio y, por lo tanto, la especialización y el bienestar.

¹² NORTH D.C, *Understanding the process of economic change*. Princeton University Press, 2005, .pág.19. En este tipo de intercambio –intercambio personalizado–, debido a que la especialización es rudimentaria, los costes de negociación son bajos, pero los de transformación son muy altos. Véase NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 199, pág. 52.

¹³ La expresión costes de transacción fué utilizada por vez primera por R.H. COASE en su clásico artículo sobre el problema del coste social, al poner de manifiesto que, para llevar a cabo una transacción en el mercado, es necesario descubrir con quién se desea contratar, informar a las personas correspondientes de que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc. COASE R.H, *The problem of social cost*, en *The Journal of Law and Economics*, 3, 1960:1-44, The University of Chicago Press. Posteriormente, DAHLMAN cristalizó el concepto de costes de transacción, describiéndolos como costes de búsqueda e información, costes de arreglos y decisiones y costes de acción de policía. DAHLMAN C.J., *The problem of Externality*, en *The Journal of Law and Economics*, 22, núm.1, abril, 1979,148. La teoría de los costes de transacción está inspirada en las contribuciones de STIGLER y otros a la economía de la información. STIGLER G.J, *The Economics of Information*, en *Journal of Political Economy*, 69, junio,1961. Véase NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995 especialmente págs. 85 ss., en donde hace referencia a los costes de transacción necesarios para adquirir una vivienda. Véase también, MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.III, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 4038-4061. Véase NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995 especialmente págs. 85 ss., en donde hace referencia.

1.2.1. Contratación personal

En un sentido ideal o primigenio podemos definir la contratación¹⁴ personal como aquella que tiene lugar entre partes debido al conocimiento recíproco entre ellas, el cual permite, a cada una, calcular el comportamiento de la otra. Y es ese cálculo el elemento decisivo para decidir si la transacción tendrá lugar. También puede afirmarse que la contratación es personal cuando las garantías de las partes son personales o cuando celebran el contrato siguiendo los consejos de terceros más o menos expertos en los que confían¹⁵. Podemos decir, por ello, que la contratación personal es una contratación entre activos reputacionales.

El intercambio personalizado ha caracterizado la mayor parte de la historia¹⁶ y su alcance ha sido la producción en pequeña escala y el comercio local, principalmente, entre amigos y conocidos, que, además, suelen compartir un mismo sistema moral y cultural¹⁷

¹⁴ Utilizo el término contratación en un sentido amplio, pues durante un largo periodo histórico, precisamente el que corresponde a los intercambios impersonales en sentido estricto, no existió una noción de contrato, al menos en el sentido moderno del término, pero me parece más adecuado este término que el de intercambio, siempre que quede claro que el término contratación se usa en este contexto en sentido amplio o, si se prefiere, figurado.

¹⁵ En este sentido ARRUÑADA B., el cual señala entre estos intermediarios especializados, a las instituciones financieras, agentes de crédito, entidades aseguradoras de crédito y títulos de propiedad, agencias de calificación de riesgos, auditores, etc. En estos casos, los intercambios siguen siendo personales en la medida en que se basan en la reputación de que gozan estos intermediarios y en el conocimiento que éstos tienen de sus clientes. También incluye, remitiéndose a GREIF, los intercambios efectuados bajo el sistema de responsabilidad comunitaria, en los cuales todos los miembros del grupo -por ejemplo, los comerciantes de una determinada ciudad en la Edad Media- responden por el comportamiento y las obligaciones contractuales de los demás miembros. ARRUÑADA B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, ed. Civitas, 2013, págs. 42,43. Véase también, GREIF A.: *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2002, págs. 158, 168-204. *Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System*, *Chicago Journal of International Law* 5:109-38,2004. *The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice*, *Journal of Economic Perspectives* 20:221-36,2006. *Institutions and the Path of the Modern Economy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

¹⁶ NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Alianza Ed., Madrid, 1994, pág. 52.

¹⁷ Véase RIGHT R. *The evolution of God*, Little, Brown and Company, 2009, especialmente págs. 26-28. Según ARRUÑADA la mayoría de los contratos celebrados entre partes que se conocen son completamente personales, en tanto que se asientan en su mutuo conocimiento y en las expectativas de sus futuros intercambios. ARRUÑADA B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, ed. Civitas, 2013, pág. 52.

Idealmente, por lo que a los inmuebles se refiere, en una economía de subsistencia y, por lo tanto, en un entorno de contratación entre personas que se conocen entre sí suficientemente, en el que, además, las transacciones inmobiliarias son escasas e, incluso, residuales, y, además, mayoritariamente intragrupalas, la memoria de cada individuo del grupo o, al menos, de sus miembros más relevantes es, en cierto modo, un *Registro de derechos*, pues conoce las características físicas de las fincas, las circunstancias de cada una de las escasas transacciones habidas y, sobre todo, las características que configuran los diferentes derechos de propiedad que recaen sobre la tierra así como la identidad de los titulares.

En un contexto tal, el grado de conocimiento recíproco es alto, por lo que la probabilidad de que se produzcan engaños es menor, y, en consecuencia, la desconfianza también es menor, por lo que las instituciones necesarias para posibilitar los intercambios son más simples y menos costosas, o, en otras palabras, en tal situación de *intercambio personalizado* la tecnología requerida para prevenirse contra los intentos de engaño es relativamente simple y, por lo tanto, poco costosa.

En efecto, tal contexto no requiere la adopción de medidas dirigidas a garantizar la seguridad de los derechos de propiedad sobre la tierra, especialmente del *ius disponendi* del propietario, medidas tales que se paguen en términos de liquidez¹⁸, ni viceversa, es decir, la adopción de medidas para facilitar la liquidez que se paguen en términos de seguridad. Por ello, en un contexto de contratación personal los derechos son simultáneamente seguros y líquidos.

En ese escenario, quien ose engañar o defraudar utilizando para ello las asimetrías informativas existentes en el margen, si las hay, tiene escasas probabilidades de éxito, y, además, en todo caso, ha de pagar un precio muy alto por ello, normalmente en términos de confinamiento reputacional¹⁹. El nivel de desinformación es escaso y las

¹⁸ No utilizo el término liquidez en un sentido económico sino jurídico. En este sentido, liquidez significa facilidad jurídica, sistema que exija los menos trámites posibles.

¹⁹ Este fenómeno opera con tanta más fuerza cuanto menor sea el tamaño del grupo, pero opera en todos los grupos en los que hay un conocimiento personalizado de sus miembros. También en los grupos más amplios, incluso impersonales, siempre que las instituciones funcionen correctamente. Como observa

características del grupo –su aún reducido tamaño- permiten que los derechos sigan siendo, simultáneamente, seguros y líquidos, comenzando a surgir los conflictos entre ambas exigencias tan sólo en el margen.

Desde la perspectiva del análisis económico, una situación así se aproxima a la que, en términos ideales, describe al modelo walrasiano estándar ²⁰ neoclásico en el que la información es completa y, no hay, por lo tanto, costes de transacción, por lo que no se requieren instituciones dirigidas a evitarlos.

No quiero decir con ello que en el mundo real, incluso en la situación de intercambio estrictamente personal descrita, no existan costes de transacción sino que éstos se reducen cuanto mas completa sea la información existente sin necesidad de construir instituciones. De hecho, en un grupo reducido y estable con una economía de subsistencia, los costes de transacción en la transmisión de la tierra -en los casos en los que era posible- se reducen a los costes de negociación y a la realización de actos solemnes cuya principal misión es , no solo constreñir a las partes a cumplir lo acordado, sino impedir que la información dentro del grupo se disipe, de modo que todos tengan conocimiento del intercambio y ello evite la necesidad de incurrir en costes suplementarios en el caso de futuras transacciones.²¹

WRIGHT R. *The Evolution of God*, ed. Little, Brown and Company, New York, 2006, pág. 25, la ausencia de sanción moral en las religiones de las sociedades de cazadores recolectores no es muy misteriosa. Los cazadores-recolectores vivían –como todos hace 12.000 años- en grupos pequeños, esencialmente transparentes. Un poblado podría consistir en treinta, cuarenta, cincuenta personas, por lo que un buen número de comportamiento ilícitos eran difíciles de ocultar. Si alguien robaba una estaca de otro, ¿dónde ocultarla?, ¿Y, para que sustraerla si después el ladrón no podía usarla? Después de todo, era mayor el riesgo de ser capturado – incurriendo en la ira de dueño, su familia, sus amigos más próximos, y convirtiéndose en sospechoso a los ojos de todos-. Si alguien aspiraba a ser ayudado en caso de necesidad, lo mejor era ayudar a los demás cuando lo necesitaban. El hecho de que hubiera que vivir con el grupo durante toda la vida era un fuerte incentivo para comportarse decentemente.

²⁰ A los efectos de este trabajo, lo que interesa resaltar es que en el modelo walrasiano estándar neoclásico la información es completa y, por lo tanto, el mercado puede usarse sin costes. HAYECK F.A. *The Meaning of Competition, en Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948, págs 92-106. Sin costes de información, los compradores no pueden ser engañados y, en consecuencia, las garantías son innecesarias. Véase BARZEL Y., *A Theory of State. Economic Rights, Legal Rights and The Scope of the State*. Cambridge University Press, 2002, pág.80, STIGLER G. *Perfect Competition Historically Contemplated*, J.P.E., 65 (1957), págs. 1 ss.

²¹ Según NORTH D.C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Alianza Ed., Madrid, 1994, pág. 52, frecuentemente el intercambio se realiza en el seno de un contexto de rituales complejos y de preceptos religiosos con lo cual se supone que se obligaba a los participantes. Ciertamente, esa es una finalidad, pero no la única. Esos rituales también cumplen la finalidad de que se mantenga el nivel de

Hecha esta precisión, interesa subrayar que la presunción de información completa del modelo walrasiano estándar neoclásico implica, como observa BARZEL,²² la suposición de que los derechos de propiedad están bien definidos. Esta suposición implica que no hay comportamientos fraudulentos.

Tampoco es necesario dedicar recursos a averiguar la identidad de la persona con la que se contrata. Aunque, aparentemente, el anonimato caracteriza el modelo walrasiano, dado que no es costoso identificar a los contratantes, la noción de anonimato carece de significado.

Estas dos suposiciones conllevan una tercera: tampoco es costoso identificar al titular del derecho, dado que este está bien identificado, lo que implica que está identificado el titular del mismo así como el del poder de disposición cuando no coinciden.

Lo expuesto pone de manifiesto que para que los derechos sean seguros y fácilmente transmisibles en una sociedad o en una economía real -como se prefiera- es necesario que se hallen bien definidos, que sea conocida la identidad de los contratantes así como la del titular del *ius disponendi*. Cuando existe información completa sobre estos extremos -como en los grupos pequeños con una economía de subsistencia- no es necesario generar instituciones que suministren esa información. Basta con asegurarse de que, cuando hay una transacción inmobiliaria, esta sea conocida por los miembros más relevantes a fin de asegurar la persistencia de la información completa.

Interesa destacar que en un contexto de contratación personal -en mayor medida cuanto más personal- las transmisiones de bienes inmuebles son escasas. Dado que B conoce que A es dueño, todas las características de su derecho, y que es el titular del *ius disponendi*, su única o principal preocupación consiste en seguir la hoja de ruta pertinente

información dentro del grupo, de modo que no haya que incurrir en costes complementarios en transacciones futuras.

²² BARZEL Y., *A Theory of State. Economic Rights, Legal Rights and The Scope of the State*. Cambridge University Press, 2002, pág. 80. Destaca también este autor que otra consecuencia de la información completa sin costes del modelo consiste en que todas las cosas con las que se puede comerciar son líquidas y, en consecuencia, no se necesita el dinero.

para adquirir el bien que pertenece a A, o, en otros términos qué tiene que hacer para adquirir de A. Como veremos al tratar de la cuestión en el Derecho romano, normalmente se trata, en los inicios, de procedimientos solemnes y públicos cuya finalidad esencial consiste en que el nivel de información existente en el grupo sobre esos extremos – titularidad de los derechos y características de éstos- no se disipe y, de ese modo, evitar costes suplementarios en futuras transacciones. Interesa la regularidad de estos actos jurídicos transmisivos en sí mismos y no tanto su interconexión con otros actos jurídicos anteriores relativos al mismo inmueble, menos relevantes dada la escasez de actos jurídicos transmisivos y los largos periodos de tiempo que transcurren entre los mismos.

1.2.2. Contratación impersonal

Idealmente, podemos definir la contratación impersonal como la que tiene lugar entre partes que no se conocen y, por lo tanto, con independencia del conocimiento recíproco entre ellas, lo cual aumenta las incertidumbres y dificulta la contratación. En estas condiciones, que son las propias de una economía de mercado, especialmente de una sociedad avanzada, para que la contratación sea posible se requiere una tecnología institucional más compleja, esto es, un conjunto de reglas e instituciones que hagan innecesario el conocimiento personal del sujeto o sujetos con quienes se contrata.

Todo ello hace que la intervención del Estado sea decisiva para que los individuos puedan comerciar sin necesidad de conocer sus características personales.

1.2.2.1. La progresiva aparición de la información incompleta

La información incompleta y, por lo tanto, las incertidumbres, comienzan a surgir cuando el tamaño del grupo, las interconexiones entre los grupos y el número de transacciones entre individuos aumentan hasta tal punto que se llega a un entorno de contratación impersonal, caracterizado por una alta densidad contractual, por el desconocimiento o información insuficiente y, por lo tanto, por la incertidumbre sobre

aquellos extremos necesarios para contratar y que, en una economía de subsistencia, son de conocimiento general y, precisamente, por ello, no surge conflicto alguno entre las exigencias de seguridad, por un lado, y de liquidez, por otro, de los derechos de propiedad.

Ahora bien, en la medida en la que aumenta el tamaño de las sociedades y el de los mercados, es decir, en la medida en la que aumentan el número y la frecuencia de los intercambios y éstos son cada vez más impersonales, la sociedad se va configurando como un *nexo de contratos* impersonales e interdependientes entre sí. El conocimiento de dichas transacciones y la configuración de los *iura in rem* inmobiliarios ya no están difundidos ni se hallan grabados en la memoria individual de cada uno de los miembros de la sociedad. Sencillamente, ya no es posible.

La información de cada individuo sobre los atributos jurídica y económicamente decisivos desde una perspectiva contractual, tales como la identidad de los dueños y demás titulares de derechos reales sobre bienes inmuebles, o sobre las condiciones impuestas contractualmente a los dueños vigentes en sus contratos de adquisición o de finalidad adquisitiva, de tal naturaleza que pueden repercutir sobre posteriores adquirentes es, cada vez, más incompleta.

Es preciso subrayar que, a diferencia de lo que sucede en la contratación personal propia de una economía de subsistencia, en la que las transacciones inmobiliarias son escasas, en la contratación impersonal propia de una moderna economía de mercado, aumenta el volumen y la frecuencia de tal contratación, lo cual tiene consecuencias decisivas sobre la evolución y la configuración de los sistemas adquisitivos inmobiliarios. En efecto, idealmente, en un sistema de contratación estrictamente personal hay información completa o solo marginalmente incompleta, las transacciones son escasas y con un periodo secuencial largo entre ellas, por lo que lo relevante es el mecanismo transmisivo *inter partes* y no tanto las consecuencias que los actos transmisivos anteriores puedan tener sobre los posteriores.

Sin embargo, en un contexto de contratación impersonal, como es el propio de una economía de mercado, son usuales escenarios como el siguiente: A vende a B una finca, el cual la vende a C, que, a su vez, la transmite a D, el cual la hipoteca a favor de E. Posteriormente, la cede en arrendamiento a E; a su vez, concede una opción de compra

a favor de F, y, después, la vende a G. Si H desea comprar ese bien inmueble, lo relevante no solo es saber cual es el mecanismo de compra, sino también saber si G es el titular del *ius disponendi*, qué vicisitudes de los contratos anteriores le pueden afectar a él -v.gr.: de la cadena de ventas que desemboca, supuestamente, en la titularidad de G-, y qué posibles cargas le pueden afectar, como la hipoteca a favor de E y, quizás, la opción de compra a favor de F. Y este es un supuesto sencillo, pues podríamos incluir embargos a favor de Z, problemas derivados del estado civil y de los regímenes matrimoniales, en su caso, problemas hereditarios derivados del fallecimiento de algún titular de alguno de los derechos intermedios, o problemas derivados de la declaración en concurso de acreedores de G, por ejemplo, o que uno de los titulares intermedios, C, por ejemplo, haya vendido también a W, que ha iniciado otra cadena de titularidades. Es decir, en un contexto de contratación impersonal y de alta frecuencia contractual, como es el propio de una economía de mercado, no solo importan los aspectos internos del contrato -aspectos *intracontractuale-s*, sino, igualmente, los aspectos *intercontractuales*, es decir, las vicisitudes de los actos jurídicos y contratos anteriores referentes al mismo inmueble, que puedan afectar a un adquirente potencial. O, en otros términos, importan igualmente los aspectos *inter partes* e *inter tertios* del sistema transmisivo inmobiliario.

En este mundo puede decirse que quien contrata con alguien la adquisición de un bien, en rigor la titularidad de un derecho real sobre un bien, no está contratando solamente con su transmitente sino con todas las personas que, con anterioridad, contrataron la adquisición y posterior transmisión del bien, y cuyos derechos no hayan prescrito, pues puede verse afectado por las vicisitudes que afecten a tales contratos precedentes y que estén protegidas por una acción real, concebida, sobre todo, como instrumento de protección del *ius diponendi* del propietario. La *conexión intercontractual* implica, por lo tanto, una interdependencia *inter tertios*, esto es, entre personas que contrataron en relación al mismo bien, pero no entre sí, sino con otras personas en algunos de los sucesivos contratos de finalidad traslativa referentes al mismo bien.

Debe observarse que en una economía de mercado, por lo tanto, el problema característico no es qué debe hacer A para transmitir a B o qué debe hacer B si desea adquirir de A. Cuando una sociedad alcanza el estadio evolutivo de una economía de mercado, su sistema jurídico ya hace tiempo que ha resuelto ese problema. Una economía de mercado se caracteriza por la alta densidad contractual, de modo que los inmuebles

cambian de mano con cierta frecuencia. Coexisten simultáneamente sobre ellos derechos reales de diferente naturaleza como consecuencia de la especialización productiva, no todos ellos susceptibles de posesión. Adicionalmente, el elevado número de habitantes de la jurisdicción de un Estado -o, en una economía global, de todo el mundo- hace que la contratación tenga lugar con una elevada frecuencia entre personas que no se conocen entre sí. Todo ello hace que los problemas relevantes no sean únicamente los *intracontractuales* sino también los *intercontractuales* porque, en ese contexto, el contrato es el instrumento ordinario de intercambio de bienes y servicios y, por lo tanto, de reasignación permanente de recursos hacia quienes en cada momento creen que harán un mejor uso de ellos. Se hace, por ello, preciso asegurar que la concatenación intercontractual asegura la concatenación de las titularidades sucesivas.

En definitiva, en una economía de mercado pasan a primer plano los efectos que la transacción entre A y B puede tener sobre C; los de las transacciones entre A y B y entre B y C sobre D, los de las transacciones entre A y B, B y C y C y D sobre E, así como de las eventuales reclamaciones de terceros sobre cada uno de los adquirentes anteriores-. Es decir, pasan a primer plano, junto a las relaciones intracontractuales o *inter partes*, las relaciones intercontractuales o *inter tertios*.

1.2.2.2. Los riesgos de la información incompleta

Todo ello supone un aumento de las incertidumbres que deben ser despejadas para poder contratar, pues suponen un obstáculo decisivo para que el contrato pueda cumplir una de las funciones que le son propias: la reasignación eficiente de recursos²³. Ello exige vencer dichos obstáculos a fin de poder franquear el camino para que dicha reasignación sea posible.

²³ El *ius disponendi* y la libertad de transferencia no solamente sirven a la eficiente asignación de recursos, sino también para estimular la realización de inversiones con un horizonte temporal amplio. En efecto, el dueño se siente más motivado a realizar inversiones a largo plazo si sabe que puede transferir el recurso si así lo desea.

Las incertidumbres son de diferente naturaleza y el grado de dificultad para vencerlas varía según la misma. Las incertidumbres, además, son distintas para el vendedor y para el comprador²⁴.

Para el vendedor, las incertidumbres fundamentales residen en la determinación del precio, así como en la probabilidad de que el comprador cumpla con lo acordado, especialmente en el supuesto de que su contraprestación sea de ejecución diferida. En efecto, debido a que hay costes marginales crecientes en la medición y vigilancia del cumplimiento de lo acordado, cada parte se detendrá justo en el punto en el que se igualen beneficios y costes marginales de tal actividad, por lo que no se puede dar por sentado el cumplimiento obligatorio, lo que ha sido y es un obstáculo crítico para aumentar la especialización y la división del trabajo.²⁵

Para el comprador, el valor del inmueble, expresado en el precio que está dispuesto a pagar por el mismo, está en función de los atributos que se transmiten con la venta. Ciertos atributos del bien pueden ser fácilmente medidos por el comprador: por ejemplo, en el caso de que desee contratar la adquisición de una casa, puede comprobar fácilmente sus dimensiones físicas, si la zona está bien urbanizada o no, si está próxima o no a su lugar de trabajo o si es ruidosa. Otros atributos son más difíciles de comprobar, como, por ejemplo, si tiene vicios de construcción –los denominados *vicios ocultos*-. Estos vicios materiales son los que sirven de referencia básica en el análisis económico cuando se analizan los problemas relativos al aseguramiento de la calidad de las transacciones y requieren un saneamiento de índole material –artículos 1484-1489 del Código civil-.

Otras incertidumbres difíciles de despejar, en lo que al objeto de este estudio se refiere, no son de carácter material, sino de carácter jurídico. Pueden ser, a su vez, subjetivas y objetivas. Las primeras guardan relación con defectos en las facultades de lo contratantes –singularmente del vendedor, bien porque no es el titular o porque, siéndolo, carece de facultades de disposición suficientes o necesita algún complemento de

²⁴ Vease NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, págs. 85-87.

²⁵ *Ibidem*.

capacidad²⁶. Las segundas provienen de la preexistencia de cargas ocultas, en el sentido de no visibles, como pueden ser, por ejemplo, las hipotecas, ciertos usufructos o determinadas servidumbres. En ambos casos, estos vicios jurídicos pueden hacer necesario un saneamiento por evicción –artículos 1475-1499 del Código civil-.

Las incertidumbres jurídicas –tanto las subjetivas como las objetivas- tienen su origen en el carácter oculto –en el sentido de no visible- de ciertos atributos cuyo conocimiento es esencial para que el comprador pueda decidir si contrata o no y, en el primer caso, a qué precio. Con frecuencia, en el hecho de que la posesión por el vendedor de un determinado inmueble –en general, de un determinado bien, pero especialmente si se trata de un inmueble- no garantiza que esa persona ostente realmente la propiedad de dicho bien, ni, en caso de que el poseedor sea propietario, informa por sí sola acerca de en qué grado esa propiedad se halla gravada con derechos reales a favor de terceros.

La presencia y persistencia de todas estas incertidumbres constituye un serio obstáculo para el intercambio y, derivadamente, para la especialización y el crecimiento económicos²⁷. En efecto, ante la necesidad de despejar todas estas incertidumbres -hasta un cierto nivel, a menos, si se desea contratar- cada potencial adquirente habría de consagrar mucho tiempo y muchos esfuerzos a informarse sobre el estatuto jurídico de los bienes que desea adquirir e investigar las posibles cargas a las que podrían estar sujetos y que el vendedor trataría de ocultar, lo que hará, si puede hacerlo, cuando el beneficio de tal ocultación sea superior al valor de las oportunidades alternativas que se le ofrezcan²⁸.

²⁶ En este aspecto la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica es de la mayor importancia, habiendo introducido un cambio completo de filosofía en cuanto al tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

²⁷ Véase especialmente NORTH D.C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, ed. Cambridge University Press, 1990. Existe traducción española, en Fondo de Cultura Económica, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 44.

²⁸ Piénsese que uno de los problemas fundamentales que se plantean en España, así como en otros países, con anterioridad a 1861, era el denominado *crimen stellionatus*, es decir, la ocultación por el vendedor al comprador, de las cargas que pesaban sobre el inmueble. Sobre las dificultades de la cooperación y la complejidad institucional requerida, creciente conforme aumenta el tamaño de las sociedades, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, ed. Thomson-Civitas, 2008, especialmente págs. 29 ss.

Las incertidumbres inherentes a dicha situación se convertirían en una fuente de costes personales que el comprador habría de tener en cuenta. Si la suma de todos estos costes de transacción –de incertidumbre- llegase a ser demasiado elevada en relación con las futuras ganancias que una operación de compraventa podría producir, dicha operación no se produciría y los recursos quedarían infrutilizados.²⁹

Muchas de las incertidumbres jurídicas no pueden ser despejadas por el comprador por sí solo porque dependen de la existencia y contenido de contratos anteriores referentes al mismo inmueble, de que el transmitente haya cumplido o no sus obligaciones con la Administración o con personas con las que haya contratado³⁰. Es decir, son incertidumbres derivadas de las conexiones *inter tertios* derivadas, a su vez, de las conexiones intercontractuales subjetivas referentes al mismo bien. Por ello, no pueden ser despejadas por el comprador por sí solo.

Despejar tal tipo de incertidumbres requiere una intervención de terceros, lo que significa que es necesario incurrir en costes para dotar al derecho que se pretende adquirir de una mínima seguridad, lo cual disminuye su liquidez³¹. Es posible aumentar la seguridad del derecho y, al propio tiempo, su liquidez, pero, para ello, se requiere una

²⁹ Los agentes económicos invierten en costes de transacción hasta el límite de su utilidad marginal, es decir, hasta el punto en el que se igualen los beneficios y los costes marginales de la inversión, por lo que, cuanto más elevados sean los costes de información, mayor número de intercambios voluntarios se frustrarán, lo que es especialmente dañino, ya que los intercambios voluntarios constituyen el mecanismo esencial de reasignación permanente de derechos de propiedad, reorientándolos hacia los campos de mayor utilidad social. Veamos el siguiente ejemplo. Si A está dispuesto a vender a B un bien por 10 y B a desprenderse de esa cantidad –susceptible de usos alternativos- a cambio del citado bien, significa que, por hipótesis, B hará un uso más eficiente del mismo, por lo que el sistema institucional debe favorecer las condiciones para que la transacción pueda realizarse. Si A está dispuesto a vender el bien por un mínimo de 10 y B está dispuesto a comprarlo por un máximo de 10,5, la transacción se llevará a efecto, salvo que los costes necesarios para consumarla excedan de 0,5, en cuyo caso la transacción, eficiente por definición, se frustrará. Véase LEPAGE H. *Por qué la propiedad*. ed. Instituto de Estudios Económicos, 1985, págs. 94 ss.

³⁰ Normalmente, para despejar las incertidumbres físicas se requerirá también la colaboración de expertos, pero, analíticamente, su presencia no es necesaria. El adquirente puede ser un experto y ser capaz de identificar tales defectos por sí mismo. Cuando se trata de incertidumbres jurídicas, especialmente, las que tienen su origen en contratos anteriores y conexos relacionados con el mismo bien, se requiere inexorablemente la colaboración de tales terceros o – como veremos- del Estado.

³¹ A lo largo del estudio empleo repetidamente el término liquidez. Como he expuesto, no lo hago en un sentido económico sino jurídico: cuantas mas medidas haya que adoptar para decidir sobre una transacción el bien es menos líquido porque aumentan los costes transaccionales e, inversamente, cuantas menos haya que adoptar el bien es más líquido porque hay menos costes transaccionales.

intervención del Estado, no solamente normativa, sino también institucional, en el caso de los inmuebles, como expondré posteriormente. Sin una intervención tal, en materia inmobiliaria, tales incertidumbres podrán ser minimizadas pero no despejadas y, del mismo modo, el conflicto entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios podrá ser atenuado, pero no superado.

Por lo que se refiere a las incertidumbres sobre los atributos jurídicos del bien, no se trata solo de que el transmitente intente engañar al adquirente haciéndose pasar por dueño sin serlo –fraude de identidad–, sino de supuestos que no necesariamente implican fraude, como, por ejemplo, que el adquirente no haya cumplido satisfactoriamente para quien le transmitió las condiciones a las que se comprometió en el contrato de adquisición, y el transmitente pretenda resolver el contrato, lo cual puede afectar a quien pretende adquirir en el presente. Ello hace que el contrato no sea ya una isla habitada solamente por las partes y por el bien sobre el que se proyectan las titularidades objeto de intercambio, sino una realidad permeable que puede influir en contratos posteriores y, a su vez, verse influenciada por contratos anteriores o conexos.³²

1.2.2.3. La tecnología institucional necesaria para disipar las incertidumbres

Todo ello configura una realidad compleja que proyecta múltiples incertidumbres, las cuales pueden determinar la volatilidad del derecho que se cree haber adquirido; en concreto, para el adquirente de un bien inmueble, si está adquiriendo lo que desea adquirir y, además, de un modo irrevocable, salvo por causas imputables únicamente a él mismo, o a otros pero conocidas por él.

A mayor especialización, mayor productividad y, mayor competitividad y, por lo tanto, mayor nivel de renta y de bienestar, siempre que los frutos de la especialización sean intercambiables con seguridad y agilidad. Sucede, sin embargo, que, a mayor especialización, mayores son tanto la necesidad de intercambio como la complejidad del

³² A este respecto, véase el interesante trabajo de BERNARD MAINAR R., *A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos*, en RCDI, núm 720, págs. 1447-1485.

mismo, por lo que mayores son las incertidumbres y, por lo tanto, mayores las dificultades para el intercambio -o, en términos jurídicos, para la contratación-. Si estas dificultades, debidas a la información incompleta, no se superan, la especialización se frena, con todas sus consecuencias. Para superarlas, son necesarias instituciones que den seguridad a los derechos -lo que incluye la titularidad sobre los mismos- y, al propio tiempo, faciliten las transacciones. Pero hay que tener en cuenta que cuanto más complejo sea el intercambio en el espacio y en el tiempo, más complejas y costosas serán las instituciones necesarias para facilitar la cooperación³³.

Dicha tecnología institucional debe cumplir dos funciones esenciales. A saber:

1) Idealmente, poner a disposición de las partes -usualmente de la parte compradora- la información que necesita para contratar y que la otra parte le ocultaría, en todo o en parte, si pudiera, en la medida en que el conocimiento de la misma por la otra parte le perjudicara, y

2) Permitir al adquirente adquirir una titularidad que prevalezca no solo frente a su transmitente -una titularidad *in personam*- sino frente a todos -titularidad *in rem*-. Ello requiere *insularizar*- o *blindar* la adquisición consumada a través del mecanismo adquisitivo *inter partes* frente a ese tipo de incertidumbres jurídicas descritas, derivadas, a su vez, de la conexión intercontractual imprescindible para la concatenación de titularidades, sin vulnerar derechos ajenos o sin imponerles unos costes de protección más elevados, lo que aumentará el valor de los bienes y facilitará la contratación.³⁴

Siendo así, se plantea la cuestión de por qué la intensidad y el alcance de los intercambios depende de la calidad institucional en tanta mayor medida cuanto más se amplíe la especialización y número de jugadores en el tiempo y en el espacio y por qué

³³ NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 81.

³⁴ Por blindaje, hemos de entender la evitación de que puedan afectar al adquirente consecuencias derivadas de la conexión intercontractual con terceros a través del contrato perfeccionado con su *tradens* y que él no pudo conocer conforme a las reglas de la buena fe. Este es el mundo propio del Derecho de la seguridad del tráfico, articulado en el ámbito inmobiliario mediante las propiedades normativas de la inscripción de un Registro de derechos. Trata de que la interdependencia contractual genere las menores incertidumbres jurídicas posibles.

en esa misma medida aumenta la complejidad de las instituciones -entre otras, de los sistemas transmisivos.-.

La razón última hay que buscarla en que las instituciones son, finalmente, *tecnologías defensivas contra los intentos de engaño*, necesarias porque tales intentos son *inevitables* debido a la presencia de desconfianza generada por el desconocimiento - usualmente por parte del transmitente - sobre lo que la otra parte sabe acerca de los atributos jurídica y económicamente relevantes del bien que se desea adquirir junto con la certeza de que si sabe algo cuya ocultación puede beneficiarle, sin duda lo ocultará. Y este es el primer y más importante obstáculo para contratar, aunque no el único.

Asegurar el cumplimiento de lo acordado es, también, un obstáculo crítico. En efecto, debido a que hay costes marginales crecientes en la medición y vigilancia del cumplimiento de lo acordado, cada parte se detendrá justo en el punto en el que se igualen costes y beneficios marginales de tal actividad, por lo que, como he expuesto en páginas anteriores, no se puede dar por sentado el cumplimiento obligatorio, lo que ha sido y es un obstáculo crítico para aumentar la especialización y la división del trabajo³⁵.

En las situaciones de intercambio personalizado la tecnología institucional requerida para prevenirse contra los intentos de engaño es relativamente simple y, por lo tanto, poco costosa. Sin embargo, conforme aumentan tanto el tamaño como el alcance de los intercambios, éstos son más impersonales. Hay menor conocimiento y, por tanto, mayor desconfianza. Se requiere, por lo tanto, una tecnología institucional más sofisticada contra el engaño, es decir, unas instituciones crecientemente complejas y costosas.³⁶

³⁵ NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, págs. 49-50.

³⁶ En una primera fase del intercambio impersonal se intenta disipar la desconfianza mediante la clientelización o personalización del intercambio. Así, las partes se ven obligados por vínculos de parentesco, por lazos, por intercambio de rehenes o de códigos de conducta comercial. Frecuentemente, el intercambio se realiza en un contexto de rituales complejos y de preceptos religiosos con lo cual se supone que se obliga a los participantes.

Según este mismo autor el desarrollo temprano del comercio a gran distancia y entre diversas culturas así como las ferias de la Europa medieval se edificaron sobre estos aparatos institucionales, los cuales permitieron un ensanchamiento del mercado, extendiéndose más allá de los límites de una pequeña entidad geográfica. En la temprana Europa moderna estas instituciones llevaron al Estado a un papel creciente en cuanto a otorgar protección a los comerciantes y a adoptar códigos comerciales conforme aumentó el

Finalmente, el apuntalamiento crítico de las economías modernas, cuyo éxito se basa en que posibilitan el intercambio impersonal basado en una contratación compleja necesaria para el crecimiento, requiere la presencia de un tercero que fuerce el cumplimiento obligatorio. Esa es la función esencial del Estado, el cual genera un conjunto de normas que se convierten en una variedad de constreñimientos efectivos a través del sistema judicial³⁷. El hecho de que el intercambio impersonal requiera la existencia y actuación del Estado es un aspecto esencial para captar en toda su dimensión el funcionamiento del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico y comprender adecuadamente las instituciones en las que se basa.

El valor de un cambio para las partes es el valor de los diferentes atributos que componen el bien o servicio. El conocimiento y medición de tales atributos es costoso y tales costes forman parte de los costes transaccionales totales y, dado su montante, en relación a la utilidad esperada, la medición nunca será exacta, lo que hace que haya asimetrías de información entre los jugadores. Es la combinación de tales asimetrías con la función conductual subyacente de los individuos la que reclama la presencia de instituciones.

La disminución de tales asimetrías se ha conseguido históricamente mediante la generación de instituciones que pongan a disposición del eventual comprador o adquirente la información jurídica y económicamente relevante para contratar -quién es el dueño, si puede disponer, qué derechos de terceros puede haber que se antepongan al suyo en el caso de que decida adquirir, etc- y que, además, impidan al vendedor o transmitente -y, en general, a cualquiera- utilizar las *asimetrías informativas residuales* en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir, a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.

potencial de ingresos de las actividades fiscales, NORTH. D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 53.

³⁷ Sin embargo, este cumplimiento forzoso nunca es ideal, por lo que las partes suelen seguir destinando recursos a clientelizar relaciones de intercambio. Por otro lado, los problemas de lograr el cumplimiento obligatorio de acuerdos por un tercer participante mediante un sistema judicial que aplica, quizás imperfectamente, las normas, no solo son muy mal comprendidos sino que constituyen un gran dilema en el estudio de la evolución institucional. NORTH. D.C., *Ibidem*.

Como veremos, en el ámbito mobiliario la generación de la referida tecnología institucional es menos compleja que en el inmobiliario debido a que se puede dotar a la posesión mobiliaria de un alcance legitimador del que no se puede dotar a la posesión inmobiliaria. A ello me referiré posteriormente

Esta neutralización de los efectos que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* -al menos de las derivadas de actos y contratos anteriores referentes al mismo inmueble- hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa, lo que garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información, al menos de la referente a actos y contratos anteriores referentes al mismo bien, que la que él mismo tiene.

2. La necesidad de intervención del Estado. Su fundamento

2.1. La protección de los derechos mediante reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad

Es esta una distinción que ha devenido clásica en el análisis económico del Derecho. La debemos a GUIDO CALABRESI y DOUGLAS A. MELAMED.³⁸

Parten estos autores de que, en todo momento, el concepto de Estado se halla relacionado con la resolución de conflictos de intereses entre dos o más individuos o entre dos o más grupos de individuos, debiendo decidir a cuál de las partes en conflicto favorece. Si no hay decisión – si no hay Estado- el acceso a los bienes, a los servicios y la vida misma se decidirá sobre la base de que el “poderío hace el derecho” (“*might makes right*”). En consecuencia, la función fundamental de la ley –es decir, del Estado- consiste en

³⁸ CALABRESI G. y MELAMED D.A. formularon la distinción en un artículo que ha devenido un clásico del análisis económico del Derecho: “*Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral*” publicado en el ya lejano 1972 en la Harvard Law Review. La versión que utilizo es la publicada en *Economics Foundations of Property Law* ed. Little, Brown & Company, págs. 31-49.

decidir a cuál de las partes en conflicto se le debe conceder el derecho a prevalecer (“*entitled to prevail*”).

Una vez realizada esta elección, la sociedad debe adoptar decisiones de segundo orden dirigidas a conseguir que el derecho concedido (“*entitlement*”) sea efectivo, ya que la elección, por sí sola, no evita el problema de que el más fuerte imponga su voluntad. Ello significa que siempre es necesario, al menos, un mínimo de intervención estatal.

Más concretamente, tales decisiones versan sobre el modo conforme al cual los derechos concedidos son protegidos y sobre si se autoriza a los individuos a vender o comerciar, en general, con el derecho concedido.

Así, en un conflicto dado, el Estado no solamente debe decidir qué parte gana sino también qué tipo de protección concede al ganador. Esta última decisión, además, configura las relaciones subsiguientes entre el ganador y el perdedor.

Partiendo de estas premisas, consideran que hay tres tipos de derechos – entendidos como *entitlement*–: derechos protegidos por reglas de *propiedad*, derechos protegidos por reglas de *responsabilidad* y derechos protegidos por reglas de *inalienabilidad*. Advierten que estas categorías no son absolutamente nítidas, pero afirman que tal categorización es útil a partir del momento en el que revela algunas de las razones por las cuales se decide proteger ciertos derechos de un modo determinado y no de otro.

Un derecho está protegido por una *regla de propiedad* cuando todo aquel que desee despojar del mismo a su titular, únicamente puede hacerlo adquiriéndolo de él en una transacción voluntaria en la cual el valor del derecho es acordado con el mismo por el comprador o adquirente.

Esta es la forma de derecho que requiere una menor intervención por parte del Estado: Una vez que el derecho original ha sido asignado, el Estado ya no interviene para decidir sobre su valor. Por el contrario, deja que las partes decidan cuál es el valor del derecho para cada una de ellas y, si no hay acuerdo, concede al titular el derecho de vetar los deseos del comprador. La regla de propiedad supone, por lo tanto, una decisión

colectiva sobre a quién se asigna inicialmente el derecho pero no sobre el valor del derecho asignado.

Un derecho está protegido por una *regla de responsabilidad* si en cualquier momento cualquiera puede alterarlo o destruirlo, sin consentimiento de su titular, pagando por ello una suma objetivamente determinada.

La regla de responsabilidad supone un escalón más en la intervención estatal. En efecto, tales derechos se protegen y su transferencia y eventual destrucción se autorizan sobre la base de un valor determinado por algún órgano del Estado antes que por las partes mismas.

Precisan estos autores que la protección de un derecho mediante una regla de propiedad requiere menos intervención estatal solamente en el sentido de que el Estado interviene para decidir la asignación inicial de derechos y el tipo de protección, pero no para decidir el valor del derecho concedido. De este modo, en el caso de que resulte especialmente dificultoso hacer efectivo *-to enforce-* un particular derecho protegido por una regla de propiedad -v.gr., el derecho a la seguridad personal en las áreas urbanas-, el coste real de la intervención estatal puede llegar a ser muy alto y podría exceder, quizás, del requerido por algunos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas³⁹

Un derecho está protegido por una *regla de inalienabilidad* cuando no está permitida su transferencia voluntaria. A diferencia de las reglas de propiedad y de responsabilidad, la regla de inalienabilidad no solamente protege el derecho sino que lo configura.

De lo expuesto resulta que la mayoría de los derechos concedidos sobre los bienes son mixtos. Si bien la casa de A está protegida por una regla de propiedad cuando B desea comprarla, sin embargo, solo se halla protegida por una regla de responsabilidad si es el Estado el que desea adquirirla mediante expropiación forzosa, quedando protegida por una regla de inalienabilidad cuando A está ebrio o ha devenido incapaz.

³⁹ *Ibidem*, pág. 32.

Una vez que una sociedad ha elegido una asignación de derechos inicial debe determinar también si protege los derechos asignados mediante reglas de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad.

La protección efectiva de un derecho mediante una regla de propiedad hace que el mismo sea más eficaz, pero, a cambio, puede exigir unos costes de transacción mayores, por lo que, como advierten estos autores, cuando tales costes devienen excesivamente elevados puede ser preferible otorgar al derecho una protección mediante una regla de responsabilidad en lugar de mediante una regla de propiedad.

En todo caso, del análisis realizado por estos autores se deriva una consecuencia importante en relación al objeto de este estudio, a saber: sería deseable una situación en la que las titularidades sobre los derechos reales inmobiliarios y, por tanto, los derechos mismos se hallasen protegidos por una regla de propiedad, pues los fortalecería, sin imponer unos costes de transacción tales que dificulten su circulabilidad y, por tanto, haga preferible la protección de las titularidades sobre tales derechos mediante una regla de responsabilidad, lo que los debilitaría y, en consecuencia, restaría posibilidades de aprovechamiento de los bienes inmuebles.

2.2. El contenido material y el objeto del derecho como factores determinantes de su grado de protegibilidad efectiva

Hechas las consideraciones precedentes, si nos atenemos a la realidad de las cosas, observamos, sin embargo, que no todos los derechos subjetivos patrimoniales son susceptibles, *de hecho*, del mismo grado de protección. Todos los derechos subjetivos patrimoniales son protegibles mediante una regla de responsabilidad pero no todos lo son mediante una regla de propiedad. Ello depende, esencialmente, del *contenido* del derecho y del *objeto* sobre el que recaigan.

2.2.1. El contenido material del derecho

Si el *contenido material* del derecho otorga a su titular un *poder inmediato y exclusivo* sobre una cosa, en principio es más fácilmente protegible tal contenido material por una regla de propiedad que si el contenido del derecho confiere a su titular el *poder de exigir una conducta personalísima* de una persona determinada.

Como sabemos, todo derecho subjetivo impone un deber universal de respeto para con el titular del derecho en cuanto tal, pero determinados derechos –los denominados derechos personales o de crédito– imponen, además, conductas específicas a determinadas personas en virtud de una relación jurídica previa con el titular. En estos casos, si el obligado se niega a observar la conducta debida –dar un inmueble, una cosa mueble, sea determinada o genérica, hacer algo, sea personalísimo o no, o no hacer algo– el ordenamiento no puede forzar físicamente al deudor a observar la conducta debida, sino que, a lo sumo y solo en determinados casos, puede hacer que el juez o un tercero suplan la conducta del deudor de un modo satisfactorio para el acreedor y, en la mayoría de los casos, tan sólo sustituir la prestación debida por el *id quod interest*, esto es, proteger tal tipo de derechos mediante una *regla de responsabilidad*.

Cuando el poder inmediato sobre la cosa incluye todas las posibilidades de aprovechamiento admitidas por el ordenamiento jurídico, se habla de dominio, cuyo sujeto pasivo es universal: todos están obligados a respetar la situación de señorío en que la propiedad consiste y nadie tiene un deber especial de respeto. Cuando el poder inmediato incluye sólo alguna de las formas de aprovechamiento admitidas por el ordenamiento jurídico y concedida por el *dominus*, hablamos de derecho real limitado o de *ius in re aliena*.

A menor escala, la situación del titular del *ius in re aliena* es idéntica a la del propietario: su ámbito de poder inmediato debe ser respetado por todos por igual y puede actuarlo directamente sobre la cosa con independencia de quién sea el propietario.⁴⁰

⁴⁰ La situación del titular de un *ius in re aliena* presenta, sin embargo, una diferencia importante con la del *dominus*. Mientras este ostenta el derecho y puede transmitirlo libremente a los herederos, los *iura in re aliena* tienen un límite temporal como consecuencia de las circunstancias que contribuyeron a la

De todo ello resulta que cuando el poder en que todo derecho subjetivo consiste recae inmediatamente sobre una cosa – especialmente cuando esa cosa es difícilmente ocultable o destruible-, atribuyendo a su titular facultades de aprovechamiento exclusivo, la protegibilidad de tal contenido material mediante una regla de propiedad es mayor que cuando, para hacer efectivo el poder que todo derecho subjetivo confiere a su titular, se requiere la colaboración de un sujeto especialmente obligado, el cual puede rehusar su colaboración. Cuando esta puede ser suplida por el juez o, a elección del titular del derecho vulnerado, por un tercero, el derecho es protegible mediante *una regla de propiedad*. Cuando no puede ser suplida, sino únicamente sustituida por el *id quod interest* el derecho solo es protegible mediante una *regla de responsabilidad*.

2.2.2. Bienes muebles e inmuebles como objetos de derecho

La *protegibilidad* de un derecho mediante una u otra regla no depende solamente de su contenido sino también del *objeto* sobre el que recaiga, esencialmente de si el bien sobre el que recae es de naturaleza mueble o inmueble, hasta el punto de que esta ha sido históricamente –y aún hoy- la *summa rerum divisio* en el ámbito del Derecho Civil Patrimonial. Si el contenido material del derecho determina su grado de protegibilidad efectiva, el objeto sobre el que recae condiciona decisivamente el grado de protección efectiva de la titularidad del derecho.

formación de la propiedad burguesa. Esta se proclama plena y perfecta, lo que hay que interpretar como propiedad libre de las vinculaciones perpetuas propias del antiguo régimen De ahí la supresión de los mayorazgos, los límites establecidos en el Código civil para las sustituciones fideicomisarias, -artículo 781- considerados, con carácter general, como límite para cualquier tipo de vinculación, o la fijación de un plazo para el derecho de superficie, entre otros ejemplos.

2.2.2.1. Bienes muebles tradicionales: baja protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad

En efecto, los bienes muebles *tradicionales* se caracterizan por su movilidad y su facilidad de ocultación, de sustracción e, incluso, de destrucción por parte de quien los posee, además de por la falta de documentación acreditativa de su adquisición en numerosos supuestos, lo que dificulta la protección de las titularidades de los derechos sobre ellos mediante una regla de propiedad, aun cuando otorguen a su titular un poder directo e inmediato sobre los mismos, pues las características citadas dificultan el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Todo ello entorpece, además, su uso especializado, pues dificulta la separación entre propiedad y control con garantías suficientes. Además, las propias características físicas de tales bienes muebles imponen restricciones a sus posibilidades de aprovechamiento, las cuales dificultan la coexistencia de diferentes derechos de aprovechamiento concurrentes sobre el mismo bien, lo que, sin embargo, genera un efecto positivo desde la perspectiva de la circulabilidad de tales bienes: es poco probable que existan cargas ocultas sobre los mismos no reveladas por la posesión., lo que facilita la simetría informativa necesaria para que las partes puedan coordinar sus intereses y contratar. Tales características permiten dotar a la posesión mobiliaria de un alcance legitimador que facilita la circulabilidad o liquidez de los bienes muebles, sin disminuir, por ello, *de facto*, la seguridad del propietario. Este conjunto de atributos históricamente, han convertido a tales bienes –los bienes muebles- en especialmente aptos para ser utilizados como *mercancías*.

2.2.2.2. Bienes inmuebles: alta protegibilidad efectiva mediante una regla de propiedad

Los bienes inmuebles –tradicionalmente, la tierra- presentan, sin embargo, caracteres bien distintos. Son bienes inmóviles, duraderos y poco deteriorables y, en ocasiones, son de gran extensión –piénsese en las explotaciones agrarias-. Su adquisición,

así como la constitución de derechos sobre ellos suele estar documentada con mucha mayor frecuencia que en el caso de los muebles. En consecuencia, los bienes inmuebles son difícilmente ocultables e, incluso, destruibles –aunque sí puedan serlo los edificios, por ejemplo-.

Estas características facilitan que las titularidades de los derechos que recaen sobre ellos, especialmente si otorgan un poder directo e inmediato sobre los mismos, puedan ser protegidos por una regla de propiedad, pues la documentación de su adquisición, inamovilidad, inocultabilidad y difícil destructibilidad facilitan el ejercicio de la acción reivindicatoria o de cualquier otra acción real.

Como observa ARRUÑADA, este conjunto de características facilita la separación entre propiedad y control y, en consecuencia, la coexistencia de diversos derechos de aprovechamientos sobre tales bienes, lo que, a su vez, posibilita un uso más especializado y productivo de los mismos, especialmente como depósito de valor y como garantía de otras obligaciones.⁴¹

Sin embargo, esta posibilidad de concurrencia de diversos derechos de aprovechamiento sobre los bienes inmuebles –protegibles mediante una regla de propiedad- impide dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria, pues, a diferencia de esta, la posesión inmobiliaria no revela siempre, y ni siquiera con la frecuencia suficiente, la propiedad ni los diferentes derechos recayentes sobre los inmuebles –tradicionalmente la tierra-, pues muchos de estos derechos no conllevan posesión, lo que constituye la fuente esencial de las *asimetrías informativas* existentes en relación a los bienes inmuebles, asimetrías que constituyen el obstáculo principal para que las partes puedan coordinar sus intereses y, por lo tanto, contratar. Todo lo cual dificulta la circulabilidad de los bienes inmuebles, o, en otros términos, disminuye su liquidez.

⁴¹ Véase ARRUÑADA B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, págs. 46 ss.

2.2.3. Bienes muebles e inmuebles: una relación inversa entre seguridad y liquidez de los derechos de aprovechamiento sobre los mismos

De modo que los derechos de aprovechamiento sobre los bienes muebles *tradicionales* son, de un lado, más difícilmente protegibles mediante una regla de propiedad –debido a la frecuente falta de documentación acreditativa de su adquisición, de las dificultades para localizarlos en caso de ocultación, lo que, a su vez, exige otorgar a la posesión un papel más relevante que en materia de inmuebles, lo cual tiene como consecuencia, a su vez, dificultar su reipersecutoriedad y, por lo tanto, su protección mediante una regla de propiedad-, pero, de otro, circulan más fácilmente debido a la práctica inexistencia de asimetrías informativas. Son derechos menos seguros que los inmuebles pero más líquidos.

Al menos los bienes muebles tradicionales: su naturaleza impide un mayor nivel de seguridad, pues las medidas dirigidas a ello, en realidad, únicamente disminuirían su liquidez. Otro tipo de “bienes muebles” de más reciente creación, sin embargo, -v.gr.: títulos representados mediante anotaciones en cuenta- presentan unas características que permiten un nivel de seguridad semejante al de los bienes inmuebles, sin, por ello, ver disminuida su liquidez, gracias a la técnica registral.

Inversamente, los derechos sobre los bienes inmuebles son, de un lado, más fácilmente protegibles mediante una regla de propiedad –debido a que sus características facilitan su reipersecución-, pero, de otro, tienen mayores dificultades para circular, debido a la existencia de mayores asimetrías informativas, lo que impide dar a la posesión un papel tan relevante como en materia de bienes muebles. Son derechos más seguros que los muebles tradicionales pero menos líquidos. Inversamente a lo que sucede con los bienes muebles tradicionales, su naturaleza permite un mayor nivel de seguridad, pero dificulta su liquidez.

Pero, tal y como sucede con algunos bienes muebles, la moderna técnica registral permite mejorar el punto débil de los *iura in rem* inmobiliarios –la liquidez, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto débil es la seguridad-, sin debilitar su punto fuerte – la seguridad, al revés que en los mobiliarios, cuyo punto fuerte es la liquidez-, mejorando

sustancialmente la ratio seguridad/liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios así como de los mobiliarios.

2.3. Titularidades obligacionales o *in personam* y titularidades reales o *in rem*

Del mismo modo que se distingue entre derechos obligacionales, también denominados personales o de crédito, y derechos reales, debemos distinguir entre titularidades obligacionales *-in personam-* y titularidades reales *-in rem-*.

Las primeras son las que se hallan protegidas por una regla de responsabilidad y, por lo tanto, el titular puede verse privado de su titularidad contra su voluntad percibiendo la correspondiente indemnización. Las segundas son aquellas que se hallan protegidas por una regla de propiedad en las relaciones *inter privatos* y, por lo tanto, su titular no puede verse privado de su titularidad sin su consentimiento, supuesto que el sistema institucional funcione correctamente.

En consecuencia, la titularidad de cualquier derecho subjetivo patrimonial sea personal o real, puede ser, a su vez, obligacional o real, lo que implica que es posible – entre otras variantes- que la titularidad de un derecho real sea obligacional, esto es, que se halle protegida por una regla de responsabilidad.

Ello significa que si se produce un conflicto de titularidades sobre un mismo derecho real y una de ellas es una titularidad obligacional y la otra real, prevalecerá esta última. Si ambas titularidades son obligacionales, prevalecerá la que se halla fundada en un mejor derecho a juicio del legislador.

Se plantea, por ello, la cuestión de si, desde el punto de vista del mercado, un derecho subjetivo patrimonial que reúna las características de derecho real pero cuya titularidad sea obligacional, es, en última instancia, un derecho real.

Esta cuestión no sería relevante en un mundo con información completa –o incompleta sólo en el margen- sobre las titularidades de los derechos reales y las

características de éstos, por la sencilla razón de que, debido, precisamente, a la existencia de tal información completa, no se plantearían conflictos de titularidades, o solo marginalmente. En tal situación, las titularidades serían funcionalmente reales, aunque fueran solamente negociales, porque la ausencia de conflictividad sobre las titularidades las dota de una fortaleza semejante a las de las titularidades protegidas por una regla de propiedad cuando entran en conflicto con titularidades obligacionales en un entorno de contratación impersonal.

Sin embargo, en el mundo de la contratación impersonal, tal cuestión es relevante, debido a la existencia de información incompleta sobre tales extremos y a la imposibilidad de los particulares de obtenerla por sus solos medios, lo que genera el riesgo constante de adquirir de quien no es el *verus dominus* a pesar de haber desplegado toda la diligencia exigible.

El mundo de la contratación impersonal se caracteriza por una alta frecuencia contractual que hace que el titular de un derecho real deba ser contemplado como el adquirente de ayer y el transmitente de mañana,⁴². A lo largo del tiempo, suele haber diferentes contratos entre diferentes personas relativos al uso y aprovechamiento de este bien.

La alta frecuencia contractual se caracteriza por la *conexión intercontractual*, como consecuencia de la cual las vicisitudes de un contrato anterior protegidas mediante una acción real pueden hacer ineficaz la adquisición de la titularidad del bien mediante un contrato posterior referente al mismo bien⁴³. La *conexión intercontractual* convierte al mundo del intercambio impersonal en una red o *nexo de contratos* impersonales e interdependientes entre sí. Y este es el fundamento de que las asimetrías informativas sobre ciertas magnitudes jurídicas y económicas esenciales para contratar sean un fenómeno consustancial con la economía de mercado.

⁴² ARRUÑADA B., *Institutional Foundation of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*. Ed. The University of Chicago Press, 2012, pág. 4, ha denominado a este fenómeno “*contratación secuencial*”.

⁴³ O, sencillamente, como consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, por cuya virtud todos los bienes de un sujeto de derecho funcionan como garantía del cumplimiento de las obligaciones que contraiga en virtud de diferentes contratos con diferentes personas. La vertiente de la conexión intercontractual que nos interesa ahora, sin embargo, es la primera.

En efecto, por simples que pudieran ser, los contratos deben reunir ciertos requisitos para ser válidos y eficaces. Sucede, además, que los contratos no suelen ser simples, sino que suelen incorporar cláusulas que inciden o pueden incidir en la efectividad de la transmisión –v.gr. condiciones suspensivas o resolutorias, plazos, modos, garantías personales o reales, etc-. Es cierto que los contratos solo producen efecto entre las partes contratantes -artículo 1257 del Código civil-, lo que significa, en última instancia, que no pueden privar a nadie que no haya prestado su consentimiento de un derecho que le pertenezca, pero sí pueden producir efectos sobre contratos futuros referentes al mismo bien, cuando las vicisitudes que afecten a su validez y eficacia se hallen protegidas por una regla de propiedad. De modo que, si bien la conexión intercontractual es la vía más frecuente de concatenación de las titularidades sobre los bienes, es también la vía a través de la cual ciertas titularidades negociales y, por ello, solo obligacionales, pueden quedar frustradas como consecuencia de las vicisitudes que puedan afectar a contratos anteriores sobre el mismo bien, cuando tales vicisitudes se hallan protegidas por una regla de propiedad.

El conocimiento de todo ello es de imposible acceso para un particular por sus propios medios, lo que tiene como consecuencia que las asimetrías informativas sobre las titularidades de derechos reales sean un fenómeno consustancial con la contratación impersonal, esto es, con la economía de mercado.

Si consideramos, además, que la vía ordinaria de adquisición de una titularidad sobre un derecho real en el mercado es la negocial, entonces la única titularidad posible es sólo obligacional, por lo que esta sería siempre una titularidad relativa –pues relativo es el alcance del contrato, conforme dispone el artículo 1257 del Código civil- y, por lo tanto, amenazada siempre por la posibilidad de que aparezca alguien que alegue una titularidad fundada en un mejor derecho, lo que privaría de su titularidad a quien creía haberla adquirido negocialmente, transformándose en una titularidad sobre un derecho a obtener el equivalente económico más la indemnización correspondiente.

En una situación así, propia de una economía de mercado, nadie puede estar seguro de que su titularidad sobre un derecho real se halle protegida por una regla de propiedad por lo que, *de facto*, su titularidad será siempre obligacional.

En este contexto, el del intercambio impersonal, la consecuencia sería que el derecho como tal no podría ser considerado real porque no habría seguridad de que una de sus dimensiones esenciales -la titularidad-, estuviera protegida por una regla de propiedad y, en consecuencia, no pudiera ser alterada sin consentimiento del titular.

2.4. La necesidad de intervención del Estado para que la propiedad pueda cumplir su función

La intervención del Estado no solamente es necesaria para la superación del citado dilema entre seguridad y liquidez de los derechos, sino para que haya propiedad en sentido jurídico. Sin Estado puede haber posesión, pero no propiedad. Como afirma IHERING⁴⁴, la posesión es el poder *de hecho* y la propiedad es el poder *de derecho* sobre una cosa. Por ello, a diferencia de la posesión, el concepto de propiedad exige una autoridad pública de cierto tipo. Por propiedad entiendo, a estos efectos, el derecho del *dominus*, reconocido formalmente por la autoridad pública, - y protegido por una *regla de propiedad* en las relaciones *inter privatos*⁴⁵ - a explotar los activos excluyendo a todos los demás y a venderlos o a disponer de ellos en la forma que considere conveniente⁴⁶.

⁴⁴ VON IHERING R. *Estudios jurídicos*, ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 164,

⁴⁵ Ciño la exigencia de protección del derecho de propiedad – y de los derechos reales limitados- con una regla de propiedad a las relaciones *inter privatos* porque, en las relaciones con el poder público no existe tal protección. Este puede expropiar por causa de utilidad pública o de interés social, lo que significa que, frente a la actuación del poder público el derecho de propiedad se halla protegido por una regla de responsabilidad en lugar de por una regla de propiedad. Así, el artículo 33.3 de la Constitución española dispone: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

⁴⁶ En este sentido PIPES R. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Turner. Fondo de Cultura Económica. México, 1999, pág.19. Sin dicho reconocimiento formal puede haber posesión –incluso pública y pacífica- o propiedad en sentido económico, pero no propiedad en sentido jurídico. Una situación intermedia se plantea cuando el Estado se limita a definir las reglas que es necesario cumplir para ser reconocido como propietario en caso de conflicto, y se generan situaciones posesorias bajo el supuesto de que el poseedor ha cumplido esas reglas y, por lo tanto, en caso de conflicto, sería reconocido como propietario por el Estado. En estos casos, se podría hablar de propiedad aparente, propiedad contractual o negocial, propiedad presunta, incluso de propiedad en un sentido económico, pero no de derecho de propiedad en sentido estricto pues esta, de acuerdo con la formulación expuesta, requiere un reconocimiento formal por parte del Estado. La razón estriba en que, sin dicho reconocimiento formal,

Desde el final del Antiguo Régimen, esa autoridad pública es el Estado y, con anterioridad, las figuras equivalentes⁴⁷.

En un contexto de escasez de los recursos necesarios para sobrevivir, cada individuo atesora y posee los bienes que puede defender frente a los intentos de los demás por apropiárselos. Y los posee tan solo en la medida y por el tiempo en que sea capaz de defenderlos.⁴⁸

Ninguna de estas situaciones son situaciones de *propiedad*: son meras situaciones *de facto* que se mantienen mientras perduran las relaciones de poder de las que surgieron. Cada uno aplica *su propia ley* en la medida en la que puede imponerla a los demás, pero no existe *una ley común* que se imponga a todos.

En tal situación, la lucha por la apropiación de bienes escasos derivada de la ley de la supervivencia genera una situación de *conflicto* entre individuos y grupos. Frente a la situación de *controversia* o de *competencia*, la de *conflicto* se caracteriza porque carece de reglas⁴⁹.

En situación de conflicto no hay propiedad, sino tan sólo *apropiación* o *detentación*. En definitiva, posesión de hecho, caracterizada por la incertidumbre sobre su perdurabilidad, porque, a diferencia de lo que sucede con la propiedad, el detentador,

en caso de conflicto, no está garantizada la protección del derecho mediante una regla de propiedad, sino tan sólo mediante una regla de responsabilidad.

⁴⁷ NOGUEROLAS PEIRÓ R, *La intervención pública en la gestión y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad*, en *Teoría y Derecho*, núm. 5, 2009.

⁴⁸ Es esta necesidad de explotación y defensa de los recursos necesarios para sobrevivir la que determina que los individuos se agrupen para disminuir riesgos, estableciendo mecanismos de defensa *ad extra* y de distribución *ad intra* de los recursos escasos. Quien más aporta a la defensa común – el jefe- es quien más se apropia y quien decide, en gran medida, cómo se distribuye el resto entre los demás, de forma desigual para garantizarse lealtades, pero no excesivamente para evitar que se organicen coaliciones que le sean adversas.

⁴⁹ Véase DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEON L. *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*. Citando a MERRYLL F.E.-*Introducción a la Sociología*, Sociedad y Cultura, Ed. Aguilar, Madrid, 1969,- distingue entre competencia y conflicto. El conflicto es una competencia desarrollada con olvido de las reglas, en la que los contendientes buscan el perjuicio del otro o incluso su destrucción. Según Díez-Picazo, si así fuera, podríamos considerar como beneficiosos socialmente determinados niveles de competencia y perjudicial la transformación de la competencia en conflicto. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEON L. *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1973, pág.40.

al igual que adquiere sus posesiones mediante un acto de fuerza, puede ser privado de las mismas mediante otro acto de fuerza. Del mismo modo que, en su momento, el poseedor de hecho no solicitó ningún consentimiento para poseer y disfrutar los bienes, nadie solicitará su consentimiento para privarle de tal posesión y disfrute.

Esta situación ha sido definida por algunos autores como *derechos de propiedad en sentido económico o derechos económicos*⁵⁰ en contraposición a los *derechos de propiedad en sentido jurídico*, o derechos de propiedad *stricto sensu*. Estos derechos de propiedad en sentido económico son puramente posesorios y, por lo tanto, inestables: valen lo que vale la confianza que despierte su detentador en cuanto a su capacidad de vencer cualquier desafío que se le presente. Su estabilidad se halla en función de los esfuerzos directos de protección desplegados por sus detentadores, de los intentos de apropiación de otros y, ocasionalmente, de la protección no gubernamental que puedan obtener, formal o informalmente⁵¹.

No obstante, probablemente, los derechos de propiedad privada sobre la tierra comenzaron a surgir de esta forma: cuando los individuos protegieron las áreas de tierra que deseaban mediante el uso de la fuerza, o apropiándose de las tierras detentadas por otros, también mediante el uso de la fuerza, o de la negociación, en su caso, cuando los costes de hacerlo eran inferiores a los beneficios esperados.⁵²

La defensa individual y personal de los bienes detentados es muy costosa, tanto que no está al alcance de las mayoría de los individuos ni sería rentable en relación a la mayor parte de los bienes, por lo que se impone la asociación entre detentadores o entre

⁵⁰ Entre otros, ALCHIAN, A. *Some Economics of Property Rights*, "Il Politico" 30, nº 4, 1965-816-29. Reimpreso posteriormente en Alchian A, *Economic Forces at Work, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1977*. BARZEL Y. *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, Cambridge University Press, 2000, págs. 3-4.

⁵¹ BARZEL Y. *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition pág. 4.

⁵² Vease DNES A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005, pág. 16. La necesidad de exclusión surge cuando hay escasez de recursos y mucha demanda –población-, lo cual genera competencia. Se cree que esto ocurre, en el caso de economías predominantemente agrícolas, cuando la densidad de la población rural llega a la cifra de unas 75 a 150 personas por kilómetro cuadrado, lo que indica que existe un cultivo intensivo. PIPES R. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Turner. Fondo de Cultura Económica. México, 1999, págs. 115-116.

individuos que deseen detentar, ya que permite conseguir economías de escala en los necesarios servicios de protección, lo que hizo conveniente la creación de alguna forma de Gobierno para salvaguardar los derechos de propiedad privada una vez que habían sido más o menos establecidos, esto es, una vez que se habían estabilizado porque se había conseguido un cierto *consenso* sobre las apropiaciones efectuadas y el aprovechamiento de los recursos.

Como argumentan NORTH y THOMAS,⁵³ aunque, ciertamente, ciertos grupos voluntarios pueden proteger derechos de propiedad en una escala reducida, resulta casi inimaginable que se pueda obligar a que sean respetados de forma general sin la autoridad del Gobierno.

En efecto, desde que el nomadismo dejó paso a los asentamientos agrícolas, el hombre encontró dos maneras de adquirir bienes y servicios: podía producirlos o podía robarlos a los demás.

Ante la amenaza de los bandoleros, la respuesta de los productores de bienes y servicios fue invertir en defensa militar. Pero la construcción de fortalezas y el aislamiento de soldados hizo surgir inmediatamente el problema del *free rider*⁵⁴, esto es, del gorrón o polizón. Como realmente resultaba difícil establecer fortalezas y tropas para proteger a algunos vecinos sin protegerlos a todos, si las contribuciones se establecían sobre una base voluntaria, todos encontrarían más ventajoso dejar que pagase el vecino.

⁵³ NORTH D.C y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. Ed. siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 14.

⁵⁴ La referencia clásica para el conocimiento del *free rider* es OLSON M., *The Logic of Collective Action*, ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1965. El problema del *free rider* está relacionado con el dilema del prisionero en teoría de juegos. EGGERTSSON Th., *El comportamiento económico y las instituciones*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 70 ss. Con carácter general, AXELROD R., *La evolución de la cooperación*, ed. Alianza Universidad, Madrid 1996. POUNDSTONE W., *El dilema del prisionero*, Madrid, 1995. KREPS D.M., *Teoría de juegos y modelación económica*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994. BINMORE K., *La teoría de juegos. Una breve introducción*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2010. OLCINA G. y CALABUIG V., *Conducta estratégica y Economía. Una introducción a la teoría de juegos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Así pues, la defensa como caso clásico de un *bien público*⁵⁵, implicaba el problema de excluir de los beneficios a terceros que no pagaban por ellos. Dadas las ventajas de las economías de escala, la solución más eficaz fue y continúa siendo, la creación de una autoridad gubernamental y la contribución obligatoria por parte de todos los beneficiarios.

En ausencia de tales economías de escala, los costes de captura, de protección y de transferencia de los recursos serían prohibitivos, hasta el punto de que no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad para la mayoría de los bienes, así como tampoco para la mayor parte de los individuos, sino tan sólo para los más fuertes, con lo que gran parte de los recursos necesarios se despilfarraría y la supervivencia estaría al alcance de un menor número.

El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, el resultado sería un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar sus costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergiría enormemente de los costes privados, por lo que el sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia⁵⁶.

Cuando el Estado no provee al mercado de la infraestructura legal necesaria para que funcione eficientemente, este la genera, si bien a un coste superior. La razón por la cual es preferible que sea el Estado el que produzca seguridad a través del sistema jurídico es porque libera economías de escala, porque al crecer el volumen de producción decrece notablemente el coste medio de aquella. El alto coste de mantenimiento de un sistema generalizado de seguridad privada es el factor decisivo que ha conducido a todas las sociedades a optar, en mayor o menor medida, por un sistema de seguridad pública. En

⁵⁵ Como es sabido, un bien público es aquel de cuyo disfrute, una vez producido, nadie puede quedar excluido. Por ejemplo, si protegemos a una nación contra la guerra, no podemos evitar proteger a todos sus habitantes. Conscientes de ello, una serie de ciudadanos intentarían evitar pagarlos hastos de defensa. Esta situación se conoce como el problema del *free rider*.

⁵⁶ Véase DEMSETZ H. *Hacia una teoría general de los derechos de propiedad*, en Información Comercial Española, 1980, pp 59-66. También ALCHIAN.A.A. y DEMSETZ H., *El paradigma de los derechos de apropiación*, en Hacienda Pública Española (HPE) nº 68, 1981, págs. 318-324 y ALCHIAN A.A., *Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad*, Hacienda Pública Española, nº 68, 1981, págs. 325-334. También Dnes A.W, *op. cit.*, pág. 16.

la medida en que el sistema público sea capaz de satisfacer las necesidades del mercado y evite la necesidad de sistemas privados, en esa misma medida inyecta eficiencia al sistema.

Para comprender la anterior afirmación en todo su alcance, veamos el siguiente ejemplo ⁵⁷ referido a la hipótesis más simple: el derecho de propiedad. En este caso, la seguridad consiste en que el propietario pueda aprovecharse en exclusiva del valor económico del recurso sobre el que recae el derecho; esto es, que pueda valorizarlo sin estar sometido al riesgo constante de que alguien lo desposea o le perturbe en su pacífica posesión. Esta seguridad puede producirse privadamente, sin el concurso del sistema jurídico: el propietario -en realidad, poseedor- de un cuadro de Goya, v.gr.: puede mandar construir una cámara blindada o contratar una cuadrilla de vigilantes que impidan el acceso de terceros al cuadro. Este tipo de seguridad privada genera, sin embargo, unos costes de transacción altos -los derivados de la inversión en la cámara acorazada o de la satisfacción del salario a los guardianes-, tan altos que para la mayoría de los bienes no resultaría rentable adoptar medidas de seguridad. El resultado sería un sistema económico en el que no existiría un aprovechamiento de los recursos de carácter exclusivo; es decir, un sistema económico altamente ineficiente, ya que todos los sujetos tenderían a desplazar o externalizar los costes sobre los demás, apropiándose únicamente de los beneficios, con el resultado de que el coste social divergiría notablemente de los costes privados. El sistema acabaría desembocando en una economía de mera subsistencia. Más esa misma seguridad cuyo logro no es económicamente factible a través de los esfuerzos privados, puede lograrse, afortunadamente, por una vía indirecta mucho menos costosa: a través del sistema jurídico.

Obsérvese que cuanto más deficiente es la protección del sistema jurídico, mayores esfuerzos de defensa individual se requieren y, por lo tanto, más lejos estamos de la propiedad y más cerca de la posesión e, inversamente, cuanto más eficiente y eficaz es la protección del Estado más cerca estamos del concepto de propiedad privada. Sin Estado no hay propiedad privada sino solamente posesión.

⁵⁷ PAZ-ARES C., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 175-176, 1985, pág. 8.

Así pues, conforme a lo expuesto, la propiedad privada no habría surgido tanto como una “*creación de la ley*” –en el sentido de estructura impuesta a la sociedad civil por una autoridad civil exógena-, cuanto como una forma espontánea de orden conformada, en última instancia, por el autointerés⁵⁸, que requeriría para su desarrollo la existencia de una autoridad pública, singularmente el Estado.

En este contexto general se suele enfatizar el carácter consensual de los derechos. Así, suele afirmarse que los derechos son asignados sobre la base de un amplio consenso, hasta el punto de que ningún derecho puede existir, a menos que exista un consenso en el grupo al respecto⁵⁹. Como afirma DE SOTO:⁶⁰ “*La propiedad no es una cualidad primaria de los activos sino la expresión legal de un consenso económicamente significativo sobre ellos*”.

De acuerdo con este enfoque, el origen de la propiedad en sus diversas formas no sería un fenómeno originariamente gubernamental sino, más bien, un fenómeno de origen social y posterior sanción gubernamental. Ulteriormente, la institución de la propiedad se habría ido modulando lentamente a través del tiempo mediante un proceso en el cual el Estado ha intentado clarificarlo y regularlo. Bajo el Estado, los derechos de propiedad serían, pues, convenciones sociales respaldadas por el propio Estado.

La moderna propiedad privada se concibe, de este modo, como una función del Estado moderno⁶¹, concebido, a su vez, como tercera parte independiente⁶², dotada del

⁵⁸ SUGDEN, R. *Spontaneous Order* en *Journal of Economic Perspectives* (JEP) 3, nº4, 1989, págs. 85-97.

⁵⁹ FRANK, R.H., “*Melding Sociology and Economics: Janes Coleman’s Foundations of Social Theory*”, en *Journal of Economic Literature* (JEL), 30, 1992, págs. 147-170.

⁶⁰ DE SOTO H., *El misterio del capital*, ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 184.

⁶¹ Para un análisis detallado de esta cuestión, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI núm. 708 (Julio-Agosto 2008), especialmente págs. 1505-1523.

⁶² Es difícil, sin embargo, que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder no para fomentar el crecimiento económico sino para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado. Ese es el sentido del Estado de Derecho. Véase NORTH D.C y THOMAS R.P., op. cit. especialmente capítulo 8 y NORTH D.C., en *Estructure and Change in Economic History*, New York, W.W Norton, 1981, especialmente el capítulo 3, *A Neoclassical Theory of the State*. Véase, asimismo, NORTH D.C. *Understanding the Process of Economic Change*, ed. Priceton University Press, 2005. NORTH D.C. WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. *Violence and Social Orders. A conceptual*

monopolio del uso legítimo de la violencia, para la defensa de los derechos que él mismo reconoce⁶³. Según NORTH y THOMAS⁶⁴, el Estado es ante todo un acuerdo institucional que aporta protección y administración de justicia a sus ciudadanos, lo cual lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de estos activos y, a cambio, el Estado recibe pagos en forma de tributos. A él corresponde el reconocimiento del derecho como tal en abstracto, el establecimiento de las reglas de adquisición del mismo, y la protección de los propietarios que hayan llegado a serlo de conformidad con las mismas. En otros términos, le corresponde no sólo el reconocimiento y protección del derecho de propiedad privada en abstracto, sino también la protección concreta de quienes hayan llegado a adquirirlo conforme a las reglas establecidas.⁶⁵

Framework for Interpreting Recorded Human History, Cambridge University Press, 2009, págs. 21-22. Argumentan que la lógica del control de la violencia en las *open access societies* - que corresponden en líneas generales a los Estados de Derecho-, incluye tres elementos: 1) La organización consolidada de las fuerzas militares y de policía debe estar sujeta al control del sistema político; 2) el sistema político debe estar constreñido por un conjunto de instituciones y de incentivos que limiten el uso ilegítimo de la violencia, y 3) para que una facción política o partido permanezca en el poder debe contar con el apoyo de los intereses económicos y sociales ampliamente definidos.

⁶³ Es esta una idea general dentro de la economía neo-institucional. Además de las referencias de NORTH D.C. ya citadas, reviste especial interés BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 165. Para BARZEL el surgimiento – por razones de economía de escala- de un *enforcer* común a dos o más individuos, junto con el mecanismo de *enforcement* que él crea, constituye el fundamento de los *legal rights*. Una visión ligeramente distinta puede encontrarse en EGGERTSON T., *Open Access versus Common Property*, págs.73-90, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), Princeton University Press, 2003. Véase también ALSTON L. J y MUELLER B., *Property Rights and The State*, en *Handbook of New Institutional Economics*, MÉNARD C. y SHIRLEY M. M, ed. Springer- Berlin Heidelberg, 2008, págs. 573-590

⁶⁴ NORTH D.C. y THOMAS R. P. *El nacimiento el mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, ed. Siglo XXI-Madrid, 1990, págs. 157-160.

⁶⁵ Por “*protección de los propietarios*” no hay que entender la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de derechos de propiedad que implica la protección de quienes hayan adquirido recursos escasos conforme a las reglas establecidas o reconocidas por el Estado. Cuanto mayor sea el alcance de la intervención del Estado en la definición y protección de estos derechos y más facilite su transferencia, mayor número de propietarios habrá, pues menores serán sus costes de protección. BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 32. Entre nosotros, esta idea ya fue resaltada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en relación a los bienes inmuebles, el cual afirmaba: “*El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito, y, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido, así, al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la seguridad de la adquisición de pisos y locales a plazos)*”. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 439.

La razón de que el Estado tenga el monopolio de la protección en última instancia –*the organization of enforcers*⁶⁶– hay que buscarlas en las economías de escala: cuanto mayor es el número de clientes de un protector, menor es el coste de la protección, por lo que el número óptimo de protectores es igual a uno⁶⁷. Ello, como veremos, permite organizar la protección del derecho de propiedad, en consideración a su *función*,⁶⁸ de un

⁶⁶ Esta definición del Estado como *the organization of enforcers* es utilizada por NORTH D.C, WALLIS J.J. y WEINGAST B.R. en *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, 2009, pág.17, para referirse al Estado. Según estos autores, cuanto mayor sea el tamaño de una sociedad, mayor es el conjunto de *enforcers* que debe ser organizado. Teóricamente, sobre este punto, los argumentos pueden seguir dos caminos: el Estado puede ser tratado como un actor singular o como una organización de organizaciones. La mayor parte de los científicos sociales lo consideran como “*the organization of the enforcers*”, tratándolo como una entidad singular que actúa de reguladora, ostentando el monopolio del uso legítimo de la violencia. Como observan estos autores, este planteamiento, si bien simplifica el análisis, omite cómo la dinámica interna de las relaciones entre la élite afecta al modo como el Estado interactúa con toda la sociedad.

⁶⁷ BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 46. Por otro lado, como ponen de manifiesto ANDERSONT. L. y McCHESENEY, hay al menos tres razones por las cuales los individuos atribuyen a un agente único –el Estado– el monopolio del uso legítimo de la violencia (*op. cit.* pág. 196):

1.- Un agente independiente con un poder de coerción sancionado colectivamente puede servir de salvaguarda contra los problemas del dilema del prisionero inherentes a los acuerdos privados. En el dilema del prisionero, una parte de un acuerdo pueda ganar rompiéndolo si la otra parte permanece en él, y viceversa. P. ej., A y B acuerdan limitar el uso de un recurso de acceso abierto. Si A respeta el acuerdo, B puede ganar expandiendo su uso. Dado que ambas partes tienen un incentivo para romper el acuerdo, este puede ser roto, y de este modo, se reproduciría la tragedia de los bienes comunes. Recurrir a una “*third party enforcer*” con el poder de forzar a las partes a permanecer en el acuerdo o de castigar a los incumplidores provee un potencial de ganancias netas suficientes como para organizar un Gobierno.

2.- Relacionado con los problemas del dilema del prisionero, la acción colectiva puede hacer surgir el problema del “*free-rider*” en relación con los pagos necesarios por protección contra las fuerzas exteriores. Es un problema que afecta, en general, a los bienes públicos no exclusivos. La protección de la propiedad frente a las amenazas exteriores, especialmente las relacionadas con las fronteras nacionales, no escapa del problema del “*free-rider*” porque es difícil proteger a un individuo sin proteger a los demás. La capacidad para resolver el problema del *free-rider* suministra otra justificación económica para obligar coercitivamente a que todos los beneficiarios paguen.

3.- A menudo, la acción colectiva puede defender el derecho de propiedad más eficientemente mediante el uso de la fuerza. En muchas situaciones hay economías de escala en el uso de la fuerza. Así, un ejército puede defender mejor un territorio que un número de individuos desorganizados. En este sentido, la atribución al Estado del monopolio del uso legítimo de la violencia se configura como un monopolio natural.

⁶⁸ Afirma DE SOTO H. *El misterio del capital*, ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 65, que no sabemos encontrar el proceso clave que permite convertir el potencial económico de un inmueble en capital. Eso se debe a que ese proceso clave no fue deliberadamente establecido para crear capital, sino con el propósito más sencillo de proteger la propiedad inmueble. A medida que los sistemas de propiedad de los países occidentales fueron creciendo, imperceptiblemente fueron desarrollando diversos mecanismos cuya combinación en un proceso empezó a producir más capital que nunca. En Occidente estos mecanismos se usan todo el tiempo, pero la gente no advierte sus funciones generadoras de capital, pues no llevan esa etiqueta. Los percibimos como parte del sistema que protege la propiedad, no como mecanismos entrelazados para la fijación del potencial económico de un activo de modo que pueda ser convertido en capital.

La función de la propiedad es, en efecto, una función creadora de capital, pues eso es lo que se persigue al fomentar las inversiones a largo plazo y la reasignación constante de recursos a quienes muestran ser

modo particularmente eficaz, tanto en lo referente al aprovechamiento material del bien, como a la facultad de disponer del mismo, facilitando su circulabilidad –*liquidez*- sin merma de la *seguridad* del propietario.

En cualquier caso, el concepto de propiedad privada –especialmente sobre la tierra y, en general, sobre los bienes inmuebles- se halla estrechamente relacionado con la idea y la realidad del Estado, hasta tal punto que, como ha afirmado NORTH, es esencial elaborar una teoría del Estado porque es él quien especifica la estructura de los derechos de propiedad⁶⁹.

Puede afirmarse, por ello, que la propiedad privada, tal y como la conocemos, no es posible sin el Estado. Como ha afirmado OLSON, no hay propiedad privada sin gobierno⁷⁰. Ciertamente, puede haber Estado sin propiedad privada, pero no propiedad privada sin Estado. Ello es así porque los altos costes transaccionales en los que sería necesario incurrir para transferir, capturar y proteger los derechos de propiedad, harían inviables tales derechos para la mayor parte de los bienes.

El ahorro posibilitado por las economías de escala contribuye a posibilitar que la propiedad privada, o, si se prefiere, el sistema de derechos de propiedad se haga extensible a toda una serie de bienes a los que de otro modo no sería extensible, con las pérdidas consiguientes en términos de productividad y de crecimiento.

La expansión de este proceso, a su vez, interesa sobremanera al Estado en la medida en que posibilita un incremento de sus ingresos fiscales. Ahora bien, por diversos factores, el Estado puede optar por la vía opuesta: la de ser un Estado depredador que

capaces de usarlos más eficientemente. Esa es, precisamente, la función de la propiedad privada y en esa función muestra ser más eficiente –en general- que otras formas alternativas de explotación de los recursos (*commons resources, open access fields, etc*).

Esta perspectiva es esencial para entender que las notas de exclusividad y circulabilidad son esenciales para que la propiedad cumpla su función y que todas las facultades que integran el dominio –esencialmente, las de aprovechamiento material y el *ius disponendi*- se hallan al servicio de esta función creadora de capital, por lo que no se justifican al margen de esta.

⁶⁹ NORTH D. C. *Estructura y cambio en la historia económica*. Alianza ed. Madrid, 1994, pág. 22.

⁷⁰ OLSON M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

limite los derechos de propiedad y asfixie la economía, como demuestran los análisis históricos de NORTH y THOMAS y la teoría neoclásica del Estado desarrollada por NORTH ⁷¹.

Llegados a este punto, es posible afirmar que los *derechos de propiedad*, en un sentido muy general, hacen referencia a todo aquello que el Estado asigna a una persona o, si se prefiere, a los derechos reconocidos y protegidos por el Gobierno.⁷² El concepto de propiedad se halla estrechamente vinculado con la idea de exclusividad en el uso y aprovechamiento de los recursos, así como con la protección de la misma mediante una regla de propiedad. En este sentido, POSNER define los derechos de propiedad como “*derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos*”⁷³. Este es el sentido general que daré a esta expresión a lo largo de este trabajo.

De lo expuesto, se deduce una idea esencial a los efectos de este estudio: cuanto más eficiente es la intervención del Estado en el desarrollo de su función de protección de los derechos de propiedad, lo que implica la protección de su disfrute material y de los

⁷¹ Véase NORTH D.C y THOMAS R. P., *El nacimiento el mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. ed. Siglo XXI-Madrid, 1990, especialmente capítulo 8 y NORTH D.C, *Estructure and Change in Economic History*. Nueva York W.W Norton, 1981. Especialmente el capítulo 3: “*A Neoclassical Theory of the State*”. El poder del soberano está limitado por los costes de agencia y sometido a las restricciones de la competencia. Si el soberano suministra el orden público y otros servicios a precios desorbitados, lo más probable es que su comportamiento provoque el que otros agentes del poder dentro o de fuera del Estado ofrezcan un sistema de impuestos más favorable. La capacidad impositiva se halla también limitada por el problema de los costes de agencia y de medición. Para recaudar impuestos se debe definir y medir la base imponible y se deben liquidar y recaudar los impuestos. Para acometer esta tarea, el soberano deberá delegar en un gran número de agentes, y si es un gobernante racional, tratará de establecer acuerdos que minimicen el coste de agencia. Si los gobernantes no incurrieran en costes de transacción positivos al proceder a la recaudación de impuestos, preferirían una estructura de derechos de propiedad que maximizara la base imponible. Cuando los costes de transacción son elevados, es frecuente que, por su propio interés, los gobernantes diseñen estructuras adecuadas de derechos de propiedad para que la economía crezca rápidamente.

⁷² BARZEL Y. *A Theory of The State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, 2002, pág. 4.

⁷³ POSNER R. *El análisis económico del derecho*. ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37. Traducción de la obra original *Economics Analysis of Law*. Little, Brown & Company, Boston & Toronto, 2ª. Ed. 1977. En las páginas que siguen utilizaré indistintamente la expresión *derechos reales*, -que en español suele excluir el derecho de propiedad en sentido estricto y referirse únicamente a los derechos reales limitados que el propietario puede conceder a terceros mediante la atribución de una o varias de las facultades que integran su dominio- y la expresión *derechos de propiedad* con un sentido semejante al que tiene la expresión anglosajona *property rights* en el ámbito del análisis económico del derecho, que incluye no solamente el derecho de propiedad, tal y como suelen definirlo los códigos civiles, sino también los derechos reales limitados.

mecanismos de transmisión y de adquisición, mayor importancia adquieren los documentos que plasman la decisión del Estado de reconocimiento de la titularidad de tales derechos, relegando la posesión, en cuanto signo de propiedad, a una posición subordinada en relación a las declaraciones contenidas en tales documentos, que, en presencia de un Registro de derechos son, en primera instancia, las inscripciones registrales. Ello disminuye los costes de adquisición y de protección de los derechos así adquiridos y los hace accesibles a un mayor número. La posesión solo tiene una relevancia singular en ausencia del Estado, como sucedánea de la propiedad, o con un Estado que solo desempeñe su función en relación a los derechos de propiedad de una manera débil o ineficiente, en perjuicio de la gran mayoría de ciudadanos.

Este hecho tiene, a su vez, consecuencias de largo alcance: facilita la separación entre posesión y propiedad, entre control físico y control jurídico, ejercido mediante los documentos que proclaman el reconocimiento de la propiedad sobre un activo. Como afirma DE SOTO⁷⁴:

“Uno de los efectos más importantes del sistema de propiedad formal es transformar activos de menos a más accesibles (...) A diferencia de los activos físicos, las representaciones son fáciles de combinar, dividir, movilizar y utilizar para alentar tratos comerciales. Al separar los rasgos económicos de un activo de su rígida fisicalidad, una representación vuelve al activo “fungible”, es decir, capaz de moldearse para encajar prácticamente en cualquier transacción”.

⁷⁴ DE SOTO H. *El misterio del capital*, ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 76.

3. El conflicto entre la seguridad -jurídica- de las titularidades y la liquidez -jurídica- de las transacciones

3.1. Las dificultades jurídicas para garantizar que las titularidades sobre la propiedad y demás derechos reales inmobiliarios son, simultáneamente, seguras y fácilmente transmisibles

Anteriormente, he expuesto que la tecnología institucional necesaria para que las partes puedan comerciar sin necesidad de conocer sus características personales debe cumplir dos funciones esenciales. A saber:

1.- Idealmente, poner a disposición de las partes -usualmente de la parte compradora- la información que necesitan para contratar y que la otra le ocultaría, en todo o en parte, si pudiera en la medida en que el conocimiento de esta por la otra parte le perjudicara y

2.- Permitir al adquirente adquirir una titularidad que prevalezca no solo frente a su transmitente -una titularidad *in personam*- sino frente a todos -titularidad *in rem*-. Ello requiere *insularizar* la adquisición derivada del mecanismo adquisitivo *inter partes* frente a ese tipo de incertidumbres jurídicas descritas, derivadas de la conexión intercontractual imprescindible para la concatenación de titularidades, sin vulnerar derechos ajenos o sin imponerles unos costes de protección más elevados, lo que aumentará el valor de los bienes al aumentar la seguridad de la titularidad sobre los mismos. Reseña esta exigencia NORTH⁷⁵ al afirmar que los bienes serán menos valiosos

⁷⁵ NORTH. D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, pág. 88. En esta misma línea, DE SOTO, *El misterio del capital*, Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 92, sostiene: "Si una falla legal impide que gente emprendedora negocie con extraños, eso derrota a la división del trabajo y confina a los futuros empresarios a círculos más reducidos de especialización y a la baja productividad".

en la medida en la que la estructura institucional permita que terceras partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el comprador.

La protección *erga omnes* de la titularidad de los adquirentes a título oneroso y de buena fe, evitando que terceras partes puedan influir en el contrato, significa privar al anterior propietario despojado de su titularidad de la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria contra tales adquirentes, lo que puede crear problemas al anterior propietario, el cual, en ese caso, solo dispondría -además de la correspondiente acción penal- de una acción personal contra quien hubiera dispuesto de su derecho sin su consentimiento. En consecuencia, lo mismo le podría pasar al adquirente, aunque lo fuese a título oneroso y de buena fe, por lo que, en realidad, en un contexto de contratación impersonal, todas las titularidades sobre derechos reales inmobiliarias serían, en realidad, titularidades *in personam*, pese a la apariencia formal de ser titularidades *in rem*, puesto que solo estarían protegidas por una acción personal.

Si se quiere que el derecho real conserve todo su valor, la titularidad del mismo ha de ser una titularidad *in rem*, lo cual significa que no se puedan realizar actos de disposición del derecho sin consentimiento de su titular porque la arquitectura institucional disponga de mecanismos *ex ante* que lo impidan.

En consecuencia, la identificación del titular del derecho real o de los titulares de los derechos reales limitados que recaen sobre el activo que se desea adquirir es imprescindible para poder obtener su consentimiento, pero tal identificación no puede realizarla ningún particular con seguridad debido a la imposibilidad de conocer con certeza las titularidades vigentes, - lo que es una característica de un entorno de contratación impersonal-, como consecuencia de la existencia de una alta frecuencia contractual y de las repercusiones prospectivas de la *conexión intercontractual*, a las que me he referido anteriormente.

A todo ello hay que añadir que suele ser provechoso que muchas personas ostenten derechos sobre el mismo inmueble, con el fin de alcanzar las ventajas de la especialización, pero no todos esos derechos -ni, por lo tanto, las titularidades sobre los mismos- son susceptible de visibilidad posesoria - y aún en el caso de posesión, esta no informa siempre adecuadamente acerca de la naturaleza del derecho real que le sirve de

cobertura, por lo que si la titularidad sobre los derechos reales inmobiliarios se halla protegida por una regla de propiedad, la cuestión de identificar a todos quienes deben prestar el consentimiento a fin de evitar la pérdida del derecho negocialmente adquirido, tiende a complicarse.

Y puede complicarse - puede hacerse tan costosa- hasta tal punto que no solo no resulte rentable sino ni siquiera posible la explotación de los bienes mediante titularidades de derechos reales protegidas por reglas de propiedad y sea únicamente posible su explotación mediante titularidades protegidas por una regla de responsabilidad, con lo cual se perderían parte de las ventajas derivadas de la mayor eficacia de los derechos reales. Esto es exactamente lo que sucede en un entorno de contratación impersonal gobernado por las reglas del Derecho común.

A este dilema aludió ya EHRENBURG⁷⁶ al referirse a la tensión entre el Derecho de la seguridad jurídica -o seguridad de las titularidades- y el Derecho de la seguridad del tráfico -o seguridad de los adquirentes-. En efecto, el origen de estas posiciones puede encontrarse en EHRENBURG, según el cual:

“La seguridad jurídica –en el sentido estricto de la expresión- consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de esta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona”

Desde otra perspectiva, ya CALABRESI y MELAMED habían advertido, en un plano general, que la protección efectiva de un derecho mediante una regla de propiedad

⁷⁶ EHRENBURG V. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Pág. 36. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2003. Se trata de una excelente traducción de PAU PEDRÓN A., precedida de una introducción del mismo autor. En ella pone de manifiesto que los primeros ecos de las ideas de EHRENBURG en España aparecen en artículos de VALLET DE GOYTISOLO—a partir de la *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión*, en RDP, junio, 1953- que las recoge indirectamente, a través de la doctrina italiana, especialmente de CARNELUTTI y su *Teoría general del tráfico*, publicado en Padua en 1933. También LACRUZ introduce las ideas de EHRENBURG en España, en la segunda edición de sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de 1957, si bien en este caso, como resalta PAU PEDRÓN, LACRUZ sí trae las ideas de EHRENBURG del propio original.

hace que el mismo sea más eficaz, pero, a cambio, puede exigir unos costes de transacción mayores, por lo que, cuando tales costes devienen excesivamente elevados, puede ser preferible otorgar al derecho una protección mediante una regla de responsabilidad en lugar de mediante una regla de propiedad⁷⁷.

ARRUÑADA, partiendo de esta idea, se ha referido a la existencia de un conflicto entre la fortaleza en la protección de un derecho y su facilidad de transmisión o adquisición, de modo que si se protege un derecho real con una acción real, ello puede generar costes de transacción elevados, lo cual puede hacer preferible disminuir el grado de protección de tales derechos ⁷⁸.

Aunque se refiere a la protección del derecho, en rigor, el conflicto se produce entre el grado de protección de la adquisición de la *titularidad derivativa* de un derecho real y la facilidad de adquisición de tal titularidad, de modo que si se protege la adquisición derivativa de la titularidad sobre un derecho real con una acción real, genera costes de transacción elevados en un entorno de contratación impersonal.

Ciertamente, existe ese riesgo, pero se trata de un riesgo evitable, porque la disminución del grado de protección de tales derechos— en rigor, de las titularidades de los mismo- protegiéndolos sólo mediante una regla de responsabilidad no es la única forma de disminuir tales costes. Tal disminución, en su caso, podría ser más aparente que real, pues, si bien aumentaría el valor del bien como consecuencia del aumento de su

⁷⁷ CALABRESI G. y MELAMED D.A., *Property Rules, Liability Rules, an Inalienability: One View of The Cathedral*” publicado en el ya lejano 1972 en la Harvard Law Review, pág 32. La version que utilizo es la publicada en *Economics Foundations of Property Law* Ed. Little, Brown & Company ya habían precisado que la protección de un derecho mediante una regla de responsabilidad requiere menos intervención estatal solamente en el sentido de que el Estado interviene para decidir la asignación inicial de derechos y el tipo de protección, pero no para decidir el valor del derecho concedido. De este modo, en el caso de que resulte especialmente dificultoso hacer efectivo (*to enforce*) un particular derecho protegido por una regla de propiedad -por ejemplo, el derecho a la seguridad personal en las áreas urbanas-, el coste real de la intervención estatal puede llegar a ser muy alto y podría exceder, quizás, del requerido por algunos derechos protegidos por reglas de responsabilidad fácilmente administradas.

⁷⁸ ARRUÑADA B. *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, ed. Civitas, 2013, págs. 44 y 45, plantea la cuestión referida a los derechos –según sean reales o personales- en lugar de a la titularidad sobre los mismos. Sin duda, tal cuestión tiene importancia, pero, a mi juicio, por las razones expuestas anteriormente, es mucho más relevante aplicar tal distinción a la regla de protección de la titularidad derivativa sobre los derechos que a los derechos mismos, pues éstos son reales o personales con independencia de la regla de protección que ,en ambos casos, es, en primer lugar, una regla de propiedad, si perjuicio de que, en el ámbito de los derechos personales, tal regla pueda resultar inoperante de hecho en numerosos supuestos.

liquidez, también disminuiría su valor como consecuencia de la disminución de la seguridad de su titularidad, quizás en mayor medida, pues entre ambas magnitudes, seguridad de la titularidad y agilidad de la transmisión, la de mayor valor es la seguridad.

El riesgo es evitable porque el conflicto no se da entre la protección *in genere* de tales derechos mediante una regla de propiedad y los costes transaccionales, sino entre la protección de las titularidades de tales derechos mediante la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal y los costes transaccionales. En efecto, paradójicamente, es la protección de tales titularidades mediante una acción real en un entorno de contratación impersonal lo que impide que existan titularidades reales debido a la imposibilidad de conocer con exactitud cuáles son las titularidades vigentes, lo que tiene como consecuencia que, *de facto*, tales titularidades solo estén protegidas por una regla de responsabilidad aunque, aparentemente, lo estén por una regla de propiedad, precisamente por instrumentarse tal protección mediante la acción reivindicatoria, pues ello sitúa a todos los titulares negociales en riesgo de perder la titularidad negocialmente adquirida.

Por ello, puede afirmarse que el mantenimiento de la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas sobre titularidades de los *iura in rem*, es la causa de la existencia de un conflicto entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* en general y de los recayentes sobre bienes inmuebles en particular⁷⁹.

Como expondré al tratar de la función del Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos, este consigue, simultáneamente, que las titularidades sean más seguras y las transacciones sean más ágiles en un entorno de contratación impersonal, superando, así, el dilema entre la seguridad de las titularidades y la agilidad del tráfico jurídico o, si se prefiere, entre el Derecho de la seguridad de los derechos y el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico.

⁷⁹ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 81-84.

3.2. La pervivencia de la regla de reivindicabilidad ilimitada como factor causal del dilema entre la seguridad y la liquidez jurídicas de las titularidades en un entorno de contratación impersonal

Si la posibilidad de *vindicatio* es una característica consustancial con el derecho de propiedad, hay que considerar que tal característica, en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas, genera, inevitablemente, un dilema o conflicto entre la seguridad y la liquidez jurídicas de las titularidades de los derechos de propiedad, especialmente en el ámbito inmobiliario.

En efecto, la configuración *ilimitada* de la acción reivindicatoria característica del Derecho común, sin considerar sus repercusiones sobre la circulabilidad del derecho en un entorno de contratación impersonal, pleno de asimetrías informativas acerca de la identidad de los titulares y de la delimitación de los *iura in rem* sobre los bienes, hace que surja, necesariamente, un conflicto entre la *seguridad* y la *liquidez jurídicas* de las titularidades de los derechos de propiedad sobre los bienes . Para comprender esta afirmación en todo su alcance, es necesario tener en cuenta lo siguiente

Por *seguridad jurídica* del derecho, entiendo la concurrencia de dos certezas en quien cree ser titular del mismo: (1) la certeza de que no puede ser privado del derecho que cree haber adquirido –pues esa es la vía ordinaria para ser propietario, la derivativa por circunstancias que no conoció en el momento de la adquisición, y (2) la certeza de que nadie puede disponer del derecho así adquirido sin su consentimiento y de que, si dispone, puede reivindicarlo de quien lo posea, aun cuando sea un tercer poseedor a título oneroso y de buena fe.

En materia de seguridad de los derechos, el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada -esto es, contra cualquier poseedor, incluido el adquirente a título oneroso y de buena fe- en un entorno de contratación impersonal imposibilita la seguridad así definida, pues hace que ambas certezas sean incompatibles, debido a que siempre existe la posibilidad de haber adquirido a título oneroso y de buena fe de persona distinta del denominado *versus dominus*. Por lo tanto, la seguridad jurídica, así entendida, no es posible.

Por *liquidez jurídica* del derecho entiendo facilidad del potencial adquirente de despejar las incertidumbres que le embarguen en torno a los atributos económicamente relevantes del derecho que desea adquirir; en nuestro caso, titularidad del derecho y cargas preferentes que pudieran existir. Pero es difícil conseguir la liquidez de un derecho si, a pesar de haber adquirido conforme a las exigencias de la buena fe, el denominado *verus dominus* puede reivindicar su derecho.

A su vez, en materia de liquidez de los derechos, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de contratación impersonal, genera un dilema entre seguridad y liquidez debido a las asimetrías informativas existentes, pero no en un entorno de contratación personal o entre conocidos, carente de tales asimetrías.

Por lo tanto, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de contratación impersonal dificulta la seguridad de los derechos y, además, genera un dilema o conflicto entre la seguridad y la liquidez de estos.

Las disfunciones comienzan a sentirse cuando un mecanismo de protección del *ius disponendi*, cual es la acción reivindicatoria, surgido en un entorno de contratación personal, y, por lo tanto, con información completa —o, en su caso, incompleta solo en el margen— sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* sobre bienes inmuebles y sobre la extensión de los mismos, se mantiene en un entorno de contratación impersonal, y, por lo tanto, con información incompleta sobre esos atributos del derecho que se desea adquirir.

Como consecuencia de lo expuesto, el mantenimiento de la *reivindicabilidad ilimitada* en un entorno de asimetrías informativas, propio de la contratación impersonal, provocará, en primer lugar, que la adquisición derivativa de *iura in rem* nunca pueda considerarse segura y, en segundo lugar, que las medidas que se adopten para incrementar la seguridad de las adquisiciones de derecho lo consigan, en su caso, a costa de disminuir su liquidez. Inversamente, las medidas que se adopten para incrementar la liquidez lo conseguirán, en su caso, a costa de disminuir su seguridad.

En efecto, si se mantiene la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, la intervención del Estado –incluida, en su caso, la institucional- sólo puede conseguir, en el mejor de los casos, disminuir o paliar la virulencia del *dilema* -mediante la introducción, por ejemplo, de un registro de documentos en el caso de los bienes inmuebles-.

Si, por el contrario, se suprime la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, aumenta la liquidez de los derechos, pero a costa de disminuir la seguridad jurídica del propietario. En este caso, sin embargo, a diferencia de lo que sucede si se mantiene dicha reivindicabilidad, como veremos, la intervención institucional del Estado puede instrumentarse de manera que, por un lado, robustezca la seguridad jurídica del derecho, y, por otro, permita la superación del conflicto entre seguridad y liquidez y que, por tanto, el aumento de la liquidez de los derechos no suponga una disminución de su seguridad, e, incluso, que conlleve un aumento de esta.

3.3. La intervención directa, esto es, normativa e institucional del Estado en el sistema transmisivo como solución

La solución del conflicto exige, por lo tanto, identificarlo correctamente, lo que nos sitúa en condiciones de arbitrar algún tipo de mecanismo que permita superarlo. Conforme a lo expuesto, la solución exige la supresión de la acción reivindicatoria en relación a los adquirentes inocentes, pero, si se hace sin las debidas cautelas, tal medida, si bien facilitaría las transacciones, sería a costa de disminuir el valor de los derechos reales, específicamente en el caso de los inmuebles, como veremos, en mayor medida de lo que aumentaría como consecuencia de la mayor facilidad para contratar, lo que implicaría una pérdida neta de capital.

Para que no se produzca este efecto negativo, es necesario arbitrar un mecanismo que nos permita conocer las titularidades vigentes en un entorno de contratación impersonal -además de las cargas derivadas de actos jurídicos y contratos anteriores referentes al mismo bien y que, en su caso, serían preferentes a los derechos de un eventual adquirente-, lo cual exige la intervención del Estado *ex ante*, de modo que la misma pueda servir de base para el siguiente contrato y así sucesivamente.

Como veremos, en relación a los muebles basta con una intervención normativa del Estado, debido al alcance legitimador que se puede dar a la posesión mobiliaria. En el ámbito inmobiliario, sin embargo, la intervención debe ser, además, institucional. Una vez que es posible conocer las titularidades vigentes, la acción reivindicatoria sólo tiene una utilidad residual, porque cualquier adquirente puede conocer quién es el propietario, si tiene poder de disposición, y, por lo tanto, de quién debe adquirir. Y la función de la reivindicatoria –protección del *ius disponendi ex post*, es decir, una vez consumado el negocio transmisivo por un no titular que se hace pasar por tal- puede ser cumplida con ventaja por mecanismos de protección del *ius disponendi ex ante*. Sucede, además, que cualquier solución normativa y/o institucional que se genere para suministrar las titularidades vigentes debe prescindir de la acción reivindicatoria en relación a quien adquiera a título oneroso y de buena fe de tales titulares, pues de pervivir tal acción pervivirían igualmente las incertidumbres sobre tales titularidades.

3.4. El distinto grado de complejidad de la intervención del Estado para superar el dilema en los ámbitos mobiliario e inmobiliario

3.4.1. La superación del dilema en el ámbito mobiliario. La suficiencia de la intervención normativa del Estado

En el ámbito de los bienes muebles tradicionales, por ejemplo, y, especialmente, de las mercaderías, la consecución de dicho objetivo es relativamente sencilla: basta con la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* para los actos de tráfico jurídico– actos entre personas materialmente distintas- realizados a título oneroso y de buena fe, especialmente cuando se ha adquirido de un comerciante⁸⁰. Tal derogación se

⁸⁰ Para el análisis de del tráfico mobiliario en el ámbito mercantil –así como para la lógica de la constitución de sociedades mercantiles-, véase ARRUÑADA B., *Formalización de empresas. Costes frente a eficiencia institucional*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, especialmente págs. 62 ss.

fundamenta en la atribución a la posesión de una especial función legitimadora o dispositiva.

En efecto, tal intervención normativa, por un lado, aumenta la circulabilidad de los bienes muebles, pero, por otro lado, no incrementa *de facto* los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, pues la facilidad con la que los bienes muebles pueden ser ocultados y destruidos, unida a la frecuente carencia de pruebas documentales de las transacciones con los mismos, los hace, de hecho, irreivindicables en buen número de supuestos.

Además, las probabilidades de que haya *iura in rem* concurrentes sobre un mismo mueble son escasas, sobre todo de que haya derechos reales limitados sobre cosa mueble ajena, pues los derechos reales en cosa ajena son un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario,⁸¹ por lo que, tratándose de bienes muebles tradicionales, normalmente el poseedor es el dueño, lo que permite sentar el principio de que, tratándose de bienes muebles tradicionales, la posesión de buena fe equivale al título, dotándolo de una especial eficacia cuando se ha adquirido de un comerciante.

Esta fue la técnica utilizada por la *Lex Mercatoria* respecto de los bienes muebles⁸². Es importante subrayar que la derogación de la regla de *reivindicabilidad*

⁸¹ Como afirma DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, pág. 204., ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 204, una gran parte de los derechos reales limitados o limitativos necesitan los bienes inmuebles como soporte material. Tal es el caso de las servidumbres, los censos, la enfiteusis, la superficie y la hipoteca clásica o tradicional. Ello es así hasta el punto de que en materia mobiliaria sólo existe normalmente el derecho real de garantía consistente en la prenda –ampliada hoy a la llamada hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión-. Y si es cierto que el derecho real de usufructo puede recaer sobre bienes de naturaleza mueble –usufructo mobiliario- es cierto también que en la mayor parte de los casos –con la significativa excepción de los usufructos sobre títulos valores- este derecho recae también sobre bienes inmuebles.

⁸² La denominada *Lex Mercatoria* es un conjunto integrado de conceptos, reglas y procedimientos, desarrollado por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías, desde fines del siglo XI hasta comienzos del siglo XIII, el cual incluía, entre otras, las siguientes características: 1.-La marcada separación entre el régimen jurídico de bienes muebles e inmuebles. 2.-El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de derechos superiores a los del denominado *verus dominus*. Así, en los derechos alemán y francés, el derecho del comprador – de buena fe- de bienes muebles contra su verdadero propietario se expresa en las máximas *Hand wahre Hand* y *Meubles n'ont pas de suite*. En el Derecho inglés la doctrina queda limitada a las operaciones en el *open market*. En todo caso, para que la regla opere plenamente, es necesario haber adquirido de un comerciante. BORMAN H. J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, págs. 355 ss. En el Derecho español, véanse los artículos 464 Código civil, 85 y 324 del Código de comercio, 19 de la Ley Cambiaria y del Cheque u 11.3 de la Ley reguladora de los títulos valores, entre otros. Para un mayor desarrollo de esta idea, véase

ilimitada para los actos de tráfico jurídico en los que el transmitente era un comerciante implicaba la introducción de la abstracción causal *inter tertios* -o, si se prefiere, la imposibilidad de alegar excepciones *ex iure tertii*- como medio de superar las consecuencias negativas para el tráfico jurídico de mercancías de la concepción causal de la *traditio*. Esta regla implica una inversión de las reglas de protección del derecho adquirido respecto de las establecidas por el Derecho común, y, por lo tanto, una inversión de los riesgos, favoreciendo la posición del adquirente inocente. Sobre este aspecto -la abstracción causal *inter tertios* o *exceptio iuri tertii* derivada de la irreivindicabilidad – me extenderé al tratar de los bienes inmuebles.

En efecto, el denominado *verus dominus* -en rigor, titular negocial o civil-, como consecuencia de la pérdida de la acción reivindicatoria en relación a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, dejaba de estar protegido por una regla de propiedad para pasar a estarlo por una regla de responsabilidad frente a quien le había privado de su derecho, y, a su vez, el adquirente a título oneroso y de buena fe de un comerciante, en el caso de que este no fuese el denominado *verus dominus*, pasaba a estarlo por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad frente al denominado *verus dominus*.

Tal intervención normativa, por un lado, aumentaba la liquidez de bienes muebles y mercaderías, y, por otro lado, no incrementaba, *de facto*, los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, debido a las características concurrentes en los bienes muebles a las que acabo de referirme.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 703, 2007, págs. 2059-2164.

3.4.2. La superación del dilema en el ámbito inmobiliaria. La necesidad de una intervención no solo normativa sino también institucional del Estado

3.4.2.1. Las características de los bienes inmuebles

Sin embargo, tratándose de inmuebles, la cuestión se complica. En efecto, la tierra no se puede hacer desaparecer y los edificios, difícilmente, lo que permite su *reipersecutoriedad* y, por lo tanto, su *reivindicabilidad* y, además, su propia naturaleza permite, y aún facilita, la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los mismos⁸³ –de hecho, era lo usual en el antiguo régimen- no todos los cuales son visibles por no llevar aparejada posesión o porque la posesión que conllevan puede resultar engañosa como signo de propiedad, porque, además, no siempre lo es a título de dueño. Como observa MORALES MORENO⁸⁴, el punto débil de la posesión como signo de propiedad –*publicidad posesoria* lo denomina él- es que no puede manifestar por sí misma los diversos derechos que pueden concurrir sobre la cosa, especialmente aquellos que no conllevan posesión necesariamente, como la propiedad, o no son susceptibles de ella, como la hipoteca. La posibilidad de concurrencia de tales *iura in rem* en un mismo bien es, además, un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario.

Considerando tales circunstancias, no se puede conceder a la posesión, en materia de derechos sobre la tierra, un papel tan relevante como en materia de derechos sobre bienes muebles. Si en éstos propiedad y posesión son funcionalmente lo mismo y, por lo tanto, se puede organizar un sistema de circulación de mercaderías basado en la presunción de que el poseedor es el propietario –porque así suele ser en la realidad y porque, en los casos en que no lo es, el propietario difícilmente puede evitar que el poseedor se comporte como dueño, ya que, si lo hace, difícilmente se halla en condiciones

⁸³ Sobre las características de los bienes inmuebles, véase ARRUÑADA B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, págs. 46 ss.

⁸⁴ MORALES MORENO M.A, en el Prólogo a la monografía de JEREZ DELGADO C, sobre *Tradicción y Registro*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág.18.

de ejercitar con éxito la acción reivindicatoria-, sin embargo, no sucede lo mismo tratándose de bienes inmuebles.

La tierra no desaparece y, por lo tanto, los derechos de aprovechamiento sobre la misma son reiperseguibles. Adicionalmente, las transacciones sobre bienes raíces suelen estar documentadas. La conjunción de ambos factores facilita el ejercicio exitoso de la acción reivindicatoria. Por último, es más habitual la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre los bienes raíces que sobre bienes muebles, especialmente mercaderías. Todo ello desaconseja dotar a la posesión de los mismos efectos que en el ámbito mobiliario.

La aplicación, también, a los derechos de propiedad sobre la tierra de la regla de la *reivindicabilidad limitada*, no puede fundamentarse, pues, en la concesión a la posesión inmobiliaria del mismo alcance jurídico que el conferido por la *Lex Mercatoria* a la posesión mobiliaria.

La regla de la reivindicabilidad limitada significa que en las relaciones *inter tertios* intermediadas por negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe quedan neutralizadas las consecuencias de los actos jurídicos y de los contratos anteriores referentes a la misma finca, las cuales quedan relegadas a las relaciones *inter partes*. La consecuencia es que, dadas estas condiciones, se produce una inversión de las reglas de protección del adquirente a título oneroso y de buena fe respecto del denominado *verus dominus*. En consecuencia, el adquirente a título oneroso y de buena fe pasa a estar protegido, en relación al denominado *verus dominus*⁸⁵, esto es, en relación al titular meramente negocial o civil, por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad, por cuya razón es él el *dominus*.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en materia de bienes muebles tradicionales y mercaderías, tal inversión sólo puede dar lugar a un juego de suma positiva

⁸⁵ La expresión *verus dominus*, de utilización profusa, hace referencia, en realidad a quien sería *verus dominus* conforme a las reglas del Derecho común. Este titular, sin embargo, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, instrumentado a través del Registro de derechos, normalmente no sería el titular real, sino un titular simplemente negocial, pues en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico, para ser titular real o *verus dominus*, son necesarios más requisitos que en el ámbito del Derecho común, a cambio de disminuir los costes de información y de conservación del derecho.

de ganancia general si, al propio tiempo, se desarrolla la ingeniería jurídica precisa para que, a pesar de dicha inversión de las reglas de protección no aumenten para el propietario los riesgos de pérdida de su derecho y, si es posible, disminuyan los mismos, incluidos, en su caso, los costes de conservación de este. Ello es así porque las características de los bienes inmuebles a las que acabo de referirme impiden conferir a la posesión de estos una función legitimadora o dispositiva de alcance semejante a la posesión mobiliaria.

En efecto, si se derogara, en materia inmobiliaria, la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* sin haber encontrado el procedimiento de neutralización de las asimetrías informativas sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* recayentes –y, en su caso, concurrentes- sobre bienes inmuebles, así como sobre la delimitación de su contenido, el resultado sería una disminución del valor de los mismos, como consecuencia de su inseguridad, difícilmente compensable por el aumento de su valor debido al incremento de liquidez derivado de la derogación de dicha regla, lo que tendría como consecuencia una pérdida neta de capital. Y, como sabemos, una de las misiones esenciales del Estado es la creación de capital, no su destrucción.⁸⁶

Imaginemos que se establece, en materia inmobiliaria, la regla de la reivindicabilidad limitada, fundamentada en que la posesión de buena fe equivale al título, con el mismo alcance que tiene dicha regla para las mercaderías. En tal situación, la buena fe del adquirente consistiría en la creencia en que el poseedor a título de dueño lo es efectivamente y, a lo sumo, en exigir el documento del que deriva su *ius possidendi*⁸⁷. En tales condiciones, si adquiere del poseedor a título de dueño, adquiere de buena fe, y si lo hace a título oneroso, se convertirá en dueño, despojando de su derecho, en su caso, al denominado *verus dominus*, el cual conservaría únicamente una acción indemnizatoria –en el orden civil- contra el poseedor que se ha hecho pasar por dueño –además de la correspondiente acción penal-, pues la regla de la *reivindicabilidad limitada* conlleva una

⁸⁶ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Estado, Propiedad, Mercado*, en RCDI, núm.:708, págs. 1497-1591. Así mismo DE SOTO H., *El misterio del capital*, ed. Península, Barcelona, 2001, págs. 16-17.

⁸⁷ En la medida en la que las transacciones inmobiliarias suelen estar documentadas en más casos que las mobiliarias tradicionales y que muchas mercancías. Pero podría el poseedor a título de dueño que desea transmitir carecer de título documental alguno, en cuyo caso, al adquirente le bastaría con observar que posee pública y pacíficamente a título de dueño para actuar de buena fe.

inversión de las reglas de protección del derecho de propiedad –singularmente del *ius disponendi*–.

Bajo tal regla, sería muy peligroso para cualquier propietario de un bien inmueble no ejercer su *ius possidendi*, pues correría el riesgo de perder su titularidad dominical, lo que dificultaría –en realidad, impediría– un uso especializado de tales bienes. Así mismo, su utilización como garantía conllevaría necesariamente su traspaso posesorio pues, en otro caso, el acreedor correría el riesgo de que el deudor poseedor enajenase el bien como libre de cargas a un tercero de buena fe, el cual devendría propietario de un bien libre de cargas.

Como observa ARRUÑADA, en la medida en que la posesión se emplea para determinar la propiedad, se ve dificultada la distinción entre propiedad y control y, por lo tanto, la especialización, ya que el control exige, en principio, posesión, lo que expone al propietario al riesgo de que el poseedor utilice su posición para adquirir o transmitir la propiedad. Por otro lado, las operaciones de crédito tenderían a contratarse con ayuda de garantías personales tanto del deudor como del propio acreedor, como consecuencia de que, en tal contexto, la única forma de proporcionar una garantía real a este último sería transmitiéndole la propiedad o posesión del inmueble cuyo valor se utilizase como garantía del cumplimiento, dejando, por lo tanto, la situación del deudor al albur de la calidad personal del acreedor y quedando protegido el deudor tan sólo por un derecho de crédito frente a aquel en el caso de que enajenase el bien dado en garantía indebidamente.⁸⁸

Todo ello disminuiría el valor de los bienes inmuebles en mayor medida de lo que aumentaría como consecuencia del incremento de su liquidez jurídica derivado de la aplicación de la regla de *reivindicabilidad limitada* en tales condiciones.

Por otro lado, mientras no se adopte esta regla, las insuficiencias funcionales de la posesión inmobiliaria, es decir, las insuficiencias de la posesión como signo revelador de la identidad del propietario, así como de la existencia de su derecho, determinarán que

⁸⁸ ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Palestra (Perú), 2004, págs. 72-73.

sería de interés del potencial adquirente buscar procedimientos que le permitieran aumentar su grado de seguridad jurídica en relación al hecho de estar adquiriendo del *verus dominus*, supliendo de este modo las insuficiencias funcionales de la posesión inmobiliaria.

Tales procedimientos suponen un coste que, por un lado, aumentará la seguridad jurídica del derecho y, por lo tanto, su valor, pero, por otro lado, irá en detrimento de la liquidez jurídica del derecho, y, por lo tanto, también de su valor, si bien arrojando un saldo positivo, aunque lastrado por la pervivencia del dilema entre seguridad y liquidez de los derechos, pues es la pervivencia de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*- en un entorno de información escasa y asimétricamente distribuida sobre la identidad de los titulares y de la extensión de los *iura in rem*-, la que determina la existencia del conflicto entre la seguridad y la liquidez jurídicas de los mismos.

Uno de estos procedimientos consiste en articular *formas notorias de contratación*⁸⁹, o, en otros términos, de celebración de actos y negocios jurídicos de finalidad traslativa, a fin de que los mismos lleguen al mayor número posible de oídos: de ese modo, aumentan las probabilidades de que, en su caso, el *verus dominus* conozca que alguien está disponiendo de su derecho y pueda evitar la consumación del acto jurídico o negocio jurídico dispositivo. Del mismo modo, también el adquirente evitaría la posibilidad de sufrir una acción reivindicatoria posteriormente, además de evitar verse en la necesidad de iniciar las acciones pertinentes para recuperar el numerario entregado

⁸⁹ Desde luego, no es el único procedimiento. El recurso a la denominada *cadena de títulos* es otro, aunque no lo desarrollaré, dada la finalidad específica de este trabajo. Como observa ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Palestra (Perú), 2004, pág. 74, algunos de los problemas que plantea la posesión se resuelven incorporando a la documentación contractual información relativa a la existencia de derechos abstractos, como la propiedad –en la medida en que no conlleva necesariamente ejercicio del *ius possidendi*-, así como determinadas cargas y consentimientos. Ciertamente, la justificación de la existencia del derecho mediante la cadena de títulos facilita la separación entre propiedad y control. Sin embargo, los adquirentes continúan totalmente desprotegidos frente a aquellas cargas ocultas que no se contratan de forma voluntaria, como son las que surgen de ciertas decisiones judiciales o gravámenes tributarios. Además, aparecen nuevas posibilidades de contratación fraudulenta - como son la antedatación de una venta o de una hipoteca, para alzarse con los bienes- las cuales dan origen, a su vez, a derechos de crédito frente al otorgante fraudulento y a los profesionales implicados en la transacción. Precisamente, es, quizás, para contener el fraude, por lo que la intervención de la formalización en las transacciones tiende a ser un monopolio profesional. La cadena de títulos también permite instrumentar garantías reales, mediante el depósito de los títulos formales en el acreedor. No obstante, este sistema deja al deudor que constituyó la garantía y entregó los títulos a expensas del acreedor y dificulta las segundas hipotecas sobre el mismo bien. Dificulta, por lo tanto, la optimización de los bienes como activos económicos.

como contraprestación –que puede haber salido del patrimonio del transmitente, el cual ha podido, a su vez, devenir insolvente-⁹⁰. También están interesados los familiares del *verus dominus*, especialmente en aquellas épocas y zonas en las que la troncalidad tenía un gran peso y, por lo tanto, también el retracto gentilicio. En este sentido, HERNÁNDEZ CRESPO⁹¹ señala que la publicidad de los primeros tiempos obedecía a un concepto de propiedad colectiva o familiar -en última instancia, intragrupal- de modo que esa “*publicidad noticia*” o de “*prueba de la transacción*” tenía la naturaleza de una formalidad añadida, indispensable para que se produjera la transmisión con la finalidad de conseguir que los bienes no salieran de la familia o que, en su caso, pudieran ejercitarse el retracto gentilicio o el de abolengo. Por último, el Estado –o cualquier otra forma de autoridad- también tiene interés en que se desarrollen formas notorias de contratación que intenten suplir las deficiencias funcionales de la posesión inmobiliaria, pues, de ese modo, puede gravar fiscalmente tales transacciones, lo que es difícil si no tiene conocimiento de las mismas.

Y aquí es justamente donde entran en conflicto los intereses de los agentes económicos –consistentes en que la transmisión sea segura, rápida, lo menos costosa y lo menos gravada posible- con los del Estado –interesado en utilizar, de un lado, las necesidades de seguridad de los adquirentes de estar adquiriendo del *verus dominus* y, de otro, de los propietarios en no verse despojados de sus pertenencias- para gravar las transacciones al nivel más alto posible.⁹²

Históricamente, los diversos sistemas de seguridad transaccional no son sino la cristalización del resultado de este conflicto de intereses, al que hay que sumar los de las

⁹⁰ Para prevenirse frente a la insolvencia del deudor, se desarrollan ciertas estrategias, como la de hacer responsable a toda la casa familiar de las deudas de sus miembros para reforzar la ejecución de las obligaciones personales, según el artículo 9 del Código de Hammurabi. Existían también algunas disposiciones explícitas con este fin. Por ejemplo, los testigos eran, a menudo, personalmente responsables con carácter subsidiario. De igual modo, solía ser habitual en Inglaterra contratar garantías por evicción a cargo de terceros, un precedente del moderno seguro de títulos. ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, Ed. Palestra (Perú), 2004, págs. 78 y 79.

⁹¹ HERNÁNDEZ CRESPO C., “Registro y seguridad jurídica”, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T.I, ed. Castalia, Madrid, 1989, pág. 21.

⁹² En cuanto a la interferencia de los intereses fiscales, NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.pág.:53. También ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*ed. Palestra (Perú), 2004, pág. 85.

organizaciones profesionales surgidas para satisfacer las necesidades de seguridad del mercado.⁹³

Así pues, las características específicas de los inmuebles hacen que la organización de un mercado inmobiliario presente dificultades notablemente mayores que la organización de un mercado mobiliario. En otros términos, la superación del dilema entre seguridad y liquidez de los derechos en el ámbito inmobiliario presenta dificultades notablemente mayores que la superación de este en el ámbito mobiliario.

Tal superación demanda no solamente una intervención normativa del Estado – derogación de la regla de *reivindicabilidad ilimitada*, con todas sus consecuencias- sino, además, una intervención institucional del mismo dirigida a facilitar al mercado la identidad de la persona con poder de disposición sobre el derecho, la configuración del mismo, así como de los demás derechos reales limitados recayentes sobre el mismo inmueble, sin que ello incremente los riesgos del dueño, con la finalidad de que la derogación de la regla de *reivindicabilidad limitada* produzca los efectos deseados.

Por ello, solo la intervención directa -esto es, normativa e institucional- del Estado en la protección del *ius disponendi*, concebido como una facultad del *dominus* cuya función es posibilitar la eficiente asignación de recursos, mediante la creación de reglas jurídicas y la generación de instituciones públicas adecuadas, permite que los derechos sean jurídicamente seguros y que, además, aumente su liquidez jurídica sin merma de la seguridad del propietario, cuando de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles se trata.

La superación del dilema significa que los derechos son, a la vez, más seguros y más líquidos, y, por lo tanto, más *valiosos*. El anclaje en el dilema significa, por el contrario, que las mejoras en seguridad se pagan en términos de liquidez y viceversa. Ello no impide un incremento del valor neto del derecho –como he argumentado anteriormente-, pero lo dificulta debido al lastre que supone la pervivencia del conflicto.

⁹³ Véase NOGUEROLLES PEIRÓ N., “La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista.” En *Historia de la Propiedad, Crédito y Garantía*, DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO, R., TORIJANO E., (Coords.). ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

La intervención del Estado requerida para la superación del conflicto entre seguridad y liquidez del derecho en el ámbito inmobiliario es *directa*, es decir, una intervención que es, simultáneamente, (1) una *intervención normativa*, consistente en la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* para los actos de tráfico y, (2) una *intervención institucional*, consistente en la *publicación* del sistema de transmisión de derechos sobre bienes inmuebles, a fin de que la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* en los términos expuestos, pueda cumplir su función específica: dotar de seguridad al propietario y, simultáneamente, suministrar a adquirentes y acreedores información completa sobre titularidad y cargas preferentes sin necesidad de tener que contar para ello con la colaboración del transmitente o de terceros privados para adquirir tal conocimiento. A la publicación del sistema trsnamisivo, me referiré en páginas posteriores.

La intervención del Estado va dirigida a evitar que terceros puedan influir en el contrato -y de ese modo aumentar la seguridad jurídica del adquirente-, pero sin perjudicar la seguridad jurídica de los propietarios anteriores y, al propio tiempo, facilitar las transacciones, aumentando, de ese modo, la liquidez de las titularidades sobre los derechos reales inmobiliarios⁹⁴.

3.4.2.2. Intervención normativa: la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, su sustitución por la regla de la irreivindicabilidad en relación a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe y la consiguiente inversión de las reglas de protección de la titularidad adquirida en estos supuestos

La intervención normativa del Estado consiste en la derogación, en materia inmobiliaria, de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* de modo semejante a lo establecido a los bienes muebles y, especialmente, a las mercaderías adquiridas de un comerciante mediante un acto de tráfico, es decir, a título oneroso y de buena fe.

⁹⁴ VILLAGRASA ALCAIDE C., *La deuda de intereses*, ed. EUB, Barcelona, 2002, pág. 141 y ss.

La regla de la *reivindicabilidad limitada* significa que en las relaciones *inter tertios* intermediadas por actos y negocios jurídicos a título oneroso y de buena fe quedan neutralizadas, en relación a los terceros adquirentes, las consecuencias de los mismos, las cuales quedan relegadas a las relaciones *inter partes*.

Como expondré al analizar la evolución de la *traditio* en Derecho romano, no todas las vicisitudes causales repercutían, sin embargo, del mismo modo sobre la eficacia traslativa de la *traditio*. Unas, conferían al *tradens* una acción real, - o en otros términos, estaban protegidas por una regla de propiedad- pero otras solo le conferían una *conditio*, que era una acción personal -o, en otros términos, estaban protegidas por una regla de responsabilidad-⁹⁵.

La introducción de la regla de la *reivindicabilidad limitada* o irreivindicabilidad en relación a adquirentes a título oneroso y de buena fe significa la introducción de la *abstracción causal inter tertios*, en el sentido de inalegabilidad de *exceptiones ex iure tertii*. Es decir, significa que las vicisitudes de los negocios jurídicos precedentes sobre el mismo bien no afectan al adquirente de este a título oneroso y de buena fe mediante un acto de tráfico, abandonando así la tradición romanista.

El efecto de la irreivindicabilidad consiste en que se produce una inversión de las reglas respectivas de protección del denominado *verus dominus* y del adquirente a título oneroso y de buena fe. Si en la situación anterior había la acción reivindicatoria, incluso frente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, una vez establecida la regla de la irreivindicabilidad, el adquirente a título oneroso y de buena fe pasa a estar protegido, en relación al denominado *verus dominus*, por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad y, correlativamente, este, pasa a estarlo por una regla de

⁹⁵ Este es el origen -y, sobre todo, debo añadir, el significado- de la polémica sobre si la *traditio* en Derecho romano era abstracta o causal. Véase ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El problema de la causa de la tradición*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, pág. 20. También D'ORS, A., en *Derecho Privado Romano*, EUNSA, 1986, págs. 225-226. De un modo general, puede afirmarse, con D'Ors, que la falta de una *causa adquirendi* hace que la *traditio* resulte inoperante para convertir en propietario al *accipiens*: el *tradens* conserva la reivindicatoria -acción real- pues sigue siendo propietario. Cuando, en cambio, falla la causa remota -v.gr. la previsión de matrimonio causa a su vez de la dote, o la deuda, causa a su vez del pago- la *datio* se produce realmente, pero es la retención de la propiedad adquirida la que viene a quedar sin causa -*causa retinendi*-: en consecuencia, procede, no la *reivindicatio*, pues la propiedad fue adquirida por el *accipiens*, sino la *conditio*- acción personal-.

responsabilidad ejercitable contra quien dispuso de su derecho sin su consentimiento – *tradens*-, además de la correspondiente acción penal

En efecto, bajo la regla de la irreivindicabilidad, el *dominus* pierde uno de los atributos esenciales del dominio, especialmente del inmobiliario –la posibilidad de reivindicar de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe⁹⁶ – a cambio de evitar la posibilidad de sufrir una acción reivindicatoria en el caso de no haber adquirido del *verus dominus*, pese a haber adquirido a título oneroso y de la buena fe, riesgo siempre presente en un contexto de información escasa y asimétricamente distribuida acerca de las titularidades y cargas recayentes sobre los inmuebles que se desean adquirir.

Para que tal inversión de las reglas de protección produzca los resultados deseados –superar el conflicto entre seguridad y liquidez del derecho- es necesario arbitrar un sistema que suministre a los potenciales adquirentes un legitimado para disponer, bien por ser el propietario, bien porque el propietario ha consentido que aparezca como tal en relación a los terceros de buena fe.

La instrumentación de un sistema tal es necesario porque, como vengo exponiendo, en materia inmobiliaria no puede atribuirse a la posesión el mismo alcance jurídico que en materia mobiliaria, debido a diversas razones entre las que destacan las características específicas de los bienes inmuebles. Tal sistema debe, al propio tiempo,

⁹⁶ Como veremos, es la transformación radical que introduce el Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario y ejecuta el Registro de derechos mediante la atribución a la inscripción del efecto fe pública registral. En contrapartida, el Estado –a través del Registro- debe velar por que no disponga del derecho inscrito quien no sea titular registral o no tenga facultades suficientes para ello. De la fiabilidad del Registro en el cumplimiento de esta exigencia, entre otras, depende la viabilidad del sistema. El titular pierde la acción reivindicatoria frente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, con la finalidad de facilitar la liquidez del derecho, a cambio de que el Estado, mediante el sistema registral, impida que un tercero pueda disponer de su derecho sin su consentimiento. La exigencia legal del tracto sucesivo –así como de la prioridad en sentido formal- y su control por el encargado del Registro constituyen la garantía de que si dispone alguien distinto del titular registral, tal disposición no tendrá acceso al Registro, el adquirente negocial sólo estará protegido por una regla de responsabilidad frente al disponente no registral, y el titular registral seguirá conservando el poder de disposición. Esta es también la razón por la cual se atribuye al encargado del Registro la calificación de las facultades del representante del titular registral en todos los registros de derechos. En España, sin embargo, hay una larga polémica doctrinal al respecto, así como una línea jurisprudencial irregular tras la entrada en vigor del artículo 98 de la Ley 24/2001 de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del tracto sucesivo*, ed. Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 23 ss. También GÓMEZ-MARTINHO FAERNA A, *La función del notario en la Unión Europea*, ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1997.

despejar las incertidumbres del tercer adquirente de buena fe sin aumentar los riesgos del propietario de verse privado de su derecho sin su voluntad.

Por esta razón, la intervención normativa del Estado consistente en la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* en materia inmobiliaria, con todas sus consecuencias, debe ser complementada con una intervención institucional dirigida a suministrar a los potenciales adquirentes la identidad de la persona o personas con poder de disposición, así como la extensión de los *iura in rem* recayentes sobre el inmueble, lo que es imprescindible para que tal derogación pueda producir los resultados deseados, esto es, la superación del dilema entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario.

3.4.2.3. La necesaria intervención institucional complementaria para que la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada produzca los efectos deseados. la *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario mediante la introducción del Registro de derechos

La intervención institucional del Estado complementaria de la intervención normativa descrita –derogación de la regla de *reivindicabilidad ilimitada* con todas sus consecuencias- consiste, esencialmente, en la *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario, mediante la introducción del Registro de derechos.

Tal *publicación* ⁹⁷ del sistema transmisivo inmobiliario es necesaria para que la propiedad privada sobre la tierra y sobre los bienes inmuebles, en general, pueda cumplir

⁹⁷ Empleo la expresión *publicación* del sistema transmisivo, en el mismo sentido en el que se habla de n del sistema público de salud o del sistema público educativo, por ejemplo. En todos estos casos, hay una implicación directa del Estado para satisfacer esas necesidades. En el caso de la salud, mediante la creación de hospitales públicos servidos por funcionarios públicos. En el caso de la educación, mediante la creación de escuelas y universidades públicas servidas por funcionarios públicos. En el caso del sistema transmisivo inmobiliario, mediante la creación de registros de derechos, que son registros públicos servidos por funcionarios públicos. El hecho de que la especial naturaleza de su función aconseje un régimen organizativo particularizado no debe introducir confusión al respecto. La expresión *publicación n* del sistema transmisivo inmobiliario transmite una idea más adecuada acerca de la función del Registro de derechos que la expresión *publicidad*, más adecuada para referirse a la función propia del Registro de documentos, pero desorientadora para referirse al Registro de derechos.

una de sus misiones legitimadoras, cual es la de posibilitar una permanente reasignación de recursos hacia quienes en cada momento se hallan en condiciones de explotarlos más eficientemente. Esta misión exige una transferibilidad ágil de los derechos sin merma de su seguridad, lo cual deviene hartamente dificultoso en un entorno de contratación impersonal. La consecución de dicho objetivo exige lo que propongo denominar una *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario.

Soy consciente de las prevenciones que puede suscitar la utilización de un término de este tipo. Por ello, me parece necesario aclarar, de entrada, que *publicación del sistema transmisivo inmobiliario* no significa que el *ius disponendi* deje de pertenecer al *dominus* y, en ese sentido, deje de ser privado, para pasar a pertenecer al Estado, y, por tanto, pase a ser público, ni nada semejante.

Conviene aclarar también que *publicación del sistema transmisivo inmobiliario* no equivale a *publicidad de documentos* que contienen actos o negocios jurídicos inmobiliarios de finalidad traslativa.

La *publicación del sistema transmisivo inmobiliario* implica (1) la creación de un sistema de circulación registral de las titularidades inmobiliarias que conlleva la derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, instrumentada mediante la creación de un Registro cuyas inscripciones están dotadas de la propiedad normativa conocida como fe pública registral -Registro de derechos-, la cual implica la abstracción causal *inter tertios* y, (2) como corolario, la *publicación* implica el derecho -de quien tenga interés legítimo- a conocer el contenido de los asientos registrales sin necesidad del consentimiento del titular registral, que es el único titular real, porque es el único que está protegido por una regla de propiedad frente a las vicisitudes causales que puedan afectar a los actos o negocios jurídicos precedentes referentes al mismo bien.

Los asientos de un Registro de derechos, por lo tanto, no reflejan o publican procesos transmisivos consumados extrarregistralmente, limitándose a ser un medio de publicidad de tales procesos en competencia con otros medios, singularmente con la publicidad posesoria, sino que forman parte del proceso adquisitivo, pues incorporan una resolución del Estado asignando *ex ante* -es decir, sin necesidad de contención ni de

usucapión- la titularidad *in rem* de los *iura in rem* inmobiliarios, así como estableciendo la delimitación de los mismos, conforme a las reglas establecidas por el propio Estado.

Por el contrario, el sistema de publicidad registral de los documentos que contienen actos o contratos de finalidad traslativa presupone el mantenimiento de la regla de *reivindicabilidad ilimitada*, complementado por un Registro que tiende a paliar los efectos negativos para la seguridad jurídica derivados del mantenimiento de tal regla en un entorno de contratación impersonal, mediante la exigencia de publicidad de tales documentos para poder ser oponibles a terceros que disputen el derecho *-registros de documentos-*, incentivando, de este modo, comportamientos que tiendan a disminuir las asimetrías informativas características de un entorno de contratación impersonal. Se limitan a archivar por orden cronológico los documentos presentados, sus asientos no forman parte del proceso transmisivo sino que se limitan a reflejar procesos transmisivos –o presuntamente transmisivos- consumados extrarregistralmente y no contienen declaración alguna del Estado acerca de la titularidad y extensión de los *iura in rem* inmobiliarios.⁹⁸

La *publicación* del sistema de transmisión inmobiliaria que conlleva la introducción del Registro de derechos tiene, por lo tanto, dos significados complementarios.

3.4.2.4. De las titularidades *in personam* a las titularidades *in rem* en el ámbito inmobiliario mediante la publicación del sistema transmisivo

En primer lugar, significa la intervención activa del Estado en el proceso adquisitivo de bienes inmuebles dirigida a posibilitar la obtención de títulos de

⁹⁸ Sobre la distinción entre registro de derechos y registro de documentos véase NOGUEROLAS PEIRÓ N., "La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad." En *Teoría y Derecho*, núm 5, 2009, págs.38-65. Asimismo, MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P. "Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema". *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.III, ed. Thomson-Civitas, 2003, págs. 4037-4061.

propiedad⁹⁹ de eficacia universal *ex ante*, es decir, sin necesidad de contención ni de usucapión.

En efecto, bajo la égida del Derecho común, el Estado se limita a promulgar las reglas que es necesario seguir para llegar a ser propietario, manteniendo la regla de la *reivindicabilidad ilimitada* en cuya virtud la acción reivindicatoria alcanza también a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Incluso cuando complementa tal esquema normativo con una intervención institucional –Registro de documentos-, esta queda limitada a establecer determinadas exclusiones –*inoponibilidad*¹⁰⁰- o preferencias – el denominado “*efecto relativo*”¹⁰¹ de la publicación en el sistema francés, por ejemplo- de determinados documentos en relación a otros cuando varias personas pretenden un mismo derecho de propiedad sobre el mismo inmueble.

Bajo la égida del Derecho común, en un contexto de contratación impersonal, los adquirentes nunca pueden estar seguros *ex ante* de haber cumplido las reglas necesarias para poder ser propietarios, especialmente, la de haber adquirido del *verus dominus*, debido a las asimetrías informativas existentes. El adquirente deberá guiarse por determinadas apariencias –por ejemplo, pública y pacífica posesión del transmitente, documentos exhibidos, consultas con vecinos, etc-, ninguna de las cuales es concluyente, para decidir si, a su juicio, el transmitente es *dominus* y, en consecuencia, si contrata con

⁹⁹ Utilizo aquí la palabra “títulos de propiedad” en el sentido de documentos que acreditan o prueban la titularidad del derecho de propiedad.

¹⁰⁰ Descartada la no adquisición como sanción a la falta de publicación, caben otro tipo de sanciones, de entre las cuales destaca la conocida con el nombre de inoponibilidad –*inopposabilité*-. Esta sanción viene establecida en el sistema francés en el artículo 30 del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955. Significa que el acto – o resolución- no publicado o publicado tardíamente, sin perjuicio de producir plenos efectos *inter contrahentes*, solo producirá plenos efectos frente a terceros desde la fecha de su publicación, que pasa a ser la relevante a estos efectos. Mientras tanto, tales terceros pueden desconocer la existencia de tal acto o resolución-, pues, siendo la función fundamental de la publicidad registral la de dar a conocer la existencia de tal acto o resolución, los mismos no han sido publicados y, por lo tanto, a sus efectos, es como si no existieran. En otros términos, la no publicación de un acto lo hace inoponible respecto al titular negocial que publica su título. Lo no publicado es inoponible a lo publicado. No todos los actos o resoluciones requieren, sin embargo, publicación para ser oponibles en los términos expuestos. Según la mayor parte de la doctrina, esta sería la función en España del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo cual es admisible en la medida en la que haya propiedad no inscrita, y solamente en relación a la misma. Si toda la propiedad estuviere inscrita, tal precepto carecería de significación práctica.

¹⁰¹ Se trata de una regla equivalente a la de tracto sucesivo en los registros de derechos, introducida por el Real Decreto de 4 de enero de 1955, si bien no juega en todos los casos, ni con la misma amplitud, como explico al tratar del sistema francés.

él. En el caso de hacerlo, el contrato solo produce efecto *inter partes*, y, por lo tanto, no vincula al denominado *verus dominus* -esto es, al titular negocial o civil-si no es el transmitente. No tiene la posibilidad de obtener un título con eficacia *erga omnes*¹⁰² salvo mediante el juicio universal de purga¹⁰³ o la usucapión, cuyas exigencias son incompatibles con las exigencias de celeridad del mercado.

Estas diferencias cualitativas entre un Registro de derechos, cuya característica definitoria es la fe pública registral, y un Registro de documentos, cuya característica definitoria es la oponibilidad, deben tener consecuencias hermeneúticas. De este modo, a la hora de interpretar las normas que configuran cada tipo de registros hay que atender a la distinta función de cada uno de ellos aunque persigan finalidades similares. Así, v.gr.: las normas que regulan la fe pública registral no deben ser interpretadas desde la perspectiva de las normas que regulan un registro de documentos, el cual carece de la misma, ni viceversa. La interpretación sistemática adquiere, por ello, especial relevancia.

3.4.2.5. Requisitos necesarios para la adquisición de una titularidad sobre un *ius in rem* inmobiliario protegida por una regla de propiedad en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario

Bajo la égida del Derecho común no es posible, por lo tanto, obtener un título respaldado por el Estado de eficacia *erga omnes*, ni con ni sin contención, salvo la

¹⁰² Sería más correcto afirmar que, en realidad, no puede estar seguro de tener un título de eficacia universal. Para ello bastaría poder estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, lo cual no es posible ... salvo usucapión, y, además, estar seguro de que no hay causas que puedan afectar a la conservación del derecho adquirido como consecuencia de las conexiones intercontractuales precedentes referentes al mismo bien, lo cual tampoco es posible en un contexto de contratación impersonal.

¹⁰³ La purga constituía desde los siglos medievales una de las técnicas previstas en el Derecho francés para proteger a los adquirentes de bienes inmuebles frente a reclamaciones posteriores en relación con la existencia de derechos reales anteriores al momento de su adquisición. Incluso en el siglo XVIII se renovó esta práctica a través del Edicto de 1771 –*Edict portant la création de conservateurs des hypothèques sur les inmuebles réels et fictifs, et abrogation des décrets volontaires*-. En España, se introdujo en el Reino de Mallorca en 1321. Véase SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pág. 93. Para la función de la purga en la Ley Hipotecaria Hipotecaria de 1869, véase PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm 614, págs. 111 ss.

usucapión, en su caso, la purga y cuyas exigencias son incompatibles con las necesidades del mercado.

La introducción de la regla de la *reivindicabilidad limitada* en el ámbito inmobiliario, instrumentada mediante el Registro de derechos, por el contrario, posibilita la obtención *ex ante* –es decir, sin necesidad de contención ni de usucapión- de un título de propiedad -título respaldado por el Estado, por lo tanto- de eficacia universal.

La expedición de tal título de propiedad de eficacia universal requiere la concurrencia de dos requisitos: (a) uno *ex ante*, cual haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente y (b) otro *ex post*, cual obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción.

Respecto de los requisitos establecidos por el Derecho común, solo el segundo puede considerarse un requisito adicional, pues el primero –adquirir del *verus dominus*, que en el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico es el titular registral protegido por la fe pública registral- es también un requisito del Derecho común, pero con la diferencia de que el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico soluciona al potencial adquirente el problema de su identificación en un entorno de contratación impersonal, con el consiguiente ahorro en costes de información. El segundo requisito, a su vez, es esencial para la protección de la adquisición efectuada y para ahorrar costes de transacción a futuros adquirentes. Además, como veremos, disminuye los costes de vigilancia del derecho por parte de su titular, por lo que la conjunción de ambos requisitos redunda en un aumento de la seguridad y de la liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Dado que, una vez establecido un Registro de derechos es ineludible el cumplimiento de ambos requisitos para obtener una titularidad real –es decir, protegida por una regla de propiedad- y, por lo tanto, también del segundo, en nuestro Derecho, en el que el sistema transmisivo exige la entrega –*traditio*– algunos autores han venido postulando que la inscripción sustituye a la *traditio* o, incluso, la supresión de la *traditio*. Entre los trabajos clásicos en la materia, destacan, DE LA RICA y ARENAL R., *Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario*, en RCDI, año XXV, núm. 269, octubre 1950. También LACRUZ BERDEJO J.L., *Inscripción y tradición*, en RCDI, año XXXIII, número 344-345, enero febrero 1957. También JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004. Dedicar un apígrafe en páginas posteriores para abordar este tema.

Suele exigirse que el negocio jurídico celebrado entre el titular reconocido por el Estado –titular inscrito- y quien aspira a ser reconocido como nuevo titular por el Estado tras la superación del procedimiento registral –*titular meramente negocial* o civil hasta que eso ocurra- sea un acto de tráfico, esto es, a título oneroso y de buena fe para que opere la regla de la *reivindicabilidad limitada*, la cual, como sabemos, conlleva una consecuencia de largo alcance cual es la inversión de las reglas de protección del *ius disponendi*, en relación a las establecidas por el Derecho común.

Esta exigencia de conjunción de ambos requisitos es imprescindible para que la inversión de las reglas de protección de la titularidad adquirida produzca un incremento de la liquidez del derecho sin merma de su seguridad, pues el cumplimiento de tal exigencia permite eliminar las asimetrías informativas existentes en el ámbito inmobiliario en relación a la identidad de los titulares y extensión de los *iura in rem* sobre los bienes que se desean adquirir, lo cual es imprescindible para que la inversión de las reglas de protección produzcan el resultado deseado, a saber: incrementar la liquidez del derecho sin merma alguna de su seguridad, o, más precisamente, incrementando, al propio tiempo, la seguridad del propietario.

Ello se consigue mediante la atribución a la inscripción del efecto *fe pública registral* o de *incorporación* del derecho al asiento –en términos similares a la incorporación de los derechos al documento tabular en materia cambiaria-. En virtud de este, en las relaciones *inter tertios*, el derecho existe en los términos en los que aparece reconocido y descrito por los asientos registrales, es decir, por el Estado, sin que puedan afectar a un adquirente a título oneroso y de buena fe circunstancias relativas a la titularidad y extensión del derecho inscrito, distintas de las que consten en la propia inscripción, salvo –pocas- excepciones, las cuales solo pueden establecerse expresamente en una norma con rango de ley. Dicha propiedad normativa, convierte así a la inscripción en un *título valor*, en tanta mayor medida cuanto menos sean las excepciones que imponga la ley al efecto fe pública registral.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Desarrollo esta tesis en MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 703, septiembre-octubre 2007, págs. 2059-2161.

3.4.2.6. La simetría informativa funcional entre los contratantes y la conservación del poder de disposición por el titular registral como efectos derivados de la fe pública registral

Como consecuencia de la abstracción causal *inter tertios* y de la consiguiente inversión de las reglas de protección de los *iura in rem* inmobiliarios, operadas por la fe pública registral, la inscripción produce dos importantes consecuencias adicionales.

3.4.2.6.1. Imposición de simetría informativa funcional entre los contratantes

La primera consecuencia es la imposición de una *simetría informativa funcional* entre transmitente y adquirente. En efecto, al adquirente que reúne los requisitos exigidos no le pueden afectar las vicisitudes causales derivadas de negocios jurídicos precedentes, como consecuencia de la abstracción *inter tertios* que impone la inscripción y que conlleva la protección del adquirente que inscriba su adquisición, mediante una regla de propiedad, frente a las vicisitudes causales precedentes que no consten en la inscripción o que, aun constando, no tengan naturaleza real, salvo que aparezcan garantizadas por alguna garantía real que conste en la inscripción, lo cual incluye los actos dispositivos de su derecho realizados, anterior o posteriormente, por el titular registral a favor de personas que no han solicitado la inscripción.¹⁰⁶

No le pueden afectar, siempre que no las conozca por no constar inscritas en el momento de la adquisición y con independencia de que las conociera o no su transmitente. Si este las conocía no puede utilizar tal información asimétrica en beneficio propio y en perjuicio del adquirente a título oneroso y de buena fe mediante un acto de tráfico.

¹⁰⁶ Hablo de simetría informativa funcional porque el efecto fe pública hace que, en relación a los atributos a los que se refiere, transmitente y adquirente gozan de la misma información, pues nada que no conste en el Registro puede afectar al adquirente, salvo en determinados supuestos si este los conoce.

Esta neutralización de los efectos que pudieran derivarse eventualmente de las asimetrías informativas entre transmitente y adquirente sobre tales extremos hace que ambos, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la igualdad o simetría informativa correspondiente al nivel de información que posee el adquirente, lo que garantiza al adquirente que el transmitente no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que he calificado como *imposición de simetría informativa funcional*¹⁰⁷ –porque la imposición que he descrito genera una situación que funciona como si ambos tuviesen la misma información- es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

3.4.2.6.2. Atribución del poder de disposición al titular registral en relación a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe

La segunda consecuencia explica lo anterior: el titular registral, mientras siga siéndolo, conserva el *poder de disposición*¹⁰⁸ sobre el derecho inscrito, con

¹⁰⁷ Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ.F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, en RCDI, núm. 703, septiembre-octubre 2007, págs. 2068-2070.

¹⁰⁸ Es esta una consecuencia necesaria del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Procede, por ello, revisar la explicación tradicional de que estamos ante un supuesto de *legitimación extraordinaria*. Aunque me extenderé sobre este tema al tratar del mismo en el ordenamiento jurídico español, me parece conveniente avanzar que, en mi opinión, en el ámbito del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario estamos ante un supuesto de legitimación ordinaria, pues el titular registral, mientras siga siéndolo, es el titular real a todos los efectos. El primer adquirente, además, no queda privado de su derecho, sino que, en el conflicto con el segundo adquirente, su adquisición queda protegida por una regla de responsabilidad y la de este con una regla de propiedad, lo que implica que si bien pierde el derecho adquirido en forma específica, lo conserva, en todo caso, en forma de *id quod interest*, sin perjuicio, además, de las consecuencias penales que el ordenamiento pueda introducir para estos supuestos con la finalidad de desincentivarlos. Que el titular registral conserve el poder de disposición mientras siga siendo tal es conforme con la naturaleza jurídica de la inscripción en un Registro de derechos. Que se exija buena fe en el adquirente no es un requisito que esté plenamente justificado o, al menos, con un ámbito tan amplio como el exigido por la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias –pues el primer adquirente sabe a lo que se expone si no inscribe- y, de hecho, no venía exigido por la Ley Hipotecaria de 1861. No obstante, tampoco atenta contra la seguridad del tráfico jurídico exigir que el adquirente que conozca los negocios dispositivos *inter privatos* y que no ha podido inscribir por causas ajenas a su. Para la doctrina tradicional y hegemónica, sin embargo, estamos ante un supuesto de *legitimación extraordinaria*. Véase

independencia de que la legislación confiera o no carácter constitutivo *inter partes* a la inscripción¹⁰⁹. Ello es inevitable, pues ser titular registral en un Registro de derechos significa ser el titular reconocido por el Estado y, por tanto, mientras se ostente esta cualidad, se tiene el poder de disposición sobre el derecho.

Así, si A, titular inscrito, dispone de su derecho a favor de B, y este no inscribe, B será mero titular negocial, pero A seguirá siendo el titular registral, es decir, el titular reconocido por el Estado. Si A vende a C que adquiere de buena fe y a título oneroso e inscribe, C ha adquirido del titular reconocido por el Estado y, a su vez, ha sido reconocido como tal por el Estado, lo cual le confiere el poder de disposición.

Aunque se adquiriera de un titular registral, si no se inscribe el derecho negocialmente adquirido, la adquisición efectuada es meramente *negocial* y, por lo tanto, solo está protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de quien, a su vez, inscriba el derecho negocialmente adquirido a título oneroso y de buena fe.

Ello es así porque la celebración de un negocio jurídico de finalidad traslativa por el titular registral supone el ejercicio de su *ius disponendi*, pero no la extinción del mismo en el sistema del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, como argumentaré más adelante. Esta solamente se produce con la inscripción a favor del adquirente. Por eso,

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T.III, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 535, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 546. Un poco más allá va J. M. GARCÍA GARCÍA J.M. que reconoce que el titular registral tiene la facultad dispositiva respecto de terceros aun cuando no sea titular del derecho subjetivo, mientras el adquirente no inscriba su derecho, lo que puede dar lugar a situaciones conflictivas, pero, por razones de seguridad jurídica y por los principios de legitimación, inoponibilidad y fe pública, no se puede negar esa legitimación dispositiva del titular registral. Véase GARCÍA GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 717.

¹⁰⁹ No hay que confundir el carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción con el hecho de que la abstracción *inter tertios* –el efecto más característico de la fe pública registral– opere también en las relaciones *inter contrahentes -immediate indefeseability-* como sucede en algunas jurisdicciones, en lugar de solamente en las relaciones *inter tertios -deferred indefeseability-*, como sucede en otras jurisdicciones, como la española. La primera modalidad es característica del sistema Torrens, si bien se están introduciendo excepciones, tanto en Australia, como en Nueva Zelanda y en algunos estados de Canadá, concediendo al juez la facultad de decidir si la *indefeseability* opera *inter partes* o no, debido a los numerosos casos de fraude de identidad detectados, especialmente durante la época de las denominadas hipotecas *subprime*. En España, y también en Alemania pese al carácter abstracto del negocio transmissivo y al carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción, la fe pública registral tiene tan sólo eficacia *inter tertios*.

mientras el adquirente no inscriba, su adquisición solo queda protegida por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de quienes sí inscriban. Y este efecto se produce independientemente de que la legislación exija o no la inscripción como requisito de la transmisión *inter partes*. Para ello, basta con que el ordenamiento introduzca el efecto fe pública registral.

Así, una vez inscrito el derecho procedente de un titular registral, mediante un acto de tráfico, a título oneroso y de buena fe, el efecto fe pública registral impone, *inter tertios*, la abstracción causal, e *inter partes*, la extinción del poder de disposición del titular registral que transmitió negocialmente, por lo que el adquirente a título oneroso y de buena fe que inscribe su adquisición, queda protegido por una regla de propiedad también frente a actos dispositivos anteriores o posteriores realizados por su transmitente anterior titular registral. Desde el momento de la inscripción de su derecho, ningún tercer adquirente posterior del anterior titular registral puede alegar buena fe, pues le bastaba con una diligencia mínima para conocer la titularidad reconocida por el Estado: la simple consulta de la inscripción registral.

Por ello, en un Registro de derechos, la inscripción es un título de eficacia universal, en relación a terceros adquirentes –usualmente a título oneroso y de buena fe, como sucede en nuestro sistema- y ello con independencia de que la inscripción sea exigida explícitamente como requisito para que el adquirente quede protegido frente al transmitente con una regla de propiedad.

En efecto, lo característico del Registro de derechos es la fe pública registral, y, una vez introducida esta propiedad normativa de la inscripción e inscrita una propiedad inmobiliaria, para que el adquirente negocial de un titular registral quede protegido por una regla de propiedad frente a los actos dispositivos posteriores del mismo, se requiere que inscriba su adquisición. Es decir, para que el titular registral pierda el poder de disposición se requiere que el adquirente inscriba. En este sentido, la inscripción suministra un título que afecta también al transmitente, aun cuando no sea exigida explícitamente como requisito constitutivo *inter contrahentes*.

En otros términos, una vez introducida la fe pública registral, es indiferente que la legislación imponga o no explícitamente el carácter constitutivo de la inscripción *inter*

partes, es decir, que exija la inscripción para que el adquirente quede protegido por una regla de propiedad frente a los actos dispositivos, anteriores o posteriores realizados por el titular registral que le transmitió negocialmente, pues ese efecto se produce como consecuencia inevitable de la introducción de la fe pública registral.

3.4.2.7. El derecho a conocer el contenido de la inscripción

En segundo lugar, la *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario significa que la identidad del titular reconocido por el Estado como tal, y, por tanto, el titular, puede ser conocida por quien tenga interés legítimo¹¹⁰ *sin consentimiento del mismo*, mediante una simple consulta a la institución del Estado que tiene atribuida la función de realizar tal reconocimiento, y que el conocimiento así obtenido basta para disipar las asimetrías informativas existentes en cuanto a la titularidad, cargas y extensión del derecho, por lo que no debe consultar ni, por lo tanto *temer*, ninguna información que, de existir, podría afectarle si el Estado no realizara esta labor de reconocimiento –lo que es tanto como decir, de atribución o asignación de derechos- mediante la institución creada al efecto.

Por esta razón, HAYEK incluía el Registro de la Propiedad entre las escasas instituciones que, a su juicio, debían quedar incluidas dentro de la esfera estatal, porque facilita “*la adquisición de conocimientos ciertos acerca de hechos de interés general*” y, *por tanto, proporciona medios que los particulares pueden utilizar para sus propios propósitos.*¹¹¹

¹¹⁰ Este derecho a conocer el contenido de la inscripción viene reconocido en el artículo 607 del Código civil así como en los artículos 221 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Dicho derecho se lleva efecto mediante la denominada publicidad formal del Registro, a la que me referiré al y tratar de la misma en el sistema registral español.

¹¹¹ Según HAYEK F.: “*La más importante función, dentro de tal orden de actividades, es el mantenimiento de un sistema monetario eficiente y seguro. Otras funciones de una significación escasamente menor son el establecimiento de pesas y medidas, el suministro de información en materia catastral, el registro de la propiedad, las estadísticas, etc y la financiación y también la organización de cierto grado de instrucción pública*”. HAYEK F., *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 7ª ed.: Madrid, 2006, págs. 306-307.

Es preciso subrayar que para que pueda tener lugar la *publicación* en este segundo sentido, es preciso que tenga lugar la *publicación* en el primer sentido. En otros términos sólo porque tiene lugar la *publicación* del sistema transmisivo inmobiliario en el primer sentido, puede tener lugar la *publicación* en el segundo.

En efecto, la razón por la cual, la simple consulta al Registro de la Propiedad permite conocer la identidad del titular registral –conforme a lo expuesto, el titular real– así como la delimitación del contenido del derecho inscrito es, precisamente, porque un Registro de derechos no tiene por función publicar documentos que contienen actos y/o negocios jurídicos de finalidad traslativa del dominio – que se habrán consumado o no extraregistralmente-, sean o no contradictorios entre sí, sino que el Registro es parte decisiva del proceso de creación del *ius in rem* inmobiliario mediante el sistema de transmisión registral que incorpora el efecto fe pública registral. Como consecuencia de ello, la propia inscripción es el título en las relaciones *inter tertios*, y el acto que protege al adquirente frente al transmitente registral mediante una regla de propiedad en las relaciones *inter contrahentes*.

Si estuviese vedado el acceso al conocimiento del contenido de la inscripción, al menos para quien tenga necesidad de ello o interés en ello, aun con consentimiento del titular, toda la sofisticada tecnología jurídica que la misma incorpora no serviría de nada.

El acceso al conocimiento del contenido de la inscripción es, pues, un medio necesario para que la inscripción pueda cumplir su función, pero no es la función de la inscripción en un Registro de derechos tal y como la he caracterizado anteriormente, pues si la inscripción careciese de sus propiedades normativas, de poco o nada serviría el acceso al conocimiento de su contenido: en tal caso, los problemas cuya solución es imprescindible para que el mercado pueda desarrollarse en el ámbito inmobiliario y para que los inmuebles sean activos económicos –y que del Derecho común se mostraba incapaz de solventar- seguirían sin solucionarse.

Precisamente, la confusión de la función de la inscripción con un medio necesario para que el Registro de la Propiedad –el Registro de derechos- pueda cumplir su función de dotar de seguridad y de liquidez a los *iura in rem* inmobiliarios y la confusión de este medio con el Registro de la Propiedad como tal se halla en la base de la consideración de

este último como un instrumento de publicidad de las situaciones jurídico-reales inmobiliarias, una concepción que ha dificultado sobremanera la adecuada inteligencia tanto de la función de la inscripción como la del Registro de la Propiedad como tal.¹¹²

3.5. Consecuencias

3.5.1. La conversión, operada por la inscripción dotada de fe pública registral, de las titularidades sobre los *iura in rem* inmobiliarios en *bienes de búsqueda*

La impersonalidad propia del mercado implica escasez de conocimiento en relación a atributos básicos de los bienes que se desean adquirir así como de los derechos recayentes sobre los mismos, lo cual supone un aumento de las incertidumbres que deben ser despejadas para poder contratar. En efecto, tales incertidumbres suponen un obstáculo decisivo para que propiedad y contrato puedan cumplir una de las funciones que les son propias: la reasignación eficiente de recursos. Ello exige vencer dichos obstáculos para poder franquear el camino a la contratación.

Es la *publificación* del sistema de transmisión de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, en los dos sentidos expuestos, posibilitada por la intervención directa del Estado en el sistema transmisivo de bienes inmuebles, la que hace que tales derechos dejen de ser *bienes de experiencia* – bienes cuya calidad no puede ser comprobada por el adquirente antes de la adquisición, sino tan sólo después- o *bienes de confianza* – aquellos cuya calidad sólo es posible conocerla a muy largo plazo e, incluso, en el límite, nunca llega a conocerse-, para convertirse en *bienes de búsqueda* – aquellos cuya calidad puede ser comprobada antes de la adquisición, si se dedican recursos para ello ¹¹³-, en relación

¹¹² Desarrollo más ampliamente esta tesis en MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titularidad registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*.ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

¹¹³ La calidad de un vehículo o de pastel, por ejemplo, sería un bien de experiencia. Un servicio médico o la reparación de un automóvil, por ejemplo, sería un bien de confianza. Sin embargo, la calidad de los servicios financieros sería un bien de búsqueda. Los conceptos de bienes de búsqueda y de experiencia fueron formulados por NELSON y el de bienes de confianza por DARBY y KANI. Véase NELSON P.,

a la identidad de los titulares de los *iura in rem* inmobiliarios así como a la delimitación jurídica de tales derechos.

Esta transformación opera como instrumento para conseguir la liquidez de tales derechos sin merma de su seguridad, por la sencilla razón de que permite eliminar las asimetrías informativas existentes en un entorno de contratación impersonal en relación a la identidad de los titulares, la existencia de cargas y la extensión del derecho que se desea adquirir.

3.5.2. La superación del conflicto entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* inmobiliarios

Esta intervención normativa –derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada- e institucional –introducción del Registro de derechos- del Estado consigue la superación del conflicto entre seguridad y liquidez de los *iura in rem* en el ámbito inmobiliario y, por lo tanto, que los mismos sean, al propio tiempo, más seguros y más líquidos.

El derecho es más seguro, en primer lugar, en relación a las incertidumbres retrospectivas propias de una sociedad impersonal gobernada por las normas del Derecho común. Si el dueño reúne las condiciones para ser un titular protegido por la fe pública registral, se halla protegido frente a las mismas por una regla de propiedad, mientras que en el ámbito del Derecho común lo estaría sólo por una regla de responsabilidad.

Information and Consumer Behavior, en *Journal of Political Economy*-JPE-, vol. 78, 1970., pp .311-329. Asimismo, DARBY, M.R., y KARNI E., *Free Competition ant the Optimal Amount of Fraud*, *Journal of Law and Economics*, vol 16, abril, 1973, págs. 67-88. En nuestro caso la calidad de la titularidad y de las cargas recayentes sobre un inmueble serían un bien de experiencia, o, a lo sumo de confianza, en presencia de un registro de documentos complementado con un seguro de títulos. En efecto, dicho registro no tiene por finalidad facilitar titularidades sino hacer oponibles documentos, y, respecto del seguro, no podemos estar seguros de que la investigación retrospectiva esté bien hecha. En presencia de un Registro de derechos, tales atributos quedan convertidos en bienes de búsqueda como consecuencia de la in versión de las reglas de protección operada por el mismo. Basta con tener conocimiento del contenido de la inscripción.

Ciertamente, el titular registral pierde la acción reivindicatoria en relación a un tercer adquirente que reúna los requisitos necesarios para ser protegido por la fe pública registral, incluso en caso de fallo del sistema registral. Ahora bien, las probabilidades de que ello suceda son mínimas, pues el Estado, a través del Registro conoce la identidad del titular reconocido por él -y, por lo tanto, el verdadero titular- y la ley le obliga a rechazar cualquier acto dispositivo realizado por persona distinta del mismo. En el caso de que sucediera, el sistema registral debe indemnizar al titular registral despojado, o, en otros términos, su *ius diponendi* queda protegido por una regla de responsabilidad, en lugar de por una regla de propiedad. Pero no solo por una regla de responsabilidad: la arquitectura del sistema registral de derechos está dirigida a evitar que tal siniestro pueda acaecer, pues no solo es un sistema de prevención genérica sino también específica. Se trata, por tanto, de una regla de responsabilidad reforzada.

El derecho también es, al propio tiempo, más líquido, pues la conversión de la titularidad y extensión de los *iura in rem* sobre bienes inmuebles en *bienes de búsqueda*, como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción, hace innecesarias las investigaciones retrospectivas, imprescindibles en el ámbito del Derecho común, las cuales son costosas, en términos explícitos –dinero- e implícitos –tiempo-, y de resultados siempre inseguros – lo que suele obligar, además, a suscribir la correspondiente póliza de seguro-, como consecuencia de que, bajo el Derecho común, las titularidades y la extensión de los *iura in rem* inmobiliarios son bienes de experiencia o, a lo sumo, de confianza.

Bajo el Registro de derechos, para evitar riesgos retrospectivos, basta con adquirir del titular registral, e inscribir la adquisición del derecho adquirido negocialmente del titular registral, lo que es menos costoso tanto en términos explícitos –dinero- como implícitos- tiempo-, que las investigaciones retrospectivas exigidas por las reglas del Derecho común, y, además, más seguro, lo que evita la necesidad de suscribir pólizas que cubran tales extremos.¹¹⁴

¹¹⁴ Sobre los costes de los seguros de títulos y el funcionamiento de la industria aseguradora, así como sobre el papel de esta bajo un registro de documentos y bajo uno de derechos, véase ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Palestra (Perú), 2004, págs. 225-253.

3.6. Evolución histórica de los sistemas de transmisión a título oneroso

La evolución institucional descrita es fruto de la evolución histórica, la cual obedece a la racionalidad subyacente de facilitar los intercambios sin disminuir la seguridad de las titularidades inmobiliarias, pues los intercambios son la savia de la economía de mercado. Gracias a ellos, aumenta la especialización, la cual genera una interdependencia recíproca cualitativamente mayor que la existente en una economía de subsistencia, en la cual la función de los intercambios es residual, pues se compone de unidades autárquicas de producción y de consumo.

Para que la especialización produzca sus efectos beneficiosos -aumento de la productividad y, por tanto, del bienestar, entendido como incremento de la renta-, se requiere facilitar los intercambios sin disminuir, por ello, la seguridad de los propietarios.

Entre agilidad o liquidez de las transacciones, de un lado, y seguridad de las titularidades, de otro, no hay dilema alguno en el contexto propio de una economía de subsistencia, un contexto de contratación personal con información completa -o incompleta solo en el margen- por lo que se refiere a la información necesaria para perfeccionar los intercambios y, en ese sentido, próxima al modelo walrasiano estándar neoclásico de mercado perfectamente competitivo.

Sin embargo, en una economía de mercado, cuya savia son los intercambios recurrentes entre personas que no se conocen entre sí, sí existe un dilema entre seguridad de las titularidades y agilidad o liquidez de las transacciones, debido a la existencia de información incompleta y asimétricamente distribuida entre transmitentes y adquirentes.

La existencia de este déficit asimétrico de información relevante para que el intercambio tenga lugar genera costes para la obtención de la información necesaria, los cuales están en la base de los denominados costes de transacción. Cuanto mayor es la especialización, la variedad y la complejidad subsiguiente de las transacciones así como su carácter impersonal, en mayor medida aumentan los costes transaccionales. Ello exige la generación de soluciones institucionales que reduzcan tales costes a un nivel lo más

bajo posible y, en todo caso, menor que el nivel al que se llegaría de no existir tales instituciones, lo que constituye la razón última que justifica su existencia.

La evolución del intercambio personal al impersonal produce inevitablemente un incremento de los costes transaccionales por las razones expuestas, pero, al propio tiempo, tiene lugar una reducción de los costes de producción en mayor medida que el incremento de los primeros, lo que es responsable del dramático crecimiento de las economías modernas. *Coeteris paribus*, esta diferencia será más acusada cuanto más contengan los costes transaccionales las instituciones generadas con esa finalidad.

Tales instituciones deben, al menos, paliar la tensión existente entre agilidad o liquidez de las transacciones, de un lado, y seguridad de las titularidades, de otro. Esta reducción de la tensión se consigue mediante la introducción de los registros de documentos. Pero también se puede superar dicha tensión, consiguiendo, simultáneamente, que las transacciones sean más ágiles y las titularidades más seguras. La institución que lo permite es el Registro de derechos, el cual se convierte, así, en un sofisticado instrumento reductor de costes de transacción y, por lo tanto, creador de capital.

El objetivo final de este estudio consiste en comprender la función del Registro de derechos dentro del sistema transmisivo inmobiliario y, concretamente, del Registro de la Propiedad español dentro del sistema transmisivo del ordenamiento jurídico español, más concretamente, del sistema transmisivo de los artículos 609 y 1095 del Código civil, conocido como teoría del título y el modo.

Para ello, partiendo de la racionalidad subyacente expuesta, es necesario realizar un análisis histórico de la evolución de los sistemas transmisivos inmobiliarios en Derecho romano y de su evolución posterior hacia los sistemas transmisivos del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, del *Code civil* francés y del Código civil español, en este último caso, el sistema transmisivo de la teoría del título y el modo.

También será necesario hacer una referencia, desde la óptica de la racionalidad subyacente expuesta, a la evolución de la cesión de créditos así como de la transmisión de bienes muebles, especialmente de mercaderías. Al tratarse de una evolución

institucional menos compleja, fue más temprana, por lo que influirá notablemente en la evolución institucional posterior de los sistemas de transmisión inmobiliaria cuando, tras el fin del Antiguo Régimen, se produzca la liberación de la propiedad de la tierra, esta sea libremente transmisible y, además, por influjo de la fisiocracia, se pretendan atraer capitales a la agricultura -también para la construcción de ferrocarriles-, lo que exige que la tierra pueda servir de garantía crediticia. Para ello, será necesario que las titularidades sean seguras y fácilmente transmisibles.

4. Evolución de los sistemas de transmisión en el Derecho romano

4.1. Mancipatio

Hasta que Justiniano suprimió la distinción, los romanos distinguieron entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. Las primeras podían adquirirse por *mancipatio* y por *in iure cessio*, pero no por *traditio*. Las segundas por *in iure cessio* y por *traditio*, pero no por *mancipatio*. El pretor admitió posteriormente, por razones prácticas, la adquisición de las *res Mancipi* por *traditio*, modo de adquisición que se generalizó posteriormente, hasta que, finalmente, Justiniano suprimió la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y “espiritualizó” -más bien simplificó- la *traditio*.

La distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* es propia de una economía agraria, con una producción dirigida más a la subsistencia que al intercambio. Son *res Mancipi* los fundos itálicos, los animales de tiro y carga, los esclavos y las más antiguas servidumbres rústicas, es decir, las de paso y las de *aquaeductus*. La *res Mancipi* tiene en común el concurrir a satisfacer las necesidades de una explotación agraria¹¹⁵. Todas las demás cosas son *res nec Mancipi*.

En una economía agraria y de subsistencia, la *res Mancipi* era la más valiosa, con mayor vocación de permanencia en el patrimonio familiar que las demás, que tenían mayor vocación de cambio. Por ello, D’ORS¹¹⁶ equipara la primera a los bienes de heredad, que pasan de padres a hijos y se mantienen en el seno de la familia, y las segundas a los bienes de ganancia.

¹¹⁵ MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 85.

¹¹⁶ D’ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág 211.

Una economía así, con tan bajo nivel de especialización, es muy poco productiva y, por lo tanto, se compone de unidades poco pobladas y en la que los intercambios de tal tipo de bienes son escasos y sometidos a formalidades públicas.

Según ARANGIO-RUIZ¹¹⁷ el rígido formalismo de la *mancipatio* -y de la *in iure cessio* -correspondía a un mundo en el que la familia era un organismo cerrado de producción y de consumo y, por ello, rarísimos los cambios, mientras que el recurso al crédito era tan sólo la *última ratio* de quien, en la lucha por la existencia, estaba próximo a sucumbir. Se trataría, por lo tanto, de formas transmisivas correspondientes a un contexto de transacciones escasas y, normalmente, entre personas conocidas.

Ambas características permiten formular la hipótesis de que las asimetrías y, por lo tanto, las incertidumbres existentes en cuanto a titularidades y cargas en relación a la *res Mancipi* eran residuales.

4.1.1. La *mancipatio* antes de la aparición de la moneda acuñada: un acto solemne y abstracto que agotaba en sí mismo el proceso transmisivo de las *res Mancipi*

El sistema adquisitivo de tal tipo de bienes es, sobre todo, la *mancipatio*. La formalidad y la solemnidad del acto, la participación en el mismo de una serie de personas, así como su celebración en la plaza pública¹¹⁸, iban dirigidas no solamente a que existiese una prueba *inter partes* de la transacción realizada, sino también a dificultar que pudiese disponer de tales bienes quien no era dueño de ellos, así como a que existiese conocimiento de la misma por parte de los diferentes miembros de la unidad de población, cuyas mentes se convertían en auténticos registros de derechos, lo que evitaba el nacimiento de asimetrías informativas y, de ese modo, contribuía a mantener la situación de información completa o incompleta solo en el margen en relación a las titularidades inmobiliarias y cargas preferentes.

¹¹⁷ ARANGIO-RUIZ V. *Historia del Derecho Romano*. ed. Reus, Madrid, 1994, págs. 84-85. MOUSOURAKIS G., *Fundamentals of Roman Private Law*, ed. Springer, 2012, págs. 128-129.

¹¹⁸ ARANGIO-RUIZ V *Historia del Derecho Romano*, ed. Reus, 1994, pág. 405.

Ello revestía una gran importancia a diferentes efectos, entre otros, a efectos de terceros que en el futuro quisieran realizar algún tipo de transacción sobre una *res Mancipi*, especialmente si se trataba de un fundo itálico¹¹⁹. En este sentido, GALLO¹²⁰ sostiene que la intervención de testigos en la *mancipatio* tenía por finalidad la tutela del adquirente, pues dificultaba que un no dueño pudiese hacerse pasar por tal y, además, facilitaba la prueba de la existencia de la *mancipatio* y, en consecuencia, el ejercicio de la *actio auctoritatis* por el *mancipio accipiens*. Para NICHOLAS, la presencia de testigos era necesaria no tanto para probar que el acto había tenido lugar como para dotarlo de una publicidad tal que todo defecto del título, que en una sociedad pequeña, probablemente era conocido por los testigos, pudiese ser investigado inmediatamente¹²¹.

En la época primitiva, la *mancipatio* era una compraventa real, no simulada, con pago inmediato, en la que el precio era un trozo de metal, cuya medida era el peso, pues aún no había moneda acuñada. Sólo podían adquirir la propiedad civil mediante *mancipatio* los ciudadanos romanos, los *latini*, y los *peregrini* con *commercium*.

¹¹⁹ Algunos autores, sin embargo, consideran que tales formalidades están más ligadas con la idea de solemnidad que con la de publicidad, aun cuando impliquen una cierta publicidad. Así, SANZ FERNANDEZ A, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, T. I, ed. Reus, Madrid 1947, pag. 45, alega dos razones para ello: 1) Todas ellas son formas constitutivas de la transmisión real, dirigidas a este fin en el momento mismo de nacimiento del derecho; pero no van dirigidas a darle publicidad durante su existencia, ni mucho menos aún a buscar la garantía de terceros ni del tráfico; 2) la circunstancia de aplicarse solo a las *res Mancipi* permite explicar estas formalidades públicas como un recuerdo de la primitiva comunidad de la familia o de la tribu, como reminiscencia de un tiempo en que fuera preciso el consentimiento de la colectividad para la enajenación de la cosas. En esta misma línea, CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 30, según la cual, si la exigencia de tales formalidades obedeciera a la preocupación de hacer públicas las transmisiones, no se justifica que la evolución posterior consecuencia de la expansión del Imperio Romano no se haya dirigido a un robustecimiento de los mecanismos de publicidad, dado que, como ha señalado ARANGIO-RUIZ V.-en *Instituzioni de Diritto romano*, ed. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1984, pág. 226-, la publicidad que engendraban la *mancipatio* y la *in iure cessio* no podía tener eficacia en un vasto ambiente como el de la Italia de Augusto o el *orbis romanus* en tiempos de Caracalla. Por el contrario, lejos de robustecerse la exigencia de publicidad, se pasa a la clandestinidad más absoluta a través de la generalización de la *traditio* como modo de adquirir y de su progresivo proceso de espiritualización. La escasa preocupación de los jurisconsultos romanos por la necesidad de que las transmisiones se hicieran públicas ha influido en gran medida en la construcción del Derecho patrimonial romano. Así, la dificultad de prueba del derecho de propiedad incide de forma notable en la inexistencia de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad y en la brevedad de los plazos para adquirir por usucapión.

¹²⁰ GALLO F., voz "*Publicità (Diritto romano)*", Enciclopedia dei Diritto, XXXVII, ed. Giuffrè, Milán, 1988, pág. 967. Así, la presencia de vecinos prescrita por Constantino para las ventas inmobiliarias se exigía para garantizar al comprador que el vendedor era el verdadero dueño de la cosa. Mas extensamente en GALLO F., *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, ed. Apollinaris, Roma, 1957.

¹²¹ NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 1962, pág. 262.

Por esa razón, intervenía en el acto un *libripens*, portador de la balanza precisa para el pago del precio y, además, cinco testigos, ciudadanos y púberes. El adquirente – *mancipio accipiens*- debía tocar la cosa que compraba o algo que la representase -una teja cuando se trataba de una casa, un pedazo de tierra si el objeto era un fundo rústico- pronunciando, al mismo tiempo, una fórmula solemne de la que resultaba que la cosa la hacía suya, en virtud del precio que pagaba: “*aio hanc rem team esse ex iure Quiritium, eaque mihi empta esto hoc aere aneque libra*”. Después, echaba el cobre sobre la balanza del *libripens*. En cada caso concreto, el *mancipio accipiens* debía sustituir las palabras *hanc rem* por la indicación precisa de la cosa objeto de la venta. Salvo esta modificación, no podía alterar en lo más mínimo la fórmula. Una vez cumplidas estas formalidades el *mancipio accipiens* devenía propietario –en la medida en la que lo fuera el *mancipio dans*-, sin consideración alguna a la verdadera voluntad de las partes.

En esta época no hay venta, por un lado, y *mancipatio*, por otro, sino que, como afirma ARANGIO-RUIZ¹²², la venta en el Derecho antiguo fue la *mancipatio*, la cual abarcaba tanto el acuerdo sobre el intercambio, como las inmediatas atribuciones sobre la cosa y el precio. El simple trueque de la *res Mancipi* por el precio no producía ningún efecto traslativo del dominio quiritario, ni tampoco podía generar obligaciones, las cuales sólo nacían a través de la *stipulatio* que, a su vez, también era un acto formal. El carácter dispositivo hay que predicarlo, por tanto, de la *mancipatio* y no de una voluntad de transmitir, la cual, sin forma, simplemente no producía efectos. Como afirma CUENA CASAS¹²³, no hay venta, por un lado y *mancipatio*, por otro, sino únicamente *mancipatio*, la cual implica un cambio efectivo e inmediato de cosa y precio.

En esta fase inicial no hay distinción entre venta y modo de adquirir, sino que el tráfico jurídico se desarrolla de diferentes formas, a través de los medios de transmisión. Por ello, en puridad, no cabe hablar de la venta como negocio de disposición que transmite inmediatamente la propiedad, sino que más bien la formalidad imperante

¹²² ARANGIO-RUIZ V., *Instituzioni de Diritto romano*, ed. Dott. Eugenio Jovene Nápoles, 1984, págs. 200 y 237.

¹²³ CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 55-56.

absorbió toda distinción entre venta y acto de disposición, realizándose el tráfico por medio del *cambio formal*, que era, en definitiva, en lo que, al parecer, consistió la primitiva *mancipatio*.

4.1.2. La *mancipatio* tras la aparición de la moneda acuñada: la separación entre el negocio obligatorio y el negocio de disposición

La aparición de la moneda acuñada determinó la transformación de la naturaleza jurídica de la *mancipatio* la cual dejó de ser una compraventa real para convertirse en una *imaginaria venditio*, pues, desde ese momento, el peso del metal quedó reducido a una *ficción*. Así, en la época clásica, el dinero –*pecunia*- que intervenía como precio real no debía figurar en el acto mismo, sino un precio simbólico, una sola moneda –*mancipatio nummo uno*-¹²⁴. De este modo, el precio real no figuraba en la *mancipatio*, incluso podía faltar, con lo que la *mancipatio* dejó de ser una compra real para convertirse en una forma de adquirir la propiedad por cualquier *causa* -compraventa, donación, pago-, derivando su energía traslativa, como observa MIQUEL¹²⁵, del cumplimiento de una forma, pero no de una *iusta causa*, pues la *mancipatio*, como tal, estaba desconectada de la misma, lo que la convirtió en un negocio dispositivo abstracto en el sentido de que se hallaba desconectado de su causa. Este hecho, permitió comenzar a distinguir entre negocios obligatorios y negocios dispositivos y, a la vez, configurar la compraventa como un negocio consensual y obligatorio.

A ello contribuyó, además de la aparición de la moneda acuñada, tal y como observa ARANGIO-RUIZ¹²⁶, el hecho de que las necesidades del comercio exigieron,

¹²⁴ D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989. pág. 215. VOLTERRA E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 43, sin embargo, afirma que muchos autores sostienen que el *mancipio accipiens* debía declarar en la *mancipatio* el precio por el que hacía la adquisición y, en el caso de que la transferencia de la propiedad fuese hecha a título gratuito, que el precio consistía en un solo sextercio (*nummo uno*).

¹²⁵ MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 179.

¹²⁶ ARANGIO-RUIZ, V. *La compravendita in Diritto romano*. ed. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1956, pág. 16.

o más bien impidieron, la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones en que consistía la primitiva venta manual. Así, la extensión del Imperio y, por lo tanto, el incremento de las relaciones comerciales entre ciudadanos y peregrinos evidenciaron la necesidad de la venta a crédito¹²⁷, en la cual no hay unidad de acto formal entre la entrega de la cosa y el pago del precio, por lo que las partes se obligan a la entrega de la cosa y del precio, y, por lo tanto, como señala GIRARD¹²⁸, a hacer no una venta traslativa de la propiedad, que es propia de la teoría de los modos de adquirir, sino una venta obligatoria, que pertenece a la teoría de los contratos.

Se produce así, por primera vez, la separación entre el negocio obligacional y el negocio de disposición, hasta el punto de que llega a discutirse si el vendedor de una *res Mancipi* está obligado a realizar la *Mancipatio*, cuestión ante la cual la mayoría de la doctrina opina afirmativamente, sobre la base del siguiente pasaje de GAYO (Instituciones, IV, 131.a): “*Si, por ejemplo, ejercitamos la acción de compra para que mediante la Mancipatio se nos entregue en propiedad un fundo, debemos hacer figurar la siguiente prescripción: “El litigio versa sobre la obligación de Mancipar”, con objeto de que después, si en su caso queremos que se nos entregue la libre posesión, podamos utilizar la misma acción contra el deudor”(....).*” Como observa CUENA CASAS¹²⁹, semejante problema no se planteó en el Derecho justiniano en el que, abolida la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, el único acto traslativo que se conoce es la *traditio*, a la que sí estaba obligado el vendedor.

4.1.3. Las nuncupationes: su alcance *inter tertios*

El *Mancipatio* podía realizar durante la *Mancipatio* determinadas declaraciones solemnes para determinar condiciones de la cosa enajenada conocidas con el nombre de

¹²⁷ GARCÍA GARRIDO M.J, *El comercio, los negocios y las finanzas en el Mundo Romano*, ed. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 81-91.

¹²⁸ GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Ed. A. Rousseau, Paris, 1929, pág. 569.

¹²⁹ CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch Editor S.L, Barcelona, 1996, pág. 64.

nuncupationes, a las que la Ley de las XII Tablas (6.1) concedía eficacia jurídica –*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*-. Así, por ejemplo, podía reservarse un usufructo sobre la cosa enajenada –*deductio*-, o podía declarar que el fundo era transmitido *uti optimus maximus*, esto es, que estaba libre de servidumbres. Mientras D’ORS¹³⁰ no se pronuncia sobre el alcance –obligatorio o real- de tales declaraciones, VOLTERRA¹³¹ les concede una eficacia obligatoria entre *mancipio dans* y *mancipio accipiens*.

Lo cierto es que tales declaraciones estaban dotadas de eficacia jurídica y el alcance de esta, probablemente, dependía del tipo de declaración. Así, por ejemplo, si era un usufructo mediante *deductio*, probablemente tal declaración estuviese protegida por una *actio in rem*, mientras que la declaración *uti optimus maximus* probablemente lo estaba por una *actio in personam*.

De ser así, las *nuncupationes* eliminarían, al menos parcialmente, la pretendida abstracción de la *mancipatio*, tanto *inter partes* –respecto de las *nuncupationes* protegidas solo por una *actio in personam*- como *inter tertios*, respecto de las *nuncupationes* protegidas por una *actio in rem*.

4.1.4. La responsabilidad por *auctoritas* como precedente de la responsabilidad por evicción en la compraventa –*emptio venditio*–

De la propia estructura de la *mancipatio* se derivaba también una consecuencia que, según D’ORS¹³², debió considerarse fundada en una suposición de delito: la responsabilidad del vendedor –*auctor*– para el caso de que el *mancipio accipiens* resultara

¹³⁰ D’ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989. pág.214.

¹³¹ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 344.

¹³² D’ORS A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989. pág. 214.

vencido *-evictus-* en una reivindicatoria dirigida contra él por el verdadero propietario o por un titular de derecho real sobre la cosa adquirida¹³³.

Aunque el *mancipio dans* hubiese actuado de buena fe, debía asistir en este proceso al *mancipio accipiens*, y si este era vencido se daba contra el *mancipio dans* una *actio auctoritatis*¹³⁴, de origen penal según D'ORS, para que pagara el doble del metal que había intervenido en la pesada del *libripens*¹³⁵. También procedía la *actio auctoritatis* para el caso de que el *mancipio dans* se negase a prestar asistencia en tal juicio al *mancipio accipiens*¹³⁶. Esta responsabilidad, entre ciudadanos romanos, duraba todo el tiempo necesario para adquirir por usucapión, que, inicialmente, era de dos años para la *res Mancipi* y de un año para las demás¹³⁷, y, respecto de extranjeros con *ius commercii*, que no podían adquirir por usucapión, tal responsabilidad no se extinguía – *adversus hostem aeterna auctoritas esto*, decía la Ley de las XII Tablas-¹³⁸. La *actio auctoritatis* es, así, el precedente de la responsabilidad por evicción en la compraventa.

¹³³ CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 76, la extiende al titular de otro derecho real sobre la cosa que triunfe en juicio.

¹³⁴ Como afirma CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 76, nota 170, el problema de la *actio auctoritatis* constituye uno de los enigmas sin resolver por la doctrina romanista, entre otras razones por la carestía de fuentes fidedignas. Por ello, en todo lo relativo a la *actio auctoritatis*, así como, en realidad, en todo lo relativo al Derecho romano en general nos movemos en un terreno resbaladizo.

¹³⁵ Asimismo, si se había declarado la medida del fundo, y esta no respondía a la realidad, el comprador podía ejercitar la *actio de modo agri*, para obtener el doble del valor de la diferencia. VOLTERRA E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pág. 343, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 343.

¹³⁶ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 76.

¹³⁷ El tiempo requerido para la usucapión fue incrementándose conforme aumentó el tamaño del mercado, debilitándose la fuerza de la publicidad de las formas litúrgicas de transmisión y, por tanto, aumentando las incertidumbres, lo que implicaba que los potenciales reclamantes necesitaban más tiempo para poder tener noticia de la transmisión de algo que, en su opinión, les pertenecía. Así, en tiempos de Justiniano, se requerían 3 años para la usucapión de bienes muebles, la *longui temporis praescriptio* se convirtió en la única forma de usucapión de la tierra y la *longissimi temporis praescriptio* fue introducida para los adquirentes de buena fe de cosas que habían sido robadas, inicialmente excluidas de la posibilidad de adquisición por usucapión. NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 1962, pág.128.

¹³⁸ GAYO, *Instituciones*, II. 42. En el Derecho justinianeo desaparecida la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, y para aproximar la *usucapio* –institución de *ius civile*- al *longi temporis praescriptio* – aplicable a las provincias y cuyos plazos eran 10 años entre presentes y 20 entre ausentes- se ampliaron los plazos para adquirir por *usucapio*: tres años para bienes muebles, y para bienes inmuebles diez o veinte años, según fuera entre presentes o entre ausentes. Convive, además, con la *longissimi temporis*

Parece que la responsabilidad por *auctoritas* del *mancipio dans* es un elemento esencial –no excluible por pacto, en consecuencia- de la *mancipatio*, ya en el Derecho romano primitivo, debido, probablemente, al origen penal de la misma sugerido por D’ORS. Ello indicaría dos cosas.

En primer lugar, la existencia de asimetrías informativas relevantes, ya en esa época, asimetrías que se intentaban neutralizar *ex post* mediante una acción sancionadora de las mismas como era la *actio auctoritatis*, así como *ex ante* mediante la exigencia de la *mancipatio* –y de la *in ure cessio*- para la adquisición de la *res Mancipi*, la cual exigía la intervención de testigos y, probablemente, se celebrase en la plaza pública.

En segundo lugar, no se exige el poder de disposición en el *auctor* para la validez de la *mancipatio*. Si no es el *verus dominus*, o, en general, el legitimado para disponer, debe responder por ello, asistiendo al *accipiens* y, abonando, en su caso, el duplo de la cantidad recibida. No obstante, la posesión así transmitida sirve para que el *mancipio accipiens*, si es ciudadano romano, pueda iniciar una *usucapio*.

El *mancipio accipiens* no podía ejercitar la *actio auctoritatis* cuando descubriera que el bien no era propio del *mancipio dans* sino solo cuando se iniciara una *vindicatio* contra él por quien alegara ser *verus dominus*. Por ello, como sostiene CUENA CASAS¹³⁹, no se puede afirmar que el fundamento de la *auctoritas* fuera la falta de producción del resultado traslativo, sino que era necesario que se produjera una privación jurídica, característica de la que participarán posteriormente las estipulaciones de garantía.

La responsabilidad por *auctoritas* se extiende durante todo el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, lo que revela que esta, la *usucapio*, es el modo más seguro de adquisición. Aquí, y a los efectos de este trabajo, resulta muy iluminadora la

praescriptio cuyo plazo era de 30 años sin justo título. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág 340.

¹³⁹ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 80.

siguiente observación de DE VISSCHER¹⁴⁰: el *mancipio accipiens*, cuando no ha transcurrido el tiempo necesario para consumir la usucapión, no puede alegar una adquisición mediante un *título público* - esto es producto de una declaración de una autoridad pública y, en ese sentido, estatal- y, en consecuencia, ante la reclamación de un tercero, no le queda otra opción que acudir a su *título privado*, que no es otro que la *mancipatio* respaldada por la *auctoritas* del transmitente, que es el garante de su adquisición.

Esta distinción entre título público y título privado de adquisición formulada por DE VISSCHER resulta fundamental para entender la función de los registros de derechos que se desarrollarán siglos después en algunas jurisdicciones europeas.

Este hecho pone de manifiesto algo fundamental en materia de derecho de propiedad: mientras no hay un pronunciamiento de la autoridad pública con efectos *erga omnes*, no se es propietario en sentido estricto, sino tan solo poseedor, pues cualquier otro procedimiento sólo puede declarar un *maius ius* que el del reclamante concreto, pero no que el de cualquier reclamante potencial, lo que sólo es posible, en Derecho romano, mediante la declaración pública de haber adquirido por *usucapio*. Dado que los extranjeros no podían adquirir *por usucapio*, no podían tener un título público de propiedad, es decir, en rigor, no podían ser propietarios.

4.1.5. El progresivo desarrollo de la forma escrita *ad probationem* de la *mancipatio*

A pesar de que la escritura no formaba parte de la *mancipatio*, ya desde época antigua se acostumbraba a redactar *ad probationem* un documento que daba fe de que la *mancipatio* se había realizado, a fin de facilitar el recuerdo de los testigos presenciales. Tal documento, sin embargo, no era ningún requisito *ad substantiam*, pues el efecto jurídico de la *mancipatio* derivaba exclusivamente del rito descrito.

¹⁴⁰ DE VISSCHER F., *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1933, págs. 611 ss.

En algunas provincias orientales, sin embargo, de acuerdo con las concepciones locales, existía la tendencia a atribuir al documento escrito no sólo el valor de prueba de la ejecución del acto oral, sino a considerarlo forma *ad substantiam*, teniendo el efecto de transferir la propiedad por sí solo. Contra esta tendencia reaccionaron a menudo las constituciones imperiales, que reafirmaban los principios romanos¹⁴¹.

La *mancipatio* desapareció definitivamente en el Derecho justiniano con la supresión de la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*.¹⁴²

En todo caso el ceremonial público de la *mancipatio* devino progresivamente insuficiente para contener las crecientes asimetrías informativas -esto es, las incertidumbres derivadas de una falta de información asimétricamente distribuida entre compradores y vendedores sobre titularidades y cargas- conforme el mercado se iba expandiendo. Como sostiene NICHOLAS¹⁴³, los seis participantes en la *mancipatio*, si bien son adecuados para una comunidad pequeña, podían no ser impedimento alguno para el secreto de la transacción en una sociedad tan extensa como la Roma Imperial

¹⁴¹ VOLTERRA E. *Istituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs.343- 345, se basa para ello en unas tablillas encontradas en Transilvania, que parecen remontarse al siglo I d.C., ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano*, ed. Reus, 5ª ed., Madrid, 1994, págs. 405-411, pone de manifiesto que los notarios provinciales, al no poder oponer abiertamente sus concepciones propias al Derecho Imperial, trataron de hacerlas pasar bajo la apariencia de una falsa romanidad. Aprovechando el hecho de que los propios romanos acostumbraban a redactar un documento que les sirviese para redactar la *mancipatio* –así como otros negocios jurídicos-, con el objeto exclusivo de facilitar la futura prueba, estos notarios continuaron redactando sus documentos de acuerdo con los usos locales, pero añadiéndoles, al final, que se referían al cumplimiento de las formalidades romanas, llegándose de este modo, por ejemplo, a establecer una falsa ecuación entre la *mancipatio* romana y la “*xatagrafé*” helénica, documento notarial de compraventa con la transmisión simultánea de la propiedad. Algo parecido sucedió con la *traditio*, dando lugar a la aparición de la *traditio per chartam*.

¹⁴² VOLTERRA, *Ibidem*, señala que fuentes documentales tardías –los papiros de Rávena y los pergaminos de Piacenza- prueban el uso del término *mancipatio* en fórmulas notariales de los siglos VI y VII y también en la época de los francos.

¹⁴³ NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 1962, pág. 104.

4.2. *In iure cessio*: la adquisición de *res Mancipi* – y *nec Mancipi*- mediante *addictio* del magistrado

4.2.1. Una *vindicatio* simulada

El otro medio de adquisición *inter vivos* de la *res Mancipi* era la *in iure cessio*, aplicable también a la *res nec Mancipi*, a diferencia de la *Mancipatio*.

Como observa VOLTERRA¹⁴⁴, los romanos se sirven del antiguo procedimiento de reivindicación de la propiedad –que, originariamente, tenía el fin de hacer valer la propiedad de la cosa frente a un poseedor injusto-, para obtener, a través de él, la transferencia de la propiedad de un sujeto a otro.

Se trata de un proceso aparente –una *lis imaginaria*-, cuyo rito aparece descrito por GAYO (2, 24) y por ULPIANO (19, 9-10). El enajenante y el adquirente se presentan ante el magistrado –en Roma, el *pretor* y en las provincias el *praeses*-. Allí, el adquirente, siguiendo el procedimiento de la *legis actio sacramento in rem*, pronuncia, teniendo en su mano la cosa o una señal de esta, la siguiente declaración: *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio* –esta cosa me pertenece por Derecho civil-, realizando a continuación la ceremonia de la *vindicatio*¹⁴⁵. El magistrado, a continuación, pregunta al propietario

¹⁴⁴ VOLTERRA E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pág. 343, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 344.

¹⁴⁵ El demandante (adquirente) y el demandado (transmitente) comparecían en juicio ante el magistrado llevando la cosa objeto de controversia (si se trataba de una cosa inmueble o de cosa que no podía transportarse *sine incommodo*, sólo se llevaba una parte; así, si se reivindicaba una columna, se llevaba un trozo de ella; si se trataba de un rebaño, un ejemplar del ganado; si de una finca rústica, un terrón de esta y así sucesivamente). El demandante, teniendo en la mano una varita (*festuca*), símbolo de la lanza militar, asía la cosa (o la parte de ella) y pronunciaba las palabras solemnes (el ejemplo ofrecido por Gaio es el de la venta de un esclavo): *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixit, ecce tibi, vindictam imposui*. Es decir, “afirmo que este esclavo es, mío según el derecho de los Quirites de acuerdo con su causa. Tal como he declarado pongo sobre ti mi vara”. Al mismo tiempo el declarante ponía la *festuca* sobre la cosa reivindicada.

Como explica GAYO -4, 16-, supuesto que la *festuca* simbolizaba la lanza militar, este acto, que simbolizaba la *occupatio belica*, significaba la propiedad legítima sobre la cosa (*signo quodam iusti*

demandado si quiere, a su vez, hacer la *contravindicatio*, y si niega o calla, entonces el magistrado adjudica -*addicit*- la cosa al reivindicante, que adquiere así el *dominium ex iure Quiritium*, mientras que, al mismo tiempo y por el mismo acto, el propietario demandado, pierde la propiedad de la misma. Como hace notar ULPIANO (19,9-10)¹⁴⁶ el acto es realizado por tres personas: el propietario, que cede *in iure*; el adquirente que realiza la *vindicatio*, y el magistrado que lleva a cabo la *addictio*.

El acto, como afirma MIQUEL¹⁴⁷, no transmite información sobre su finalidad económico-social. Del mismo sólo se desprende una atribución formal de la propiedad. Es seguro que alguna razón habrá para ello, pero no aparece en el acto, por cuya razón este es abstracto, es decir, aparece desconectado de su causa.

domini); se pensaba, en efecto, que el derecho típico de propiedad era sobre las cosas tomadas al enemigo (*quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*). Si el demandado no realizaba ninguna declaración contraria, la afirmación del demandante y la *occupatio bellica* de la cosa, realizadas ante el magistrado, constituían sin más, el derecho de propiedad del demandante sobre la cosa.

Si, en cambio, el demandado llevaba a cabo la misma declaración y al mismo tiempo ponía también él su *festuca* sobre la cosa, se tenían entonces dos declaraciones iguales de propiedad y dos *occupationes bellicae*, simbólicas, realizadas sobre la misma cosa ante el magistrado. Existía pues, el contraste entre dos derechos iguales afirmados por dos personas distintas y surgía, por tanto, la necesidad de una decisión arbitral o judicial. En este procedimiento, a diferencia de la *reivindicatio* formularia, se encontraban, ambas partes, en la misma posición jurídica respecto de la cosa y, por tanto, correspondía a ambos la tarea de probar el derecho afirmado.

GAYO continúa la descripción diciendo que el pretor ordenaba entonces a las partes que dejaran ambas la cosa controvertida (*mittite ambo hominem*). Seguía luego la apuesta recíproca. El primer reivindicante dirigía al segundo la pregunta ritual: *postulo anne dicas, que ex causa vindicaveris* (“*pido que digas en bas a qué relación jurídica has llevado a cabo la vindicatio*). El segundo respondía: *ius fecit sicut vindictam imposui* (“*he obrado conforme a Derecho, poniendo encima la vara*”). El primero pronunciaba entonces las palabras: *quando tu iniuria vindicavisti quingentis (o quinquaginta) aeris sacramento te provoco* (“*en cuanto que has realizado la vindicatio contra Derecho, te desafío a la apuesta (sacramentum) de quinientos (o de cincuenta) asses*). El adversario respondía *similiter et ego te (también yo te desafío a ti)*. Entonces el pretor asignaba la posesión de la cosa a uno de los contendientes, ordenándole dar al adversario garantes (*praedes*) para asegurar la restitución de la cosa y de los frutos a aquel que el juez reconociera vencedor en la segunda fase del procedimiento (*in iudicio*). Ambas partes debían dar garantías para el pago de la suma del *sacramentum*. El pretor procedía luego al nombramiento del juez, elegido entre personas privadas; más adelante, la *lex Pinaria*, de fecha incierta, estableció que el nombramiento debía tener lugar treinta días después. VOLTERRA E., *Istituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 226-227.

¹⁴⁶ ULPIANO, 19, 9-10: *Quae per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis. In iure cedit dominus: vindicat is, cui ceditur: addicit praetor.*

¹⁴⁷ MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 17.

4.2.2. Alcance de la abstracción de la *in iure cessio*

Por esta razón, D'ORS¹⁴⁸ afirma que la *addictio* del magistrado es, en este caso, constitutiva del derecho del adquirente. Ciertamente lo es, pero sólo *inter partes*, pues no inmuniza al adquirente frente a posibles reclamaciones de terceros que pretendan ser el *verus dominus*, en virtud de títulos distintos al de su transmitente, o que sean titulares de *iura in rem* sobre la cosa.

En caso de adquisición, pues, por *addictio* del magistrado, tras la *in iure cessio*, nos encontramos con que esta es abstracta *inter partes*. No inmuniza tampoco al adquirente en relación a reclamaciones de terceros de una cadena transmisiva distinta a la del cedente, pues la *addictio* del magistrado sólo otorga un *maius ius*.

La cuestión es si inmuniza frente a posibles reclamaciones de terceros que precedan en la misma cadena transmisiva: v.gr. B adquiere de A un fundo itálico mediante *mancipatio*, en la que este realiza una *nuncupatio* en la que constituye un derecho de usufructo; posteriormente, C adquiere de B mediante *in iure cessio*. Si C no conoce la existencia del usufructo, la cuestión es si B puede exigirle su derecho de usufructo o no.

Parece que la *in iure cessio* no blindaría al adquirente frente a aquellos derechos de terceros protegidos con una *actio in rem*, pero sí sería un acto abstracto *inter partes*, en el sentido de que las vicisitudes que afectasen al acuerdo habido entre las partes no podían afectar a la eficacia de la *in iure cessio*.¹⁴⁹

¹⁴⁸ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 212. Para VOLTERRA E, sin embargo, es dudoso, VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pág. 343, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 226. Parece más coherente con el carácter de juicio de simulado de la *in iure cessio* la posición de D'ORS.

¹⁴⁹ El alcance exacto de la causalidad y de la abstracción en la *in iure cessio* no está del todo claro, sin embargo. En este juicio simulado, se seguía el procedimiento de la *legis actio sacramento in rem*. En la versión dada por VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pág. 343, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 226, la fórmula era la siguiente, tomada de un ejemplo ofrecido por GAYO -4, 16- referente a la compra de un esclavo: *hunc ego omnem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixit, ecce tibi, vindictam imposui*, es decir, "afirmo que este esclavo es mío según el derecho de los Quirites según su causa. MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 1021, sin embargo no hace referencia a estas palabras. Volterra reconoce que la interpretación de las palabras *secundum suam causam* es bastante discutida entre los romanistas. Algunos las unen a *esse aio*. Otros, en cambio, poniendo un punto después de *aio*, las unen al contexto siguiente: *sicut dixit, ecce tibi*,

4.2.3. La escasa utilización de la *in iure cessio*

Según MIQUEL,¹⁵⁰ la *in iure cessio* se utiliza menos que la *mancipatio*, pues es lógico que si se puede celebrar un ritual con un grupo de amigos, no se acuda al pretor. Aunque es muy poco lo que se sabe en relación a la *actio auctoritatis*, parece que no procedía en el caso de la *in iure cessio*, lo que sería una fuerte razón adicional para preferir la *mancipatio* como medio adquisitivo.¹⁵¹

Recordada todavía en una constitución de Diocleciano, del año 293, no es mencionada ya en las fuentes posteriores, por lo que, según VOLTERRA¹⁵², debe pensarse que la *in iure cessio* cayó totalmente en desuso después del siglo III.

4.3. *Traditio*

4.3.1. El desarrollo del comercio. El desarrollo paralelo del *ius gentium* y su influencia decisiva en la evolución del *ius civile*

El estudio de la *traditio* presenta dificultades especiales, pues, como observa CUENA CASAS¹⁵³, no hubo consenso sobre su concepto entre los juristas romanos, los

vindictam imposui. En todo caso, afirma, que tales palabras expresan que la *vindicatio* se imponía basándose en una relación lícita. Volterra R., *Ibidem*. En todo caso, sea cual fuere el significado, lo cierto es que estamos ante un juicio fingido que acaba en una *addictio* del magistrado, por lo que lo más coherente es que el resultado de esta sea independiente de las vicisitudes que afecten a los acuerdos extraprocerales de las partes y, por lo tanto, que sea abstracta *inter partes*.

¹⁵⁰ MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 179.

¹⁵¹ MONIER R., *Manuel élémentaire de Droit romain*, T.I, París 1947, pág. 143, por ejemplo, sostiene que no hay obligación de garantía ni en la *in iure cessio* ni en la *traditio*, sino solamente en la *mancipatio*, cuyo contenido típico era precisamente la garantía que prestaba el mancipio dans al *mancipio accipiens*.

¹⁵² VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed.: Civitas, Madrid, 1986 pp 343- 346.

¹⁵³ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 26.

cuales no ofrecen una definición de esta, ni tampoco le dieron un tratamiento institucional separado. Hay un acuerdo general en la doctrina en la vertiente dispositiva de la *traditio*, si bien se discute si es de naturaleza *negocial* o más bien es un acto dispositivo unilateral, así como sobre el requisito de la justa causa, si bien parece haber un consenso mayoritario sobre la concepción causal de la *traditio* imperante entre los juristas romanos. Desde la perspectiva del objeto de este estudio, este último es el aspecto que más nos interesa aclarar, partiendo de la naturaleza dispositiva de la *traditio*.

Las necesidades del comercio y la ampliación del imperio impusieron una simplificación de los modos de adquirir el dominio de la *res Mancipi* –*mancipatio* e *in iure cessio*–, los cuales fueron progresivamente sustituidos por la *traditio*, modo de adquisición del dominio de la *res nec Mancipi*, menos solemne, la cual se fue simplificando progresivamente, especialmente con Justiniano¹⁵⁴, llegando a convertirse en el modo normal de transmisión de toda clase de bienes, incluidos los inmuebles.¹⁵⁵

Por otro lado, conforme la economía fue adquiriendo tamaño y complejidad, la permuta –instrumento de intercambio característico de una economía basada en el trueque-¹⁵⁶ fue siendo sustituida progresivamente por la compraventa –*emptio venditio*– como instrumento de intercambio de bienes, incluidos los inmuebles. Primero, *tratándose*

¹⁵⁴ *Ibidem*, pág. 36.

¹⁵⁵ Como afirma DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. M^a, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, págs. 860-861, en rigor, el adquirente por *traditio* de una *res Mancipi* no era un verdadero propietario puesto que había faltado el mecanismo traslativo conforme al Derecho civil. Sin embargo, el pretor otorgó a este adquirente, al que en algunas fuentes se le llama *in bonis* una protección característica que acabó por hacer de él un efectivo dueño –*dominus bonitarius*–. Como quiera que, en rigor, el *tradens* sigue siendo propietario, de acuerdo con las normas del antiguo Derecho Civil podía ejercitar una acción reivindicatoria contra el *accipiens*. El pretor remedió esta situación otorgando al adquirente una excepción –*exceptio rei venditae et traditae*– que se fundaba sustancialmente en la contravención de la buena fe que tal reivindicatoria entraña. Y frente a terceros, protegió también al adquirente, concediéndole una acción similar a la reivindicatoria. De esta manera, la *traditio* fue un modo civil de adquirir el dominio de la *res nec Mancipi* y un modo natural, protegido por el Derecho pretorio, respecto de la propiedad de la *res Mancipi*. En el Derecho romano helénico y en el justiniano, desaparece la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, así como las antiguas *mancipatio* e *in iure cessio* y la *traditio* adquiere todo su valor como medio traslativo del dominio mediante la toma de posesión de las cosas.

¹⁵⁶ La idea de que, antes de la aparición del dinero, la economía se basaba en el trueque es ampliamente discutida. Por el contrario, se tiende a imponer la idea de que conforme se va abandonando la economía de subsistencia y las transacciones comienzan a desempeñar un papel más relevante, el dinero, bajo diversas formas, surge inmediatamente. MARTIN F., *Dinero*, ed. RBA, Barcelona, 2016, págs. 21-26. SCHGAL I K., *Coined*, ed. John Murray Publishers, 2015, págs. 20-37. GOETZMAN W., *Money Changes Everything*, ed. Princeton University Press, 2016, págs. 15-17.

de res Mancipi, tal compraventa fue la *mancipatio*, una compraventa real, en la que el precio comenzó midiéndose en términos de peso del metal. Una vez aparecida la acuñación de moneda, se produjo la separación entre la compraventa como negocio obligatorio y la *mancipatio* como formalidad transmisiva y, por lo tanto, la distinción entre negocios jurídicos obligatorios y negocios jurídicos dispositivos, una distinción capital en el Derecho patrimonial de los romanos. En este contexto, la *mancipatio* se configura como un negocio jurídico dispositivo abstracto *inter partes*, así como *inter tertios* en relación a aquellos derechos sobre los bienes que no estuviesen protegidos por una *actio in rem*.

La ampliación del imperio y las necesidades del comercio exigían que el negocio jurídico dispositivo aplicable a las *res Mancipi* fuera también accesible a los extranjeros pues la *mancipatio* y la *in iure cessio* no lo eran y, además, que fuera menos complejo y más ágil que tales modos transmisivos, en consonancia con las necesidades propias del comercio: v.gr., una mera entrega real o simbólica de la posesión con ánimo de transmitir y de adquirir la propiedad respectivamente (*traditio*), tal y como sucedía con las *res nec Mancipi*, lo que dotaba de mayor liquidez al acto transmissivo de las *res Mancipi*, pero le restaba seguridad al prescindir de las formas públicas propias de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, formas públicas, sin embargo, ya insuficientes para disipar las incertidumbres de los adquirentes en un contexto de expansión imperial, de crecimiento demográfico y de intensificación de las relaciones comerciales.

Tal y como expone ARANGIO-RUIZ¹⁵⁷, todo este proceso de cambio se fue imponiendo conforme las relaciones comerciales de los romanos se fueron extendiendo por toda la cuenca mediterránea, lo cual fue sucediendo paralelamente a la expansión del Imperio. Uno de los efectos inmediatos fue la creación, en el año 242 a. d. C., de un nuevo pretor, con jurisdicción en las relaciones entre romanos y extranjeros *-peregrini-*, el denominado pretor peregrino *-praetor peregrini-*. Tales relaciones estaban basadas en la buena fe *-bona fides-*, como generadora de un verdadero deber jurídico. Esta es la razón por la cual los juicios ante el pretor peregrino se denominaban juicios de buena fe *-bona fidei judicia-*, y los contratos, menos formales que los del *ius civile*, celebrados entre romanos y peregrinos recibían asimismo el nombre de contratos de buena fe.

¹⁵⁷ ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano.*, op. cit., págs. 173-182.

Para distinguirlo del Derecho ordenador de las relaciones entre ciudadanos romanos o *ius civile*, este nuevo Derecho, nacido de las relaciones con los extranjeros, se denominó *ius gentium*. Las normas del *ius gentium*, que habían surgido para reglamentar las relaciones con los extranjeros y que, por ello, se aplicaron únicamente por el pretor peregrino, se extendieron bien pronto a las generadas entre romanos, siendo aceptadas por el pretor urbano -*praetor urbanus*-. Por esta razón, y en este sentido, los juristas pudieron decir que que el *ius civile* podía no ser *ius gentium*, pero que el *ius gentium* era necesariamente *ius civile*.¹⁵⁸

Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el Derecho romano, porque, al lado de los antiguos negocios solemnes en los cuales la voluntad había de expresarse con formas predeterminadas, pudo disponerse, en lo sucesivo, de convenciones libres celebradas mediante los medios de expresión elegidos por las partes, y con los efectos jurídicos que resultasen más apropiados a sus intenciones, según la significación que las palabras escritas u orales tuviesen en el mundo de los negocios. Estos fueron, empleando la terminología propia de la dogmática moderna, los negocios *no solemnes y causales*, expresiones de una conciencia jurídica nueva, a la cual, en el transcurso del tiempo, habrían de ir amoldándose prácticamente todas las relaciones jurídicas.

La desaparición de tales solemnidades públicas del proceso adquisitivo de las *res Mancipi* y su sustitución por la *traditio* –en rigor, una *iusta causa* o *iustus titulus*, usualmente una *emptio venditio*, seguida de *traditio*- implicaba la conversión del proceso transmisivo en un proceso estrictamente privado –al que suele darse el calificativo inapropiado de “clandestino-, en el sentido de carente de toda difusión pública de las transacciones realizadas sobre bienes inmuebles, lo que, a su vez, contribuía a aumentar

¹⁵⁸ Observa ARANGIO-RUIZ V., *Ibidem*, págs. 176-177, que la ampliación del imperio y el desarrollo del comercio con las pprovincias dieron lugar a que se promulgaran leyes especiales dirigidas a evitar que la nobleza senatorial se pudiera apartar de sus altas responsabilidades políticas para dedicarse a los negocios, por lo que se prohibió a los senadores el comercio marítimo. De este modo, se favoreció, aún más, la aparición de dos tipos distintos de aristocracia, cada una con su función política y social propia: la aristocracia de la tierra y de los cargos públicos, la *nobilitas*, y la del comercio y la explotación de las provincias, la de los *equites romani*.

las incertidumbres reinantes, tanto para futuros adquirentes como para los propietarios vigentes.

Este aligeramiento o espiritualización del negocio jurídico dispositivo incrementó la importancia del papel de los negocios consensuales de alcance obligacional en el proceso transmisivo. Así, que se produjese la adquisición no dependía ya de la observancia de una determinada forma con independencia de la voluntad de las partes – como sucedía en la *mancipatio*, al menos en su primera época, y en la *in iure cessio* –, sino del consentimiento de las partes expresado a través de negocios jurídicos típicos, seguidos de un acto dispositivo progresivamente simplificado, por cuya razón, para que este fuese instrumento hábil para transmitir el dominio se exigió una *conexión causal* con el negocio obligatorio que le servía de base y lo justificaba.

De este modo, el negocio jurídico dispositivo pasó de ser abstracto *inter partes -mancipatio* primitiva, *in iure cesio-* a ser un acto causal. Este proceso evolutivo explica también la progresiva importancia de la utilización de la escritura como medio de documentación de los negocios obligatorios, así como la entrega de los documentos escritos como medio simbólico de cumplimiento del acto dispositivo *-traditio* mediante la entrega del documento-.

En este estadio evolutivo, es claro que la supresión de las formalidades públicas del negocio dispositivo contribuyó a aumentar las incertidumbres. Probablemente, no haya que exagerar este hecho, pues la difusión pública que proporcionaban la *mancipatio* y la *in iure cessio*, ya eran insuficientes. En efecto, eran modos de transmisión del dominio propios del *ius civile*, ampliamente ignorados en las provincias del imperio, que tendían a dar más relevancia al consentimiento contractual documentado por escrito.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Como señala. VOLTERRA E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed.: Civitas, Madrid, 1986, págs. pág. 343 y 352, entre los pueblos orientales, desde las épocas a que alcanzan nuestros conocimientos (tercer milenio antes de Cristo), la transferencia de los derechos sobre una cosa, de un sujeto a otro, se realiza mediante la redacción de un documento escrito en el que se indica el negocio jurídico que tiene lugar entre las partes; la entrega del documento, o de una copia del mismo, al adquirente (a veces se conserva en los archivos públicos una copia), constituye la cesión y, respectivamente, la adquisición de los derechos sobre la cosa. Los millares de tablillas de arcilla pertenecientes a las más diversas épocas, redactadas en sumerio, hitita, etc, que contienen tales actos de transferencia, dan testimonio de la generalidad, antigüedad y persistencia del principio, que está basado en ideas diametralmente opuestas de las romanas. Los documentos arameos del siglo V a. d. C. Los documentos papirológicos greco-egipcios muy numerosos, muestran la aplicación del mismo principio en las diferentes poblaciones. Estas ideas acababan influyendo también en la propia península itálica, con el transcurso del tiempo, y, especialmente

Hay que tener en cuenta que en las provincias orientales, si bien su tradición no solía incluir palabras y formas rituales como sucedía en el *ius civile*, sino que daba prevalencia a la palabra escrita, sin embargo, suplían esta falta de difusión pública de las contrataciones con la existencia de registros o archivos públicos de diverso alcance¹⁶⁰, algo que, sin embargo, no formaba parte de la tradición del *ius civile*, probablemente porque los fundos itálicos no pagaban impuestos, ya que la propiedad privada era considerada un señorío tan absoluto sobre las cosas, que resultaba incompatible hasta con el pago del impuesto territorial.

En el año 292, sin embargo, esta situación cambió, los fundos itálicos comienzan a pagar el tributo territorial y este interés fiscal es el origen de que comiencen a aparecer también registros o archivos referentes a las transacciones de propiedades inmobiliarias en Roma, lo que, en cierto modo, compensa con creces, la pérdida de difusión pública de la contratación inmobiliaria derivada de la progresiva sustitución de las antiguas *mancipatio* e *in iure cessio* por la *traditio*.

Una cosa es que no haya que exagerar los efectos que sobre el incremento de las incertidumbres produjera la progresiva desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio* como medios transmisivos de la *res mancipi*, y otra muy distinta es que la progresiva sustitución por la *traditio* no tuviese efecto alguno. En primer lugar, contribuyó, en mayor o menor grado, al desconocimiento de las transacciones *inter privatos* y por lo tanto, a la dificultad de saber quién era el *verus dominus*. En segundo lugar, la pérdida de liturgia del negocio dispositivo, su progresiva espiritualización, contribuyó a dar más relevancia al consentimiento contractual de las partes, lo que obligó, a su vez, a establecer una conexión causal entre negocio dispositivo -*traditio*- y negocio obligacional -denominado, por ello, causal, así como *iusta causa* o *iustus titulus* posteriormente-. En consecuencia, la transmisión requería de negocio obligacional y de negocio dispositivo, causalmente entrelazados, a diferencia de lo que sucedía con la *mancipatio* y la *in iure cessio*. De este

tras la constitución de Antonino Caracalla, (212 de. C) concediendo la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio. ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano*, ed. Reus, Madrid, 1994, págs. 408-412.

155 ZAMORA MANZANO J.L., *La publicidad de las transacciones inmobiliarias en el Derecho Romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

hecho, podían derivar nuevas causas de ineficacia, no sólo *inter partes*, sino también *inter tertios*, añadiendo mayor inseguridad al tráfico jurídico inmobiliario, si bien a cambio de una mayor liquidez o facilidad del proceso transmisivo.

De todo ello resulta que, en rigor, a diferencia de lo que sucede con la *mancipatio* –al menos, la primitiva- y la *in iure cessio*, la *traditio* como acto no agota, por sí sola, el proceso transmisivo, sino que requiere un negocio obligacional, junto con el cual sí completa dicho proceso. Este negocio suele ser la compraventa (*emptio-venditio*), por cuya razón, en esta fase, el tratamiento del proceso transmisivo requiere tratar no solamente de la *traditio* sino también de la *emptio venditio* como negocio obligatorio usual en las transacciones en el mercado. Ambas, juntas, completan el proceso transmisivo traditorio, a condición de que el *tradens* tenga el *ius disponendi* en el momento de realizar el acto traditorio.

Por ello, trataré a continuación, no solamente de la *traditio*, como suele ser habitual, sino también de la *emptio venditio*, como negocio obligatorio más característico en el proceso de transferencia de propiedad.

4.3.2. Traditio posesoria, traditio como acto traslativo y traditio como proceso traslativo

A fin de evitar confusiones cuando se utiliza la palabra *traditio* es preciso distinguir entre (1) *traditio* posesoria o *nuda traditio*, (2) *traditio* como acto traslativo o *traditio traslativa*, y (3) *traditio* como proceso traslativo o *proceso traditorio*.

En un sentido muy general, suele concebirse la *traditio* como un traspaso posesorio, si bien la posesión por sí sola no informa suficientemente acerca de si el traspaso posesorio lo es en concepto de dueño, de arrendatario o en cualquier otro concepto. En un sentido originario, la *traditio* es una entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad por parte de quien realiza la entrega y con ánimo de adquirirla por parte de quien la recibe, en virtud de una justa causa. La primera suele recibir la denominación de *traditio posesoria* o *nuda traditio* y la segunda la de *traditio traslativa*,

o *traditio* en sentido estricto, si bien me parece más adecuada denominarla *traditio* como acto traslativo.

Pero la palabra *traditio* también se refiere a un proceso traslativo. La *traditio*, en este sentido, no es la simple entrega posesoria con ánimo de transmitir la propiedad que se añade al negocio obligacional sobre el que, normalmente, recae la potencia transmisiva, sino, muy al contrario, el negocio obligacional o *iusta causa* constituye sólo un elemento integrante del proceso traslativo que culmina con la *traditio* como acto dispositivo, único acto de disposición que, junto a la *usucapio*, produce transmisión derivativa de los derechos reales –*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* -C 2, 3, 20, Constitución Imperial de los emperadores Diocleciano y Maximino del año 239-.

Probablemente, gran parte de la confusión que rodea a la *traditio* se deba a que se ha dado a un proceso transmisivo completo -el proceso traditorio-, integrado por dos elementos, el nombre de un hecho físico que forma parte de uno de los elementos que lo integran¹⁶¹ –el traspaso posesorio, que integra el *corpus* de la *traditio*-, pero que puede también formar parte de procesos no traslativos del dominio –ej.: arrendamiento-.

Así como la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran procesos transmisivos solemnes y ceremoniosos, pero *uno actu*, sin embargo, el proceso transmisivo conocido con el nombre de *traditio*, se descompone en dos fases: (1) la *iusta causa* –normalmente un contrato y normalmente precedente- y (2) la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad, fase a la que también se le da el nombre de *traditio*. Estas dos fases se hallan interconectadas, si bien el alcance de esta conexión ha sido uno de los más discutidos por la doctrina. Es también un factor capital en la configuración de los diferentes sistemas transmisivos.

Como observa CUENA CASAS¹⁶², incluso en la etapa en la que la *traditio* coexistía con la *mancipatio* y la *in iure cessio*, cuando se trataba de *res Mancipi*, la *traditio*

¹⁶¹ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch Editor S.L, Barcelona, 1996, pág. 26.

¹⁶² *Ibidem*, pág. 32.

no se limitaba a la transferencia de la posesión, y el pretor reconoció a la misma una fuerza transmisiva, de forma que, cuando se efectuaba como consecuencia de un contrato de *emptio venditio*, no transmitía la mera detentación material. El pretor, a fines de la República, concedió al adquirente poseedor de una *res Mancipi*, siempre que la hubiese adquirido por *emptio venditio* seguida de *traditio* y, por lo tanto, sin cumplimiento del requisito del *ius civile* –es decir, *mancipatio* o *in iure cessio*- el denominado dominio bonitario -*habere in bonis*- o propiedad pretoria. Se otorgó al adquirente de una *res Mancipi* por *traditio*, la *exceptio rei venditae et traditae*, para defenderse de una posible *vindicatio* ejercida por el enajenante, dado que este conservaba el *dominium ex iure Quiritium*. Además, si el adquirente era despojado por un tercero, el pretor le otorgaba una acción pretoria –la *actio Publiciana in rem*- que le permitía *de facto* conseguir el mismo resultado que si ejercitara una acción reivindicatoria.

Es preciso, por ello, tener muy presentes cada una de estas acepciones de la expresión *traditio*. A continuación, trataré de todo el proceso *traditorio*, si bien focalizaré mi atención en la *emptio venditio* o compraventa como ejemplo de negocio jurídico obligacional integrante del proceso *traditorio*, por ser la compraventa el contrato que configura el acto de mercado más característico.

4.3.3. El procedimiento transmisivo traditorio: *emptio venditio* más *traditio*. De procedimiento transmisivo de la *res nec Mancipi* a procedimiento transmisivo de toda clase de bienes

El proceso transmisivo traditorio está integrado por un negocio jurídico obligatorio de finalidad traslativa y la *traditio*, causalmente entrelazados. Dado que el negocio jurídico típico en el mercado es la compraventa –*emptio venditio*-, focalizaré mi atención en la misma como arquetipo de contrato dirigido a la circulación de bienes en el mercado.

4.3.3.1. Caracterización general. La *emptio-venditio* como contrato consensual, de *ius gentium*, surgido en las relaciones comerciales con extranjeros

En primer lugar, la *emptio venditio* en la época clásica es un contrato - *contractus*¹⁶³-, y, como tal, fuente de obligaciones entre las partes; de buena fe, y, por lo tanto, generador de obligaciones recíprocas¹⁶⁴; y, por último, consensual que, como tal, se perfecciona por el mero consentimiento, cualquiera que se el modo en el que se haya expresado, sin necesidad de forma alguna – a diferencia de los contratos verbales y de los literales- , ni tampoco de que se hayan entregado la cosa o el precio –a diferencia de los contratos reales-. GAYO (3, 139) resalta estos caracteres al afirmar: “*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit*”.

El contrato consensual romano de compraventa es el producto de una larga y compleja evolución del cambio originario inmediato de cosa por cosa y, posteriormente, de cosa por metal no amonedado. En la época clásica, aparece como un instituto jurídico construido y formulado por los juristas romanos, el cual, aunque en el ordenamiento romano era accesible a los *peregrini*, no tiene paralelo en los demás derechos de la antigüedad, para los que era desconocida la generación de obligaciones por el mero consentimiento de las partes.¹⁶⁵

¹⁶³ En Derecho romano no hay un concepto abstracto de contrato sino que hay contratos. Con esta salvedad, puede afirmarse que los juristas clásicos entendían por *contractus*, en sentido técnico, el acuerdo de voluntades, reconocido expresamente por el *ius civile* como fuente de obligaciones y dotado como tal de una acción civil, MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 297 y VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 297. MOUSOURAKIS G., *Fundamentals of Roman Private Law*, ed. Springer, 2012, págs.187-190.

¹⁶⁴ Según D’ORS A. *Derecho Privado Romano*, Ed. EUNSA, 1989, pág. 509, los contratos de buena fe se caracterizan por la reciprocidad y bilateralidad de las obligaciones. Ello hace que las acciones surgidas de los mismos, las acciones de buena fe tengan un régimen mucho más flexible que las de “derecho estricto”, lo que concede al juez un mayor *arbitrium* para determinar la condena.

¹⁶⁵ Según D’ORS, *Ibidem*, pág. 516, la admisión de que el simple consentimiento, expresado sin forma determinada, incluso sin palabras, por un gesto concluyente, pueda generar obligaciones es un incomparable logro del genio jurídico romano. Aunque los contratos consensuales –y, por tanto, la compraventa- son considerados como de *ius gentium*, la idea misma de su perfeccionamiento por el mero *consensus* es desconocida por los demás pueblos de la Antigüedad y aun corre siempre el riesgo de perderse tan pronto se recae en fases de vulgarismo.

Como afirma MIQUEL ¹⁶⁶, el origen de la compraventa clásica como negocio consensual, bilateral perfecto, de buena fe y, además, obligacional, se halla en el tráfico negocial con los peregrinos, que cobra un singular desarrollo cuando Roma se convierte en un vasto Imperio.

A este respecto –continúa el citado autor- hay en la compraventa clásica un rasgo que llama poderosamente la atención: no se trata únicamente de que la compraventa no transfiera la propiedad por sí sola, sino de que el vendedor no tiene en Roma la obligación de transmitir la propiedad de la cosa, sino sólo la de garantizar su pacífica posesión y disfrute al comprador *-habere licere-*. Ahora bien, si consideramos que en el tráfico con peregrinos hubiera sido imposible imponer al vendedor la obligación de transmitir el *dominium ex iure Quiritium* de la cosa a un extranjero, habremos explicado ya el origen de la compraventa en la época clásica ¹⁶⁷, como un producto del tráfico negocial con los peregrinos y, por lo tanto, del *ius gentium*. Pero no es sólo este rasgo obligacional de la compraventa el que explica su procedencia del *ius gentium*, sino también su consensualidad, su bilateralidad y, por supuesto, el carácter de *bona fidei iudicium* del juicio en el que se ventilaban las cuestiones relativas a la misma.

Al ser la compraventa un contrato consensual, cuando hay error en el consentimiento y, como consecuencia del mismo, no existe concordancia entre la voluntad del vendedor y la del comprador, tal circunstancia tiene un efecto anulante del contrato. ¹⁶⁸ Este hecho reviste especial relevancia al operar la compraventa, negocio

¹⁶⁶ MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 321-322.

¹⁶⁷ Según D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 516, el origen de los contratos consensuales –y, por lo tanto, de la *emptio venditio*– hay que buscarlo en la conexión de estipulaciones interdependientes. Tal conexión servía para disminuir el carácter abstracto de las estipulaciones, cada una de las cuales servía de causa para la otra, y este apoyo causal recíproco hacía innecesaria la forma que venía exigida precisamente por la función de promesa abstracta. Habría sido, pues, la reciprocidad de obligaciones la que habría hecho posible la consensualidad. MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 321, sin embargo, no suscribe esta tesis. Para él, la estructura jurídica de la *emptio venditio* es completamente diferente: en la compraventa hay una bilateralidad perfecta que provoca una interdependencia de prestaciones entre vendedor y comprador, y tanto la *actio empti* como la *actio venditi* son acciones de buena fe; en tanto que cada una de las estipulaciones cruzadas es independiente de la otra y están protegidas por acciones de derecho estricto, por lo que no puede explicarse a partir de un negocio consistente en estipulaciones cruzadas.

¹⁶⁸ Según VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed.: Civitas, Madrid, 1986, págs. 500 y 517, nota 1 del parágrafo. 462., el contrato no se constituye y no nacen las obligaciones. D'ORS A,

obligatorio, como justa causa de la *traditio*, negocio dispositivo, pues puede acabar afectando a terceros adquirentes, lo que puede constituir un grave elemento de inseguridad en el comercio jurídico, como veremos posteriormente.

Es útil reseñar que este elemento de inseguridad que introduce la concepción causal de la *traditio* se revela como un pesado lastre para el desarrollo del comercio conforme el intercambio impersonal va siendo más relevante. De ahí que, siglos después, en Europa, se trate de superar esta dificultad mediante la *Lex Mercatoria* para el tráfico de mercaderías, así como, tras el fin del Antiguo Régimen, de la introducción de la concepción abstracta de la *traditio* y de los registros dotados de fe pública registral en el ámbito inmobiliario – v.gr. Alemania o España-

Ulteriormente, Justiniano, siguiendo la tendencia propia del Derecho postclásico, establece que en los contratos –comprendidos los de compraventa- que por voluntad de las partes deben redactarse por escrito, el efecto del contrato surge en el momento de la confección del documento. Además, otorga a la entrega de las arras, la eficacia jurídica que tenía en los derechos griegos; es decir, reconoce a cada contrayente la facultad de desistir del contrato, perdiendo, si desiste el comprador, las arras entregadas, y restituyendo, si desiste el vendedor, el doble de estas. (C. 4, 21, 17).

Interpolando dos constituciones de Diocleciano (C. 4, 44, 2) y una de Graciano (C. Th. 3, 1, 4 = C. 4, 44, 15), Justiniano introduce en la venta de inmuebles, la regla de que se puede exigir la rescisión de esta cuando el vendedor haya demostrado haber recibido un precio inferior a la mitad del valor efectivo de la cosa, a menos que el comprador haya preferido pagar la diferencia entre lo que había abonado y el *iustum pretium*. Este es el instituto que más tarde fue designado con el término de *laesio enormis*, o *laesio ultra dimidium*.¹⁶⁹ . Esta rescisión por lesión enorme fue interpretada entre los

Derecho Privado Romano, ed. EUNSA, 1989, pág.516. 2, habla del efecto anulante del error, lo que parece más apropiado.

¹⁶⁹ VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed.: Civitas, Madrid, 1986, pág. 501.

comentaristas y legisladores medievales como una exigencia de la moral contractual y, en consecuencia, fue extendida a la venta de muebles.¹⁷⁰

La *emptio venditio*, según D'ORS, era, inicialmente, un contrato mercantil. Es más, era el contrato mercantil por excelencia, pues servía precisamente para el intercambio de productos mediante su estimación en dinero. El objeto propio del contrato es una mercancía (*merx*), es decir, cosas venales, no cosas de propiedad más estable, como la *res Mancipi* –para las que se requería la *mancipatio* o la *in iure cessio*-. Posteriormente, la fuerza expansiva del comercio extendió este contrato también a la *res Mancipi*¹⁷¹, lo que modificó algo su régimen jurídico y, al tiempo, sirvió para mercantilizar toda clase de bienes.¹⁷²

Dado que la *emptio venditio* era un contrato de alcance estrictamente obligacional, era necesario, además, un negocio dispositivo adaptado a las necesidades de sencillez y celeridad del comercio, y la *traditio* cumplía todas estas características.

Como señala VOLTERRA¹⁷³, la compraventa era un instituto muy practicado por los romanos y los *peregrini*, mientras que los modos de transmisión de la propiedad de la *res Mancipi*, es decir, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, sólo eran accesibles a los

¹⁷⁰ Si el precio se reducía a causa de la donación, valía el contrato, a no ser que con ello se encubriese una donación entre cónyuges (D. 18-1-38). D ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 544.

¹⁷¹ Incluso a los derechos o conjuntos patrimoniales, como la herencia. Véase D'ORS A., *Ibidem*, pág. 542.

¹⁷² Así, originariamente, la compraventa no conllevaba responsabilidad por evicción al recaer sobre cosas a propósito de las cuales no se planteaba la cuestión de la propiedad, sino que se imponían al vendedor mediante estipulaciones añadidas al contrato. La responsabilidad por evicción era propia, en cambio, del negocio de adquisición de la *res Mancipi*, es decir, de la *mancipatio*. En efecto, el *mancipio accipiens*, en caso de ser vencido por el verdadero propietario, podía reclamar del *mancipio dans* el doble del precio que había figurado en el negocio, mediante la *actio auctoritatis*. Cuando la *mancipatio* se hace *nummo uno*, esa acción pierde su objeto, y, entonces, se deben hacer estipulaciones de garantía, que dan lugar a las acciones que nacen de la estipulación. Este régimen de garantía de evicción mediante estipulaciones es el que se aplica al contrato de compraventa. La última jurisprudencia clásica llegó a admitir, debido a la fuerza de la costumbre de estipular por evicción, que la responsabilidad por evicción es un elemento natural del contrato y que la misma *actio empti* puede servir para exigir tal responsabilidad, aunque no haya habido estipulación de garantía. En ese momento, el vendedor que no quiere asumir tal responsabilidad debe pactarlo expresamente –*pacto de non praestanda evictione*–, salvo si la venta es de cosa hipotecada o pignorada, en cuyo caso el acreedor pignoraticio, al vender *iure pignoris*, excluye con ello mismo aquella responsabilidad. D'ORS A., *Ibidem*, págs. 547-548.

¹⁷³ VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 502.

cives romani; la *mancipatio* era accesible también a los *peregrini* que disfrutaban del *ius commercii*. Así pues, para muchas cosas clasificadas como *res Mancipi*, objetos usuales de comercio también con poblaciones extranjeras, como esclavos, caballos y otros animales de tiro y carga, no se habría podido realizar la transferencia de la propiedad, porque los sujetos no eran romanos o no tenían el *ius commercii*.

Así, el vendedor *peregrinus* sin *commercium* no habría podido hacer una *mancipatio*, o una *in iure cessio*, a un comprador ciudadano romano, de igual modo que un vendedor ciudadano romano no habría podido realizar estos actos en relación a un peregrino sin *commercium*. El comprador ciudadano romano podía, sin embargo, adquirir posteriormente por *usucapio* la propiedad de la cosa que le había sido vendida.

Por estas razones –asi como por la dificultad de probar el propio derecho de propiedad, denominada por ello *probatio diabolica*- en el contrato consensual de compraventa el vendedor no se obligaba a transferir la propiedad, sino la posesión a título de dueño –*habere licere*- y a prestar la garantía por evicción. Si el comprador era ciudadano romano, quedaba en condición de adquirir por *usucapio* con el paso del tiempo, pues la posesión adquirida mediante *emptio venditio* operaba como *iusta causa* de la *usucapio*. La garantía del vendedor cesaba en el momento en el que el comprador adquiría por *usucapio*, por lo que no cesaba nunca si el comprador era peregrino, pues, en este caso, no podía adquirir por *usucapio*.

La adquisición de la propiedad requería que, posteriormente, tuviese lugar la *mancipatio* o la *in iure cessio*, en caso de *res Mancipi*, o la *traditio* en caso de *res nec Mancipi*.

Dado que, muchos objetos habituales del tráfico entre ciudadanos romanos y *peregrini* sin *ius commercii* eran *res Mancipi*, los *peregrini* no podían adquirir su propiedad, puesto que no estaban a su alcance la *mancipatio* ni la *in iure cessio*, únicos modos de transmisión de tal tipo de bienes. En consecuencia, empezaron a usar la *traditio*, medio típico de la *res nec Mancipi* y accesible a los *peregrini*.

El Pretor, a fines de la República, concedió al adquirente poseedor de una *res Mancipi*, siempre que la hubiese adquirido por *emptio venditio* seguida de *traditio* y, por

tanto, sin cumplimiento de los requisitos del *ius civile* –es decir, *mancipatio* o *in iure cessio*- el denominado dominio bonitario -*habere in bonis*- o propiedad pretoria. Se otorgó al adquirente de una *res Mancipi* por *traditio*, la *exceptio rei venditae et traditae*, para defenderse de una posible *vindicatio* ejercida por el enajenante, dado que este conservaba el *dominium ex iure Quiritium*. Además, si el adquirente era despojado por un tercero, el pretor le otorgaba una acción pretoria –la *actio Publiciana in rem*- que le permitía *de facto* conseguir el mismo resultado que si ejercitara una acción reivindicatoria.

Finalmente, Justiniano, suprimió la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y generalizó la *traditio* como modo transmisivo, suprimiendo la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

De este modo, la *emptio venditio*, junto con la *traditio*, acabaron conformando el proceso transmisivo usual *inter vivos e inter privatos*, esto es el proceso transmisivo habitual en el mercado. Ello exige analizar las conexiones causales, es decir, las conexiones entre la *emptio- venditio* y *traditio*, especialmente su incidencia en las relaciones *inter partes* así como en las relaciones *inter tertios*, cuya configuración integra la savia evolutiva no solo del sistema transmisivo romano sino de los sistemas transmisivos posteriores.

En efecto, conviene destacar que este pauta de evolución de los sistemas transmisivos se repite a lo largo de la historia: conforme las sociedades y los mercados se van expandiendo –tanto en el aspecto extensivo como en el intensivo-, los “especialistas en intercambios”, es decir, los comerciantes van generando sistemas transmisivos más adecuados a las nuevas circunstancias, entendiendo por más adecuados aquellos que ofrecen un mejor balance en el dilema entre seguridad de las titularidades y liquidez de las transacciones, propio del mercado. Posteriormente, tales dispositivos se generalizan para todo tipo de intercambios, si bien con las adaptaciones necesarias, en función de las características de los objetos de intercambio, especialmente de las que inciden en el alcance de la función legitimadora que se puede dar a la posesión de los mismos. De este modo, los sistemas transmisivos mercantiles –especiales- acaban civilizándose, es decir, generalizándose y, en este sentido, acaban siendo civiles.

Procede, ahora, examinar algunos de los aspectos más relevantes de la *emptio venditio* romana, desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio.

4.3.3.2.- Características más relevantes de la *emptio venditio* en tanto que negocio jurídico paradigmático integrante del proceso de circulación voluntaria de bienes en el mercado

Desde esta perspectiva, las características más relevantes de la *emptio-venditio* son las siguientes:

4.3.3.2.1. La *emptio venditio* es un negocio jurídico de alcance estrictamente obligacional. En consecuencia, es válida la venta de cosa ajena

En la época clásica, la *emptio venditio* es un *contractus* y, por lo tanto, únicamente genera obligaciones entre las partes, careciendo, por sí sola, de efectos reales. Para ello, es necesario que se produzca, además, un negocio jurídico dispositivo, el cual, tras Justiniano, acaba siendo la *traditio* para todo tipo de bienes.

Ello significa que, sin *traditio*, no hay efectos reales *inter partes* y que, para que los haya, el *tradens* ha de tener *ius disponendi* en el momento de la *traditio*, pero no es necesario que lo tenga en el momento de la *venditio*, por lo que es válida la venta de cosa ajena.

4.3.3.2.2. La obligación del vendedor no es la de transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino la de garantizar la pacífica posesión de esta

El entendimiento adecuado de esta característica de la *emptio venditio*, a partir de la época clásica, es esencial para comprender adecuadamente la racionalidad subyacente

del proceso transmisivo romano, la cual está en la base de su posterior ramificación evolutiva en diferentes sistemas que no son sino evoluciones autónomas y diferenciadas.

El vendedor no asume la obligación de transmitir la propiedad, si bien la función económico social de la *emptio venditio* es la transmisión de la propiedad al comprador, por lo que la exclusión de dicha transmisión es incompatible con la compraventa¹⁷⁴.

El vendedor no asume, por lo tanto, una obligación de *dare*, sino una obligación de *tradere* y, más concretamente, de *tradere ut rem habere liceat* en general, que tratándose de inmuebles se traduce en la *vacuam possessionem tradere*. Estas pretensiones significan que el vendedor está obligado a transmitir al comprador una posesión a título de dueño que le permita comportarse como propietario y, en consecuencia, adquirir en los breves plazos de la *usucapio* romana, en el caso de no ser dueño el vendedor, por lo tanto, en la posesión libre, pacífica y a título de dueño de la cosa vendida.

4.3.3.2.3. El vendedor está obligado a responder en caso de evicción

Como contrapartida, el vendedor está obligado a responder por evicción, esto es, a responder en el caso de que el comprador pierda la posesión como consecuencia de la reivindicatoria ejercitada por un tercero. *Habere licere* equivale, según D'ORS,¹⁷⁵ a “*poder tener como propietario*”, lo que implica la plena disponibilidad de la cosa, y, de ahí, que la evicción se da, no sólo cuando el comprador es vencido por el verdadero propietario, sino también cuando prevalece procesalmente sobre él el titular de un derecho real limitativo de su propiedad, que el vendedor no hubiese declarado.

El régimen jurídico de la evicción varía según que el vendedor tenga o no conocimiento de que no era el dueño de la cosa que vendió.

¹⁷⁴ D'ORS A, *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 546, para lo que se basa en D.18.1.80.3.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pág. 548.

Si el vendedor es de buena fe, y el comprador llega a tener conocimiento de que el vendedor no era dueño de la cosa que le vendió, no puede ejercitar la *actio empti* exigiéndole el *id quod interest*, por este solo hecho. Para ello, es preciso que el comprador sea privado de su posesión como consecuencia de una acción reivindicatoria ejercitada por el verdadero dueño. Por lo tanto, como señala CUENA CASAS¹⁷⁶, es la privación de la posesión que sufre el comprador como consecuencia de la reclamación de un tercero que prueba ser dueño de la cosa, la que hace nacer la obligación de responder en caso de evicción. Para que sea exigible tal responsabilidad es insuficiente la falta de poder de disposición del vendedor, es necesario, además, que se produzca la pérdida de la posesión.

Pero si el vendedor es de mala fe, y el comprador llega a conocer que no era dueño de la cosa que le vendió, entonces no necesita esperar a ser vencido en juicio para poder ejercitar la *actio empti*, en virtud de la regla *purgari dolo malo*.¹⁷⁷

La responsabilidad por evicción también procede cuando prevalece procesalmente sobre el comprador el titular de un derecho real limitativo de su propiedad que el vendedor no hubiese declarado. En estos casos, la indemnización debía ser proporcionada a la disminución del valor de la propiedad. La regulación de la responsabilidad por estos “vicios jurídicos” de la cosa vendida corrió paralela a la regulación de la responsabilidad por “vicios materiales”, pero su integración sistemática dentro de esta segunda categoría es extraña a la mentalidad romana, según D’ORS.¹⁷⁸

¹⁷⁶ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 83.

¹⁷⁷ D.19.4.1.pr (Paul. 32 ed.): “(...) el venddor solo se obliga por evicción, a entregar la posesión y a indemnizar por su dolo; así pues, si la cosa no es objeto de evicción, nada debe”. Véase CUENA CASAS M., *Ibidem*, pág. 85.

¹⁷⁸ D’ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 548 y 549. A partir del momento en que la misma *actio empti* sirve para exigir la responsabilidad por evicción, se considera como contrario a la buena fe contractual que el vendedor que los conoce no declare no declare los gravámenes no aparentes de la cosa vendida.

Dicha responsabilidad cesa cuando el comprador ha adquirido por usucapión, pues el comprador ya no puede ser vencido en juicio por el *verus dominus*, en el caso de no serlo el vendedor ¹⁷⁹.

Probablemente, la relevancia jurídica de la responsabilidad por evicción en el Derecho romano fue más importante de lo que lo es en los códigos modernos por las siguientes razones: (1) En relación a los bienes muebles, falta en el Derecho romano de una norma similar a la de los artículos 464 del Código civil español, según la interpretación germanista, y 85 del Código de comercio, a través de la cual un *non domino* pudiera hacer propietario de un bien mueble al comprador; (2) en relación a los inmuebles, tampoco conoció un Registro de la Propiedad propiamente dicho, lo que dificultaba –en realidad, impedía– conocer con seguridad quién era el *verus dominus*, cuáles eran las cargas que pesaban sobre las fincas y, en consecuencia, impedía saber si el comprador se convertía en propietario y, en caso afirmativo, en qué medida.

¹⁷⁹ Como señala D'ORS – *Ibidem*– la responsabilidad por evicción no pertenece propiamente a la naturaleza originaria de la compraventa, contrato típicamente mercantil, que versa sobre cosas a propósito de las cuales no se plantea la cuestión de la propiedad, sino que se imponen al vendedor mediante estipulaciones especiales añadidas al contrato. Esta responsabilidad es propia, en cambio, del negocio de adquisición de la *res mancipi*, es decir, de la *mancipatio*. En efecto, el *mancipio accipiens*, en el caso de ser vencido por el verdadero propietario podía reclamar del *mancipio dans* el doble del precio que había figurado en el negocio, mediante la *actio auctoritatis*. Cuando la *mancipatio* se hace *nummo uno*, esa acción pierde su objeto y debe ser sustituida por estipulaciones de garantía. Asimismo, como señala Miquel - *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 323-324, cuando la compraventa no iba seguida de una *mancipatio*, el comprador no tenía la *actio auctoritatis*, en el caso de que se produjese la evicción. En tal caso, lo que solía hacer un comprador prudente era acudir a la *stipulatio duplae*, modelada a imagen y semejanza de la *actio auctoritatis*. Por lo tanto, la evicción no era, en un principio, un elemento natural de la compraventa, sino sólo un elemento accidental, en el sentido de que era necesario pactarla expresamente para que surtiera efecto. Es en la época clásica cuando la evicción se convierte en un elemento natural de la compraventa. Así, como afirma VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 503-504, con el paso del tiempo se mantuvo que no correspondía a la buena fe y, por tanto, que no era conforme al contrato consensual de compraventa, el hecho de que el vendedor no hubiera realizado la estipulación. Se admitió que, si no existía, el comprador podía intentar la *actio empti* contra el vendedor. Si este no realizaba la *stipulatio*, era condenado por el juez como si la evicción hubiera existido, esto es, a entregar al comprador una suma de dinero cuyo importe fuera igual al interés de este último en tener la cosa; si el caso entraba entre aquellos en que habría debido tener lugar la *stipulatio duplae*, el vendedor era condenado al doble. A partir de este sistema, aplicado en el campo de la actividad judicial del pretor, se desarrolló la idea de que, en caso de evicción, el comprador podía, sin más, actuar con la *actio empti* para obtener el resarcimiento, independientemente del hecho de que el vendedor hubiera realizado o no la estipulación. Siguió todavía en vigor la *actio auctoritatis*, que desapareció sólo con Justiniano, a continuación de la abolición de la *mancipatio*. En una época no precisada surgió el *pactum de non praestanda evictione*, con el cual el vendedor quedaba liberado de todas las consecuencias de la evicción; ofrecía la característica de que era eficaz, sin necesidad de que se le hiciera valer por medio de una *exceptio*, en el sentido de que el vendedor no estaba obligado a restituir el precio recibido y, si no lo hubiera cobrado, podía exigirlo. Incluso, después de que hubiera tenido lugar la evicción.

4.3.3.2.4. *Fundamento de que el vendedor no asuma la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador*

En mi opinión, en materia inmobiliaria, el hecho de que el vendedor no asuma la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida al comprador está directamente relacionado con las incertidumbres reinantes sobre la titularidad y cargas existentes sobre los bienes que se pretendían adquirir por *emptio venditio*.

En primer lugar, la *emptio venditio* –acompañada de *traditio*- es en Roma un contrato típicamente mercantil, cuyo objeto es una “*merx*”, esto es, una mercancía, un tipo de bien acerca del cual no se suelen plantear problemas de propiedad¹⁸⁰. Por un lado, las transferencias de tal tipo de bienes raramente se hacen ante testigos o se documentan por escrito, y, por otro, no hay en Derecho romano una regla semejante a la del artículo 464 del Código civil, en la interpretación germanista o a la del artículo 85 del Código de comercio. Si, además, tenemos en cuenta que la *emptio venditio* era causal respecto de la *traditio*, nos encontramos con que, en realidad, nadie podía estar seguro de ser propietario y la prueba del propio derecho de propiedad devenía una *probatio diabolica*, salvo por *usucapio*, lo que explica los breves plazos establecidos para la usucapión en la Ley de las XII Tablas.

No se trataba solo de que el adquirente de tal tipo de bienes no pudiese estar seguro de estar contratando con el *verus dominus*, sino de que, en realidad, ni si quiera el vendedor –salvo adquisición por usucapión- podía estar seguro de ser él el *verus dominus*. En tales circunstancias, hubiera sido poco realista imponerle la obligación de transmitir la propiedad y, por ello, sólo se le imponía la de transmitir la posesión civil, esto, es la *possessio ad usucapionem*.

En segundo lugar, la *emptio venditio* –conectada causalmente con la *traditio*-, o, si se prefiere, la *traditio* conectada causalmente con la *emptio venditio*- no era instrumento hábil para la transmisión de la *res mancipi* entre ciudadanos romanos y, además, los

¹⁸⁰ D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pag. 541.

peregrini no podían adquirir la propiedad de fundos itálicos. Respecto de estos últimos, la *emptio venditio* se mostraba especialmente idónea para facilitar su tráfico con los *peregrini*, ya que solo obligaba a garantizar la pacífica posesión - mediante la responsabilidad por evicción durante todo el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, y, dado que los *peregrini* no podían adquirirlos por usucapión, indefinidamente-, y, posteriormente, el pretor concedió a los *peregrini* la *exceptio doli* y la *exceptio rei venditae et traditae*, lo que los convertía en propietarios pretorios –o bonitarios-, con un estatuto similar al propietario *ex iure Quiritium*, cualidad que sólo podía ostentar un ciudadano romano.

Ahora bien, en un sistema causal como el romano, la *emptio venditio* forma parte conceptualmente del proceso transmisivo, completado con la *traditio* si el *tradens* es *verus dominus* y, si no lo es, con la *usucapio*. Por ello, por un lado, el vendedor no puede excluir la transmisión de la propiedad –esa cláusula era incompatible con la *emptio venditio*- y, por otro, ha de hacer todo lo posible para que el *emptor* devenga *dominus*, lo que le obliga a: (1) realizar la *traditio*, esto es, a realizar el traspaso posesorio con animo de transferir la propiedad, es decir, a transferirle la *possessio ad usucapionem* y (2) a asumir la responsabilidad por evicción, hasta tanto el *emptor* no haya adquirido por usucapión.

Todo ello prueba suficientemente el hecho de que la *emptio venditio* tenía una finalidad traslativa y que, si no se imponía al vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa al comprador –sino solo la *possessio ad usucapionem*, garantizando, en su caso, la posible evicción- se debió principalmente a la práctica imposibilidad de prueba del propio derecho de propiedad –*probatio diabolica*-, así como a la conveniencia de facilitar el comercio de *res Mancipi* con los peregrinos.¹⁸¹

¹⁸¹ En esta misma línea, CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág.72, observa que hay que tener muy presente el hecho de que el vendedor de mala fe, es decir, el que es consciente de que la cosa es ajena, responda por dolo aun antes de que se produjera la evicción (D.19.1.30.1). Esta circunstancia contribuiría a explicar que, aunque el poder de disposición no fuera esencial a la venta si quiera en su fase de cumplimiento, ello obedecía a las dificultades de prueba de este, sin que ello perturbase la función transmisiva que la venta estaba llamada a cumplir. Por ello, la inexistencia de la obligación de transmitir y las consecuencias que de la ausencia de dicha obligación se derivaban, no eran aplicables ni al vendedor dueño ni al vendedor *non dominus* de mala fe. El primero no presenta problemas –así, en opinión de Labeón (D. 18.1.80 *Lab.5. post*), pero el segundo no puede aprovecharse de las ventajas que el sistema ofrece para el vendedor de buena fe –ausencia de reclamaciones por parte del comprador hasta que se produzca la evicción- pues la causa que explica la peculiaridad de la posición deudora del vendedor romano –problema

4.3.3.3. La *traditio* como acto traslativo

La sustitución de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* por la *traditio* en el Derecho justinianeo se justifica por la inadecuación de aquellos modos adquisitivos a las exigencias prácticas del comercio. Como afirma SCIALOJA¹⁸², el número de *res nec Mancipi* iba en aumento progresivo en relación a la *res Mancipi*; concretamente, la expansión territorial del imperio provocó que el tráfico jurídico de fincas se centrara en los fundos provinciales, resultado de las conquistas.

La mayoría de los inmuebles se encontraban fuera del suelo itálico, con la consiguiente reducción proporcional del ámbito objetivo de aplicación de las antiguas formas solemnes de transmisión. Paralelamente, también se produjo una reducción del ámbito subjetivo de aplicación: las conquistas provocaron un incremento de la proporción de peregrinos en relación al número de ciudadanos romanos, los cuales empezaron a constituir una minoría. El *ius gentium*, de hecho, se iba imponiendo.

A ello hay que unir las dificultades prácticas que surgían para el uso de la *in iure cessio*, la cual exigía la presencia de un magistrado que, en ocasiones, era imposible de encontrar. Por estas razones, dichos modos de transmisión tendieron a desaparecer, siendo sustituidos por la *traditio*.

La *traditio* supuso una simplificación del sistema transmisivo. Aumentó la liquidez de los bienes, pero a costa de la seguridad de los derechos de propiedad, por dos razones fundamentales: (1) el sistema transmisivo carecía de publicidad,¹⁸³ lo que

de prueba- no se da en el vendedor de mala fe, que no es que no encuentre dificultades en la prueba de su poder de disposición sobre el bien, sino que, antes bien, es consciente de su falta de titularidad. De ahí que deba soportar la reclamación del comprador que descubre la ajenidad de la cosa aun antes de que se produzca la evicción.

¹⁸² SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, t.II, ed. Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 158.

¹⁸³ Puede admitirse que ni siquiera las formas clásicas de adquirir el dominio –*mancipatio* e *in iure cessio*– tuvieran una finalidad exclusiva de publicidad, sino también de solemnidad. Lo cierto es que la *traditio* suponía un debilitamiento de la solemnidad y también de la publicidad de los anteriores modos

dificultaba averiguar la identidad del dueño así como la eventual existencia de *iura in rem* sobre los inmuebles y (2), a diferencia de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, que se hallaban desconectados de toda obligación precedente y, en ese sentido, eran abstractas¹⁸⁴, el nuevo modo transmisivo general, la *traditio*, era un acto causal, y su eficacia traslativa dependía de las vicisitudes que afectasen a la *iusta causa* precedente, lo que añadía inseguridad al tráfico jurídico –si bien lo hacía más líquido- en diferentes grados. En efecto, como veremos, las vicisitudes que afectasen a la causa remota se hallaban protegidas por una *condictio*, esto es, por una acción personal –regla de responsabilidad-, mientras que las que afectasen a la causa próxima quedaban protegidas por una *vindicatio*, acción de carácter real –regla de propiedad-. Eran estas últimas las que generaban inseguridad en el tráfico jurídico, dado que podían alcanzar a los terceros adquirentes, aun cuando lo fuesen a título oneroso y de buena fe.

4.3.3.3.1.-Requisitos de la *traditio* como acto traslativo.

Realizadas las anteriores precisiones, procede ahora examinar los requisitos de la *traditio* como acto traslativo.

transmisivos de la *res mancipi*, especialmente a medida que se fue espiritualizando. En este sentido SCHULZ F., *Derecho romano clásico*, traducido por Santa Cruz Teijeiro, ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 339, o SANZ FERNANDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, T. I, ed. Reus, Madrid, 1947, pág. 45. Por otro lado, ciertamente la institución del Registro como órgano dirigido a publicar titularidades es una institución prácticamente desconocida en el Derecho romano, pero, sin embargo, como señala SCIALOJA V. En *Teoría della proprietà nell Diritto romano*, T. II, ed. Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 62, la institución del Registro sí era conocida en las provincias, especialmente en Egipto. La prueba de la existencia de registros para la propiedad fundiaria se ha encontrado en un papiro del año 1263 que contiene la denominada Petición de Dionysia, encontrado en las excavaciones de la antigua Oxyrynchos, Me referiré a ella más extensamente al tratar de la publicidad registral inmobiliaria en el Derecho romano.

¹⁸⁴ Este es precisamente, uno de los principales argumentos utilizados por SAVIGNY F. K. –*Les droits des obligations*, Vol II, (1873) Ed. Kessinger, Paris, 2010, págs. 422 ss- y por IHERING R. VON –*LEsprit du Droit Roman dans les diverses plases de son développement*, Ed. Marescq, Paris, 1886-1888. Liv.II, 1ª part, tit, 3, t IV, pág. 204- para justificar la opción por el sistema abstracto traslativo en el *Bürgerliches Gesetzbuch*, sistema que no se inspira en la *traditio* sino en la *mancipatio* –sobre todo- y en la *in iure cessio*. Afirma IHERING, por ejemplo: “La *mancipatio* y la *in iure cessio* muestran, aislada absolutamente de toda mezcla de obligación-, la pura voluntad de transferir la propiedad. Para juzgarla no es necesario acudir al Derecho de obligaciones. Son dos actos que se mueven exclusivamente en el terreno de la teoría de la propiedad, de los puros modos de adquisición”.

4.3.3.3.1.1. *Ius disponendi del tradens*

En realidad, sería más exacto afirmar, como hace VOLTERRA, que se requiere que el enajenante tenga capacidad de obrar, sea propietario de la cosa y pueda disponer de ella, así como que el adquirente tenga la capacidad de adquirir la propiedad de la cosa que se transfiere¹⁸⁵.

A los efectos de este estudio, interesa, sobre todo, que el *tradens* debe tener poder de disposición para que el *accipiens* devenga propietario. Si no tiene poder de disposición, la *traditio* como acto no es traslativa, sino meramente posesoria: no transmite la propiedad sino tan sólo la *possessio ad usucapionem*. Para ello es necesario que haya justa causa – que en sede de usucapión recibe la denominación de justo título- y buena fe en el *accipiens*, esto es, creencia en la condición de dueño del *tradens*. En este sentido, parece claro, como ha argumentado Miquel¹⁸⁶, que justa causa de la *traditio* y justo título de la *usucapio* son conceptos coincidentes. Como sostiene CUENA CASAS¹⁸⁷, si hay justa causa, la buena fe del adquirente unida al transcurso del tiempo sustituye el requisito del poder de disposición del transmitente.

En el caso de que la justa causa sea una *emptio vendito*, no es necesario que el *tradens* tenga el poder de disposición en el momento de la venta -no debemos olvidar que, en Roma, el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad de la cosa al comprador, sino sólo a garantizar su pacífica posesión- sino en el momento de la *traditio* como acto. Si en ese momento no tienen el poder de disposición, no hay *traditio* traslativa sino meramente posesoria –nuda *traditio*- y el *accipiens* no deviene propietario, sino solo poseedor *ex iusta causa* y, dado que la *emptio venditio* es una *iusta causa* de finalidad traslativa, tal *possessio* permite al *accipiens* adquirir por usucapión.

180 VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 347.

186 MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, especialmente. ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 31 a 46.

187 CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pag. 34.

4.3.3.3.1.2. Que tenga lugar el traspaso posesorio o *nuda traditio*

La palabra *traditio* significa “entrega” y, en el contexto del proceso de adquisición de la propiedad que estamos tratando, significa entrega de la posesión de la cosa que transmite la propiedad por ir acompañada de una justa causa –supuesto el poder de disposición del *tradens* en el momento de realizarla-. Como explica D’ORS,¹⁸⁸ la entrega del *tradens* consiste propiamente en dejar que el *accipiens* tome posesión de la cosa y puede ser, por lo tanto, puramente pasiva: en este sentido puede afirmarse también que la *traditio* como acto consiste en una apropiación posesoria.

Parto, por lo tanto, de una concepción causal de la *traditio*, concepción que es la más apropiada para el Derecho Romano, tal y como ha demostrado convincentemente MIQUEL,¹⁸⁹. Los partidarios de la *traditio* abstracta, sin embargo, tienden a exigir en el acto *traditorio* la concurrencia de la común voluntad de transmitir y de adquirir respectivamente la propiedad de la cosa, configurando el negocio causal como signo o evidencia de tal voluntad.¹⁹⁰

Lo que importa es que la cosa entregada quede bajo control efectivo del *accipiens* y las modalidades para conseguir ese resultado son varias, dependiendo de la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del objeto cuya posesión deba entregarse.

En materia de bienes muebles, que pasan de mano en mano, cabe pensar que lo normal debía ser la entrega física, -y, en ese sentido, traspaso posesorio- del bien, aunque no era la única opción. Tratándose de inmuebles, por sus propias características, esa

¹⁸⁸ D’ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 221- 222.

¹⁸⁹ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, especialmente págs. 31 a 46. ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 31 a 46. En el mismo sentido D’ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989 pág. 23.

¹⁹⁰ En este sentido VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed.: Civitas, Madrid, 1986, pag. 347. Es también la posición de Savigny. Para una exposición y crítica de las diferentes argumentaciones a favor de la abstracción, véase MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, especialmente págs. 31 a 46. ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 23-92.

opción no cabía. No cabe una entrega física de un inmueble como se entrega físicamente una mercadería -supuesto normal de entrega posesoria de la *traditio* unida a una *emptio venditio*, que, en sus orígenes, era un contrato mercantil que se utilizaba para la adquisición de mercancías -*merx*-. Por ello, debe recurrirse a la realización de actos que tengan el mismo significado que la entrega posesoria de una mercadería como consecuencia de una *emptio venditio*. Tal significado no es otro que el de traspasar al adquirente el control efectivo -lo que implica *ius possidendi*- del bien objeto de *traditio*.

A tales actos se les denomina, impropriamente a mi juicio, formas espiritualizadas de *traditio*. En realidad, tratándose de inmuebles, son solo las formas posibles de *traditio*, al ser imposible una entrega física similar a la entrega de una *merx*. El término espiritualización solo es admisible si se quiere hacer referencia a que esos actos traditorios revisten formas que no consisten en la entrega material del bien que es objeto de transmisión.

Con esta matización debe entenderse la afirmación de MIQUEL¹⁹¹, de que en materia inmobiliaria se observa una evolución que tiende a espiritualizar progresivamente los requisitos de la *traditio* –entendida como acto, en la terminología expuesta- y que va desde la *circumambulatio glebarum* –rito consistente en que que *tradens* y *accipiens* recorren juntos los linderos de la finca-, hasta la *vaccuam possessionem tradere* – consistente en que el *tradens* deja el fundo libre para que el *accipiens* lo encuentre desocupado-, pasando por la *traditio longa manu* – subidos a una torre el *tradens* señala al *accipiens* los linderos de esta-.

¹⁹¹ MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 186-187. VOLTERRA E. señala, además, determinados supuestos en los que no era necesario el acto *traditorio* para el traspaso de la propiedad, sino tan solo la *iusta causa*. Son los siguientes:

1) *Communicatio bonorum*: cuando varias personas que constituyen una *societas omnium bonorum* ponen en común sus bienes. Se admite que, con la constitución de la relación contractual de sociedad, pasan a ser condóminos del conjunto de los bienes, sin necesidad de realizar un acto de transferencia de los bienes de cada propietario a los condóminos.

2) *Transferencia de propiedad a personas jurídicas*: Una constitución discutida de Justiniano (C.1,2.23.4) parece establecer que en las donaciones y en las ventas a las ciudades, a las Iglesias, a las *piae causae*, la propiedad se transfiera sin necesidad de *traditio*.

3) *Donaciones entre padres e hijos*: Una constitución de Constantino del año 319 (C. TH. 8, 12, 4) establece que en las donaciones entre padres e hijos, la propiedad pasa a los donatarios sin necesidad de *traditio* o de *mancipatio*. El principio, sancionado por el *Codex Theodosianus* y en la *Lex Romana Visigothorum*, no es acogido en la compilación de Justiniano. VOLTERRA E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed.: Civitas, Madrid, 1986, pág. 351.

Lo verdaderamente relevante es este progresivo proceso de desconexión física de la *traditio* como acto del bien objeto de transmisión. Dentro del mismo, merece ser destacada la que, con posterioridad, los juristas medievales, conocieron con el nombre de *traditio per chartam*, esto es, *traditio* mediante la entrega del documento, procedente de los derechos orientales, recogido por Justiniano, y también aplicable a los inmuebles.¹⁹²

Este proceso de progresiva desconexión física de la *traditio* como acto no permite afirmar que esta desapareció *de facto* del proceso transmisivo. Ello obligaría a trasladar el momento adquisitivo –esto es, el de la adquisición con efectos reales, en el supuesto de que el vendedor tuviese el poder dispositivo- al de la perfección contractual y, por tanto, a trasladar la exigencia de poder dispositivo del transmitente a ese momento, lo que implicaría la destrucción de la distinción entre negocio obligacional y acto dispositivo, diferencia esencial sobre la que se construyó el Derecho patrimonial romano.¹⁹³

Como observa CUENA CASAS ¹⁹⁴, esta separación se pone de manifiesto en la estructuración del contrato de *emptio venditio*, siendo la de cosa ajena no solo admitida, sino contemplada como un supuesto normal. Si, por el contrario, la venta hubiese sido considerada un acto dispositivo, la venta de cosa ajena hubiera sido nula en virtud del principio *nemo dat quod non habet*, lo que difícilmente justificaría su consideración como justo título válido para la usucapión (D. 41.3.48. *Paul .2. man*) y, además, se desnaturalizaría el instituto del saneamiento por evicción, instituciones todas ellas pensadas y creadas sobre la base de un principio estructural: la separación entre negocios obligacionales y actos dispositivos. Además, como afirma ARANGIO-RUIZ ¹⁹⁵, el Derecho clásico siempre exigió una cierta presencia de la cosa y la tendencia a aminorar esta presencia nunca pretendió eliminarla de modo absoluto, sino más bien no exigirla

¹⁹² VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 351.

¹⁹³ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, J.M. Bosch Editor S.L, Barcelona, 1996, págs. 40-41, o ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano*, ed. Reus, Madrid, 1994, pág. 182.

¹⁹⁴ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 41.

¹⁹⁵ ARANGIO-RUIZ V., *Instituzioni de Diritto romano*, ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoles, 1984 pág. 210.

cuando era inoficioso hacerlo, lo que sucede en los casos de *traditio brevi manu* y *constitutum possessorium*¹⁹⁶.

Si la *mancipatio* y la *in iure cessio* ya eran insuficientes como instrumentos de difusión pública de las transmisiones *inter partes*, a estos efectos, la insuficiencia de la *traditio* como acto, en cualquiera de sus modalidades, aún era mayor, si bien a cambio de agilizar el mecanismo transmisivo, por lo que cabe preguntarse sobre cuál era su función dentro del proceso transmisivo que he denominado traditorio.

A pesar de que sea una opinión muy extendida que el acto traditorio desempeñaba una función publicitaria o difusora del proceso transmisivo operado *inter partes*, no resulta nada convincente esta opinión, porque su capacidad publicitaria es prácticamente nula y, en todo caso, mucho menor que la de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, ya de por sí insuficientes a estos efectos.

Parece, en cambio, más consistente con la estructura del proceso transmisivo, la opinión de SCIALOJA¹⁹⁷, según el cual, la función de la *traditio* sería simplemente posibilitar al *accipiens* el goce del derecho. Ello no significa que la *traditio* como acto fuese un acto cuyo significado era el traspaso del control efectivo del bien al adquirente sino que, acompañado de una justa causa, era un acto dispositivo, siempre que el *tradens* tuviese poder de disposición.¹⁹⁸ Ello nos lleva a la cuestión de la *iusta causa traditionis*.

¹⁹⁶ La *traditio brevi manu* tenía lugar cuando el adquirente, antes de la *traditio*, detentaba ya la cosa bajo otro título distinto –arrendamiento, usufructo, etc- y no era necesaria, por tanto, ninguna transmisión o puesta a disposición material de la cosa misma. El *constitutum possessorium* tenía lugar cuando el enajenante no realizaba la entrega sino que se constituía en mero detentador de la cosa en nombre del adquirente, de modo que este adquiría la propiedad y la posesión de esta sin necesidad de transmisión material. Así, por ejemplo, el enajenante realiza un contrato de arrendamiento con el adquirente, por lo que continúa detentando materialmente la cosa, pero no ya como propietario sino a título de arrendamiento. VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986 pág. 350.

¹⁹⁷ SCIALOJA V, *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931. pag. 124. En el mismo sentido FUNAIOLI C.A., *La Tradizione*, ed. CEDAM, Padua, 1942, págs. 4 y 12.

¹⁹⁸ Sostiene SCIALOJA V, *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 36, que la *traditio* nació, no como instrumento que configurara un modo de transmisión de la propiedad, sino, simplemente, como un medio de transmisión de la posesión. Cosa distinta es que esa posesión, unida a determinadas circunstancias, operara la transmisión de la propiedad. De este modo la *traditio* posesoria constituyó el sustrato sobre el que se edificó la *traditio* traslativa.

4.3.3.3.1.3. *Iusta causa traditionis*: que el acto traditorio se fundamente en una justa causa

4.3.3.3.1.3.1. La cuestión de la causalidad o abstracción de la *traditio* como acto

Hay un amplio consenso sobre la necesidad de que haya una común voluntad de las partes de transmitir y adquirir la propiedad de la cosa para que tenga lugar la adquisición de la propiedad –*animus transferendi et accipiendi dominii*-. La cuestión es si basta con tal voluntad en abstracto o, por el contrario, debe estar fundamentada en una justa causa, entendida como *causa habilis ad dominium transferendum*, tal y como se definió en el Derecho común.

Surge así la cuestión de si, en Derecho romano, la *traditio traslativa* era abstracta o causal. De ser abstracta, en rigor, la justa causa – esto es, v.gr.: el acto o negocio obligacional reconocido por el Derecho como hábil para transferir el dominio- no formaría parte conceptualmente del proceso transmisivo, y, en consecuencia, las vicisitudes que pudiesen afectar a la eficacia del acto o negocio obligacional no podrían afectar a la eficacia de la *traditio como acto* -abstracción causal *inter partes*- ni tampoco a la eficacia de los actos traditorios posteriores insertados en la misma cadena - abstracción causal *inter tertio*-) . De ser causal, por el contrario, el negocio obligacional –en nuestro caso la *emptio venditio*- sí formaría parte del proceso transmisivo- y, en consecuencia, las vicisitudes que afectasen al mismo sí afectarían a la eficacia traslativa del acto traditorio -causalidad *inter partes*-. También podría afectar a la eficacia de procesos traditorios ulteriores referentes al mismo bien e insertados dentro de la misma cadena transmisiva, si las vicisitudes que afectasen al negocio obligacional estuviesen protegidas por una regla de propiedad, esto es, por una acción real,-causalidad *inter tertios*-, pero no si estuvieran protegidas sólo por una regla de responsabilidad, esto es, por una acción personal, en cuyo caso estaríamos ante un proceso traditorio causal *inter partes* pero abstracto *inter tertios*.

Hechas estas precisiones, puede afirmarse que la *traditio* romana es siempre causal *inter partes*, pero no siempre lo es también *inter tertios* porque no todas las vicisitudes que afectan al negocio causal están protegidas por una regla de propiedad.

En una concepción causal de la *traditio*, la voluntad común de transferir y de adquirir la propiedad se residencia en la justa causa, con lo que tiende a atribuir a la misma la potencia transmisiva y a considerar al acto traditorio como un simple traspaso posesorio en el sentido de traspaso de control efectivo del bien. En la concepción abstracta, por el contrario, tal voluntad común se residencia en el acto traditorio, con lo que se tiende a acentuar la distinción entre negocios obligacionales y negocios dispositivos.

4.3.3.3.1.3.2. La *traditio* romana como acto causal

Corresponde a MIQUEL el mérito de haber demostrado convincentemente que la *traditio* en Roma era causal¹⁹⁹ y que, si bien en Oriente se evoluciona hacia una doctrina abstracta de la *traditio*, sin embargo en Occidente se consolida una concepción causal, de la que deriva la denominada teoría del título y el modo.

Según MIQUEL²⁰⁰, los escoliastas bizantinos se plantearon el problema de la naturaleza causal o abstracta de la *traditio* a propósito de la famosa antinomia entre los textos de ULPIANO (D. 12,1,18 pr.) y de JULIANO (D. 41,1,36)²⁰¹. De diversos

¹⁹⁹ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapción en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 31 a 46.

²⁰⁰ *Ibidem*, págs. 59-69.

²⁰¹ Los textos son los siguientes:

D. 12.1.18 (*Ulpianus libro seprimo disputationum*): “*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederó, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutuam sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*”.

D. 41, 1. 36 (*Iulianus libro 13 digestorum*): “*cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluit si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes e stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratum tibi tradam donando gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat propritatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*”.

escolios de CIRILO y de ESTÉFANO deduce que el acuerdo de voluntades sobre la donación puede darse en cualquier momento, hasta que sobrevenga el momento de la *traditio*. Así, ESTÉFANO introduce lo que modernamente se denomina el acuerdo real causal, es decir, el mero acuerdo de voluntades *donandi causa* es suficiente para esperar el traspaso de la propiedad. Era la consecuencia inevitable de la hipertrofia de la voluntad y de la desmesurada extensión del concepto de contrato. Todavía se necesita para que aparezca el contrato real abstracto, primero, que se configure la tradición como contrato y, segundo, que se la separe de su causa.

CONSTANTINO NICEO, un escoliasta del siglo XI, intentando resolver la antinomia entre JULIANO y ULPIANO, dió el paso, al afirmar que entre ambos textos no hay contradicción, sino que de ambos se deduce que pasa la propiedad. La razón es que las partes están de acuerdo sobre el *corpus* y sus voluntades van dirigidas a la transmisión del dominio. El negocio causal queda relegado así a servir de mero indicio de la voluntad de transmitir, lo mismo que habría de hacer SAVIGNY unos siglos más tarde al dar a la causa un valor indiciario, que revela la voluntad de las partes.²⁰²

Con ello, según MIQUEL²⁰³, se pone de manifiesto que la doctrina de la abstracción de la *traditio* no encuentra su expresión hasta el siglo XI, con NICEO, aunque este la hallara de un modo casual al resolver la antinomia entre JULIANO y ULPIANO.

²⁰² MIQUEL J. *Causa de la tradición y el título de la usucapción en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 68, cita la opinión contraria de FUCHS, el cual afirma que no se encuentra en NICEO el contrato real abstracto en el sentido de, por dos SAVIGNY razones: a) el texto no emplea la palabra contrato para designar el momento en que se opera la transmisión de la propiedad, sino que habla simplemente de la voluntad concorde de transmitir; b) la exposición de esta voluntad bilateral de transmitir muestra que NICEO no la concibe como algo independiente de lo que las partes han querido, sino en un sentido causal. MIQUEL rebate ambos argumentos. El primero, alegando que la expresión utilizada por NICEO es una forma típica de los juristas bizantinos de referirse al contrato. Y el segundo, ciertamente NICEO deduce la voluntad de transmitir de lo manifestado por las partes al manifestar su intención de donar y de recibir en préstamo respectivamente, tal y como haría SAVIGNY siglos más tarde. Discrepa también de esta opinión de MIQUEL, ALONSO PÉREZ M, según el cual – ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil”, pág.145, en BADOSA COLL F, GETE-ALONSO CALERA M.C (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E, NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. Colegio Notarial de Catalunya y Marcial Pons, 2009- MIQUEL “fuerza los textos de las *Res cottidianae* de GAYO, las *Institutiones* de JUSTINIANO y la *Paráfrasis* de TEÓFILO para sacar asdelante el *animus dominium transferendi* y prescindir de la *iusta causa*. Los escoliastas de las *Basilicas*, y entre ellos especialmente el oscuro Niceo, pudo haber influido según J. MIQUEL en SAVIGNY a través de DONELLO. *Mexcuesta creer que a tan geniales autores les influyera en tanto grado un comentarista bizantino nada relevante*”.

²⁰³ *Ibidem*, págs. 68-69.

Pero el puente para el paso de la *traditio* causal a la abstracta lo constituyó el llamado acuerdo real causal, que se encuentra claramente en ESTÉFANO. NICEO no hizo otra cosa que recoger todos los tópicos corrientes en su época para reducirlos a síntesis por medio de un proceso de abstracción.

Así, la elaboración de las fuentes había desembocado en Oriente en una doctrina abstracta de la *traditio*, formulada claramente por NICEO, mientras que esta elaboración provoca en Occidente una doctrina causal de la *traditio*: la doctrina del título y el modo.

Ello significa que, como afirma D'ORS²⁰⁴, las justas causas de la *traditio* son típicas y no una única que sería el convenio abstracto de transmitir la propiedad. Tales justas causas son (1) de *credere*, o dar en prestativo, principalmente por *numeratio pecuniae*; (2) de *solvere*, o dar en pago de una obligación que tiene por objeto un *dare*; (3) de *emere*, es decir, de tener como comprado; (4) de *donare*, o dar sin contraprestación; (5) de *dotem dare*, o dotar por la mujer dando al marido. CUENA CASAS ²⁰⁵ añade la permuta.

Todas las vicisitudes causales no repercutían, sin embargo, del mismo modo sobre la eficacia traslativa de la *traditio*. Unas, conferían al *tradens* una *actio in rem*, -o, en otros términos, estaban protegidas por una regla de propiedad- pero otras solo le conferían una *condictio*, que era una acción personal que, por tanto, no alcanzaba a terceros de buena fe -o, en otros términos, estaban protegidas por una regla de responsabilidad-.

De un modo general, puede afirmarse, con D'ORS²⁰⁶, que la falta de una *causa adquirendi* hace que la *traditio* resulte inoperante para convertir en propietario al *accipens*: el *tradens* conserva la reivindicatoria -acción real- pues sigue siendo propietario. Cuando, en cambio, falla la causa remota -v.gr. la previsión de matrimonio causa a su vez de la dote, o la deuda, causa a su vez del pago- la *datio* se produce realmente, pero es la retención de la propiedad adquirida la que viene a quedar sin causa -*causa retinendi*-: en

²⁰⁴ D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 224.

²⁰⁵ CUENA CASAS M *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 49.

²⁰⁶ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1986, págs. 225-226.

consecuencia, procede, no la *reivindicatio*, pues la propiedad fue adquirida por el *accipiens*, sino la *condictio*- acción personal-.

De este modo, resulta que el acto traditorio es siempre causal *inter partes*, pero, *inter tertios*, solo respecto de aquellas vicisitudes que afectando a la *iusta causa*, se hallan protegidas por una acción real. De ello se deduce que únicamente proyectan incertidumbres sobre el comercio –sobre el tráfico jurídico- aquellas vicisitudes de las *iustae causae* que están protegidas por una regla de propiedad, esto es, por una acción real que alcance incluso a los terceros de buena fe.

Resulta claro que, en el caso de que el *tradens* no tenga poder de disposición, el *verus dominus* puede ejercitar una acción reivindicatoria, acción de carácter real que alcanza incluso a los terceros de buena fe. Lo mismo cabe decir respecto de los derechos reales recayentes sobre la cosa, los cuales eran tales precisamente por estar protegidos mediante acciones reales con el mismo alcance.

Mayor problema puede plantear el alcance de los pactos entre comprador y vendedor que limiten el poder de disposición del comprador sobre la cosa vendida.

4.3.3.3.1.3.3. La *emptio venditio* como *iusta causa traditionis*

Sostiene VOLTERRA ²⁰⁷ que si la *traditio* está ordenada a poner en existencia un negocio jurídico entre el que da algo y el que lo recibe, *iusta causa traditionis* será el negocio jurídico que se realiza en el momento mismo de la *traditio*.

Así, por ejemplo, si Ticio realiza una *permutatio* de *res nec mancipi*, es decir, un intercambio de cosa por cosa, *iusta causa* de las dos *traditiones*, que justifica el paso de la propiedad de cada una de las dos cosas de un sujeto a otro, será el negocio jurídico permuta, el cual es simultáneo a las dos *traditiones*.

²⁰⁷ VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 348-349.

Si la *traditio*, en cambio, va precedida de una obligación que tiene como objeto la transmisión de la propiedad de una cosa, la *iusta causa traditionis* no será ya la obligación sino su cumplimiento –*olutio*–, que es una relación jurídica simultánea a la *traditio*.

Así, por ejemplo, si Ticio, vendedor, y Cayo, comprador, se pusieron de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio –compraventa obligatoria– entre ellos surge una relación obligatoria, por la que Cayo, comprador, está obligado a transferir la propiedad del precio a Ticio. Cayo entrega la suma a Ticio con la intención de desprenderse de ella definitivamente. Para el vendedor, como afirma MIQUEL²⁰⁸, el pago del precio hecho por el comprador es una *olutio*, por lo cual no existe una justa causa *ex venditore* o *iusta causa venditionis*.

La cuestión, sin embargo, es muy distinta desde la perspectiva del comprador. La razón de la diversidad la encontramos en que el comprador está obligado a un *dare*, esto es, a transmitir al vendedor la propiedad del precio, en tanto que el vendedor no necesita transmitir la propiedad de la cosa vendida sino que le basta con entregar la posesión al comprador y garantizarle el pacífico disfrute de esta. De ahí que la causa del comprador sea la *emptio* y su título sea *pro emptore*.

La importancia de que se adquiriera *pro soluto* o *pro emptore* estriba en que con estos nombres se define la validez de la relación fundamental que encierran: para el título *pro emptore* se exige que la *venditio* sea válida; para el título *pro soluto* que exista una *olutio* válida. Lo cual nos lleva al problema del pago de lo indebido y su incidencia sobre la concepción causal de la *traditio*.

4.3.3.3.1.3.4. El régimen específico del pago de lo indebido -*olutio indebiti*-

Suele afirmarse que un importante escollo para la concepción causal de la *traditio* es el régimen del pago de lo indebido –*olutio indebiti*–. En efecto, cuando se realiza una

²⁰⁸ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2009. págs. 27-28.

solutio válida de una *obligatio* inexistente o inválida, la *solutio* transfiere la propiedad, como demuestra el hecho de que se otorgue a quien pagó indebidamente una *condictio*, si bien no una reivindicatoria como procedería en un sistema causal. Desde esta doble perspectiva –independencia de la validez de la *obligatio* que se pretende extinguir con la *solutio* y asignación a quien pagó indebidamente de una *condictio* en lugar de una acción reivindicatoria- algunos autores afirman que el título *pro soluto* es abstracto²⁰⁹. MIQUEL se inclina, con claridad, por afirmar el carácter abstracto del título *pro soluto*²¹⁰

La palabra *obligare* viene de *ob-ligare*, atar alrededor de, significando, por tanto, el acto material de estar ligado al deudor en la prisión del acreedor. El correlativo de *obligare*, atar, es *solvere*, desatar, en su sentido más concreto: desatar los grilletes de un prisionero. De ahí se sigue que esta se efectuaba en un principio por un tercero. Tenía lugar dando dinero y este carácter permanece todavía cuando es el deudor mismo el que se desvincula de la obligación.

Partiendo de estas ideas es como, según MIQUEL²¹¹, se explica la abstracción del título *pro soluto*. En un principio, *solutio* significaba liberación de responsabilidad, pasando luego a significar cumplimiento de la obligación; pero sigue conservando su carácter abstracto. Es a partir de esta evolución histórica como puede explicarse que la *solutio* se concibiera de un modo autónomo con respecto a la obligación.

D'ORS²¹², sin embargo, niega el carácter abstracto de la *solutio indebiti*. En efecto, según este autor, la procedencia de la *condictio indebiti* en los casos en los que el negocio obligacional es inexistente no conlleva la negación de la causalidad de la *traditio*. En estos casos, se justifica la existencia de la *datio* porque la causa inmediata para dar la propiedad existió –*solutio*– pero lo que falla es la causa remota –por ejemplo, la existencia

²⁰⁹ En este sentido, CUENA CASAS M *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996. pág. 47.

²¹⁰ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapción en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2009. págs. 46- 49.

²¹¹ *Ibidem*, pág. 49.

²¹² D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, pág. 226.

de la deuda o la falta de celebración del matrimonio en la *datio dotis*-, cuya ausencia no invalida la *datio*, pero el adquirente se queda sin *causa retinendi* y por ello no procede la reivindicatoria sino la *condictio*.

En esta misma línea se manifiesta CUENA CASAS²¹³. Recuerda esta autora que la *solutio* se entiende como *iusta causa* de la *traditio* a partir de un famoso texto de Hermogeniano, recogido en D.41.3.46 (*Herm. 5 epit.*), que establece que “*puede usucapir como pago el que recibe una cosa a causa de débito, y no solo lo que se le debía, sino que puede usucapirse por este título todo lo que se da en pago de una deuda*”. No se exige, por lo tanto, la validez de la relación jurídica anterior, sino tan sólo la de la *solutio*.

La introducción de la *solutio* como causa de la *traditio* facilitó la justificación del otorgamiento al *tradens indebiti* de la *condictio* y no de la *reivindicatoria*, manteniendo así la causalidad de la *traditio*. Sin embargo, la *traditio* traslativa sólo es un acto solutorio cuando tiene su origen en una obligación de *dare*, lo que está íntimamente unido a la figura de la *stipulatio* romana, al legado damnatorio, que, a diferencia de lo que sucede con la *emptio venditio*, generan la obligación de transmitir la propiedad.

Así, el acto de cumplimiento de estas obligaciones nacidas de la *stipulatio*, pareció constituir la causa de la *traditio*, y, de ahí, la posible incorrección del artículo 609 del Código civil español, que, al hablar de “*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”, parece contemplar únicamente a los primeros como *iusta causa*, quedando sin resolver el problema de la justificación de la procedencia de la *condictio indebiti* y no de la acción reivindicatoria en los casos de pago de lo indebido.

Desde una perspectiva más general, MIQUEL²¹⁴ pone de manifiesto que el hecho de que no se distinga adecuadamente la distinta naturaleza de las obligaciones del vendedor y del comprador pone de manifiesto el error en el que se fundamenta la denominada teoría del título y el modo.

²¹³ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996. págs. 48-49.

²¹⁴ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapción en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2009, pág. 28.

Sea cual sea la solución por la que se opte, queda claro, sin embargo, que (1) en caso de *solutio indebiti* procede la *condictio*, pero no la reivindicatoria, por lo que (2) a los efectos de este trabajo puede afirmarse que la *solutio indebiti* es un acto causal *inter partes*, pero abstracto *inter tertios*.

4.4. La publicidad de las transmisiones en Derecho romano

4.4.1. La evolución de los sistemas de difusión pública de las transacciones inmobiliarias en Derecho Romano

Suele afirmarse que el sistema romano de transmisión inmobiliaria se caracteriza por su clandestinidad²¹⁵, término que sólo puede ser aceptado si con él se pretende expresar falta de difusión pública de las transacciones inmobiliarias y, más concretamente, falta de difusión pública suficiente para conseguir un conocimiento generalizado de las mismas.

Esta caracterización -falta de difusión pública suficiente- sí puede aceptarse, sin embargo, para el *ius civile*, así como para el *ius gentium*, tanto en los fundos itálicos como en buena parte de las provincias del Imperio, especialmente las occidentales, al menos hasta finales del siglo III d. C, a partir de cuyo momento comenzaron a aparecer formas embrionarias de registración pública²¹⁶, pero no puede aceptarse para las provincias

²¹⁵ En este sentido, GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, TI, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 147. Para evitar confusiones al respecto, es conveniente distinguir, como propone SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996., págs. 55-56, tres situaciones: a) Inexistencia de publicidad, la cual tiene lugar cuando el ordenamiento no preve mecanismo alguno que permita hacer públicas las transmisiones; b) Clandestinidad, la cual tiene lugar cuando, habiendo normas de publicidad inmobiliaria, estas normas no se cumplen, y, como consecuencia de ello, los actos relativos a los bienes inmuebles, quedan inmersos en una situación de clandestinidad; c) Publicidad inmobiliaria, la cual tiene lugar, cuando habiendo normas de publicidad inmobiliaria, tales normas se cumplen.

²¹⁶ ZAMORA MANZANO J. L., *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004., pág. 19. Incluso, hasta el 472 d.C, no hubo mecanismos de publicidad registral para las hipotecas, dando prioridad a las

orientales, especialmente para Egipto, donde sí había técnicas de publicidad registral suficientemente desarrolladas, las cuales fueron respetadas por los romanos, pero no incorporadas para el Lacio ni para los fundos itálicos²¹⁷.

La *mancipatio* y la *in iure cessio* eran actos solemnes y públicos y, en esa medida, servían también para difundir las transacciones, si bien eran instrumentos de difusión pública claramente insuficientes en un imperio en constante expansión, aun cuando los mercados sobre la tierra fueran en esencia locales y, probablemente, con escaso número de transacciones.

Puede admitirse, por lo tanto, que las formas clásicas de adquirir el dominio – *mancipatio* e *in iure cessio*– no tenían una finalidad exclusiva de publicidad, sino también de solemnidad. Lo cierto es que su progresiva sustitución por la *traditio* suponía un debilitamiento de la solemnidad y también de la publicidad de los anteriores modos transmisivos de la *res Mancipi*, especialmente a medida que se fue “espiritualizando”²¹⁸, término este que, referido a la *traditio*, induce a confusión. En efecto, la *traditio*, inicialmente, no era sino el modo transmisivo de los bienes muebles, normalmente precedida de una *emptio venditio*, pero, al aplicarse a bienes inmuebles ya no podía seguir siendo una entrega física de la posesión sino que, necesariamente, solo podía consistir en actos, con un mayor o menor componente litúrgico, que conllevaban el traspaso del control jurídico efectivo sobre el bien. A los actos de menor componente litúrgico de esa clase es a lo que suele denominarse *formas espiritualizadas* de *traditio*. Y ello induce a error porque transmite la idea de que la potencia transmisiva se halla en el contrato y, en general, en *el titulus*, siendo la *traditio* más o menos prescindible, lo que no es posible si se configura el contrato como generador de obligaciones y la *traditio* como un acto o negocio jurídico causal.

constituidas ante una autoridad pública o ante tres testigos. NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, Oxford, 1962, pag. 153.

²¹⁷ LEROUXEL F., *The private credit market, the Bibliothek Enktesion and public services in Roman Egypt*, en *Annales. Histoire. Sciences Sociales*. (AHSS) 67 (4), págs. 629-650.

²¹⁸ En este sentido SCHULZ F., *Derecho romano clásico*, trad. SANTA CRUZ TEJEIRO, ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 339, o SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, T.I, Madrid, 1947, pág. 45.

Ahora bien, como señala VOLTERRA ²¹⁹, tal evolución está conexas, en parte, con la de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias, que era bastante conocida y practicada desde hacia siglos, a través de diferentes formas, entre las poblaciones orientales. Incluso, como ponen de manifiesto algunos papiros greco-egipcios, los romanos, con fines prevalentemente fiscales, se preocuparon de reglamentar con disposiciones adecuadas tal publicidad en las provincias, inspirándose probablemente en los sistemas que estaban ya en vigor antes de su conquista, entre ellos, el de redacción del acto de transferencia delante de magistrados o funcionarios y su depósito en archivos públicos. En este sentido, es relevante subrayar que, como observa Lerouxel, los impuestos que gravaban los inmuebles, o su adquisición, no eran exigibles a terceros si no se habían hecho constar en el Registro antes de su adquisición²²⁰, lo que cuestiona que la finalidad de tales registros fuese únicamente fiscal.

Según ÁLVAREZ SUÁREZ ²²¹, el documento griego extendido ante testigos, y sellado por éstos y las partes, se conservaba primeramente en poder de estas; pero, paulatinamente, prevaleció la costumbre de depositarlos en el Archivo público que existía en todas las ciudades griegas. Con este depósito de los documentos en los Archivos públicos se abrió la posibilidad de que fueran redactados directamente ante los funcionarios del Archivo, de tal manera que se estableciera una correspondencia entre la custodia y la autenticidad pública. Desde el punto de vista del depósito en el Archivo no se guardaba el documento original sino una copia de este, que debía de ser examinada por los funcionarios, lo que, sin duda, constituye un precedente de la calificación registral. Por otro lado, es importante destacar cómo en la zona de la Ática existió la costumbre de marcar los terrenos hipotecados con los *oroi* o mojones a fin de dar certeza sobre las cargas que afectaban a las fincas.²²²

²¹⁹ VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 353.

²²⁰ LEROUXE F., *The private credit market, the Bibliothek Enkteseon and public services in Roman Egypt*, en *Annales. Histoire. Sciences Sociales*. (AHSS) 67 (4), págs. 648-651.

²²¹ ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Los orígenes de la contratación escrita*, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, IV, Madrid, 1948. pág. 60.

²²² RAMOS FOLQUÉS R., *El Registro de la propiedad egipcio según la literatura papirologica registral egipcia*, RCDI, 1961, pág. 317.

La prueba de la existencia de registros para la propiedad fundiaria se ha encontrado en un papiro del año 1263 que contiene la denominada Petición de Dionysia²²³.

Se trata de una petición, dirigida por Dyonisia²²⁴ al prefecto de Egipto en el año 186 d.C, por un litigio que afectaba a unos predios recibidos en dote por su marido Horion, contra su padre Chaeremon. La defensa alegada por Dyonisia recoge entre los documentos justificativos de su pretensión, una base jurídica importantísima: el Edicto de M. Rufo *de tabulis possessionum fundi*, prefecto de Egipto en 89 d.C, que estableció la obligación de inscribir las fincas en las *Bibliotheke ton enkteseon*. En efecto, el Edicto, haciéndose eco de las deficiencias existentes, ordena a todos los propietarios que, en el plazo de seis meses, inscriban todos sus bienes en el registro de adquisiciones o *Bibliotheke ton enkteseon*, de modo que fijaba un sistema de publicidad de la propiedad inmueble exclusivo de la provincia de Egipto.

Para la efectividad del sistema, los *tabelliones* quedan supeditados a la certificación registral –*epistalma*– que autoriza la disposición de la finca. Por ello, el Edicto señala que el incumplimiento conlleva la nulidad del negocio y la aplicación de penas a los que redactan documentos sin la certificación acreditativa (*tabelliones quicquam non iussos a librorum custodibus perficere scientes nihil prodesse talia, sed etiam ipsi ut contra mandata facientes poenam ferent eam quae par erit*). Según SCIALOJA²²⁵, estos registros tenían estructura semejante a los modernos registros germánicos. De acuerdo con esta opinión, el principio general por el que la propiedad se transmitía por tradición era excepcionado en algunas provincias.

Esta opinión, sin embargo, es, probablemente, exagerada. En efecto, la parte final del Edicto señala: “para que el uso de las inscripciones permanezca seguro y para siempre, y no sea necesaria una nueva disposición, se ordena a los que custodian los

²²³ SCIALOJA V., *Teoría della proprietà nell Diritto romano*, T. II., Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 62.

²²⁴ ZAMORA MANZANO J. L., *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho romano*, pág. 19, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs. 27 y 28.

²²⁵ SCIALOJA V. En *Teoría della proprietà nell Diritto romano*, T. II., págs. 40 ss.

libros de inscripciones que renueven en el quinto año las mismas, para dar a conocer las últimas novedades o anotaciones por su descripción, aldeas y forma”. (*Ut autem firmus et in perpetuam maneat tabularium usus ne iterum professione egeant, mando librorum custodibus, ut quinto quoque anno renovent tabulas ita ut transferatur in novas ultimunm cuiusque nominis incicum, secundum vicos et secundum genera*).²²⁶

Como señala ZAMORA MANZANO²²⁷, la autorización para estipular el negocio traslativo estaba subordinada, con toda probabilidad, al pago del impuesto, es decir, no estaba permitido proceder a una enajenación de propiedad inmobiliaria sin la previa autorización, sancionada fiscalmente, y la correlativa transcripción del acto negocial en el libro registral.

El problema central de este sistema radica en la necesidad de actualización del registro o catastro dado el carácter permanente del mismo, quedando la exactitud en relación a la verdadera situación del inmueble supeditada a la periodicidad de las declaraciones de los contribuyentes según los libros catastrales de cada ciudad o pueblo.

Hasta finales del siglo III d. C. sigue habiendo una diferencia en esta materia entre Italia y las provincias. La razón hay que buscarla, sin duda, en que hasta el año 292, el impuesto territorial no se extendió a los fundos situados en Italia. Este hecho determinó la imposición de formas de publicidad de las transmisiones inmobiliarias por razones fiscales. Así, varios institutos, ya vigentes en las provincias para las transferencias de inmuebles, fueron aplicándose gradualmente también en Italia y, en general, en Occidente, siendo acogidos por el ordenamiento jurídico romano.

Por último, en el Derecho justiniano, estaba vigente, de forma general, la práctica de que las transferencias de bienes inmuebles fueran realizadas a través de un acto escrito, que debía ser redactado delante de funcionarios –*curatores rerum publicarum*- o magistrados municipales, o el *defensor civitatis*, o bien delante de notarios

²²⁶ ZAMORA MANZANO J. L. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho romano*, pág. 19, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs. 31 y 32.

²²⁷ *Ibidem*. pág. 32.

–*tabelliones*- y cuya copia se conservaba en los archivos públicos. La realización de estas formalidades se consideraba apta para transferir la propiedad de la cosa sin necesidad de llevar a cabo una *traditio* física. De ahí el origen de la *traditio* instrumental.

4.4.2. La relación entre publicidad de las transacciones inmobiliarias, la necesidad de seguridad jurídica de los contratantes y las necesidades fiscales del Imperio

La relación existente entre la imposición de formas de difusión pública de las transacciones inmobiliarias y el interés del Emperador en obtener rendimientos fiscales de tales transacciones resulta poco objetable.

La razón resulta clara. Parafraseando a NORTH y THOMAS ²²⁸ puede afirmarse que toda forma de gobierno no es otra cosa que un acuerdo institucional que vende protección y administración de justicia a los ciudadanos. Ello lo lleva a cabo monopolizando la definición y la aplicación de los derechos de propiedad sobre los bienes y los recursos y la concesión de derechos para la transmisión de esos activos. A cambio de esos servicios los gobernantes reciben pagos en forma de impuestos.

En esta lógica, los gobernantes buscan formas de poder conocer las transacciones inmobiliarias con la finalidad de poder gravarlas. Conscientes de la necesidad de seguridad jurídica de transmitentes y, sobre todo, de los adquirentes, realizan ofrecimientos en materia de seguridad jurídica a cambio de impuestos. Tales ofrecimientos van desde lo que puede calificarse como simple extorsión –v.gr.: si no se paga el impuesto el documento que acredita la transacción no es admisible como prueba ante los tribunales- pasando por la disminución de incertidumbres –registro de documentos, con los efectos de prioridad y oponibilidad- hasta su eliminación -registro de derechos sin excepciones a la fe pública registral-. El sesgo del trueque depende de varios factores, entre otros, de la relación de fuerzas entre gobernantes y gobernados, así

²²⁸ NORTH D. C. y THOMAS R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*. ed. Siglo XXI, Madrid, 1991, págs. 157-158. Estos autores predicán estos atributos del Estado moderno, pero, en mi opinión, la misma lógica impera bajo cualquier forma de gobierno, por muy distintos que puedan ser los matices.

como de los intereses de las diferentes organizaciones profesionales implicadas en el proceso. Si la relación de poder es muy favorable a los gobernantes, éstos tienden a ofrecer derechos de propiedad débiles gravados con múltiples impuestos; si, por el contrario, los gobernados tienen mecanismos para equilibrar la relación de fuerzas, tiende a haber derechos de propiedad más fuertes gravados con una menor carga fiscal.

Transmitentes y adquirentes son conscientes de esta lógica, y, en consecuencia, tienden a satisfacer sus necesidades de seguridad jurídica utilizando ingenierías jurídicas que eviten el pago de impuestos. Cuando tales ingenierías proliferan, es una señal inequívoca de que el coste fiscal es superior al valor privado aportado por el servicio gubernamental en materia de seguridad jurídica inmobiliaria.

Lo sucedido en Roma es bastante elocuente al respecto. Tras la reforma fiscal de Diocleciano -292 d.C.-, los censos adquirieron una importancia excepcional como instrumento de recaudación fiscal en el ámbito inmobiliario. Para evitar el pago de impuestos, las ventas se realizaban sin hacerlas constar en el censo, y, asimismo, vendedor y comprador realizaban pactos de exoneración fiscal. Es en este momento cuando sí puede hablarse de clandestinidad en el tráfico inmobiliario romano. Con la finalidad principal de atajar estas prácticas, una constitución, probablemente de Constantino y, probablemente del año 337,²²⁹ adoptó diversas medidas.

En relación a las ventas *sine censu*, impuso la confiscación del dominio y del precio. En relación a los pactos de exoneración fiscal, bajo el título *sine censu vel reliquis fundum comparari non posse*, la constitución trataba de evitar el impago de los impuestos provinciales, según se desprende de su parte inicial, en la que se describe cómo los compradores, aprovechándose de las circunstancias económicas que padecen los vendedores, tratan de imponer un pacto de exoneración fiscal de los tributos devengados y presentes para poseer sin ningún tipo de responsabilidad fiscal.

²²⁹ Sobre datación y atribución de las medidas véase ZAMORA MANZANO J. L. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs. 35-45.

Como observa ZAMORA MANZANO²³⁰, la consecuencia era obvia, aunque no se señalara en la propia constitución: el comprador, en caso de reclamación, alegaba el pacto de exoneración y, a su vez, el vendedor argumentaba la falta de posesión del terreno. Ante esta situación, el emperador declaró nulo todo pacto en este sentido, imponiendo la obligación del pago de tributos devengados y presentes al comprador poseedor del terreno. Evidentemente, estas medidas también favorecían la seguridad jurídica de los compradores, pero no era su finalidad principal, sino tan sólo un efecto derivado.²³¹

Esto no obstante, hay en la constitución de Constantino normas cuyo efecto directo era la seguridad jurídica inmobiliaria. Tales previsiones son las siguientes²³²: (a) En primer lugar, el testimonio de los vecinos, con la finalidad de dificultar que pudiese vender un no propietario –“*testimonio publica voce, sub clamationibus populi idoneus venditor adprobetur*”-²³³. Con dicho testimonio se persigue, por lo tanto, garantizar la titularidad del bien; (b) En segundo lugar, los efectos de dicha disposición normativa consisten en que el comprador es tratado, en caso de impugnación de un tercero, como “*si a domino res vendita sit*”, esto es, como si la finca hubiese sido vendida por el dueño. Obsérvese que dicho efecto no deriva de la inscripción en ningún registro público sino del testimonio de los vecinos; (c) En tercer lugar, impone la forma escrita del negocio,

²³⁰ *Ibidem*, pág. 44.

²³¹ Esta pauta la encontraremos repetida posteriormente a lo largo de la historia. Así, por ejemplo a partir de 1066, las transmisiones de inmuebles siguieron en Inglaterra la práctica continental de transmitir la posesión a través del ritual conocido como *livery of seisin*. En esencial, el transmitente entregaba al adquirente un terrón, una rama o una llave, y decía en voz alta que estaba transmitiendo la finca. Algunas de las características de esta ceremonia respaldan la idea de que tenían una función de publicidad. En primer lugar, se celebraba en la finca o mirando hacia ella. En segundo lugar, se exigían numerosos testigos, quienes originariamente debían ser titulares de derechos sobre fincas vecinas. Por último, el hecho de que hasta el *Statute of Uses* de 1535 los particulares prefiriesen contratar usos para evitar la *livery of seisin*, evitando así el pago de impuestos, demuestra que la *livery of seisin* ponía la transacción en conocimiento de los recaudadores. Ciertamente es que este elemento de publicidad se diluyó con el tiempo, a medida que la entrega de escrituras sustituyó a la entrega de la propia finca y, además, ya no se requerían vecinos sino testigos dignos de crédito. ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, ed. Palestra (Perú), 2004, pág. 85.

²³² ZAMORA MANZANO J. L. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, págs. 65 ss.

²³³ El texto de Fragmenta Vaticana 35. 4 se refiere a “*certa et vera proprietatis vicinis praesentibus demostretur*, *Ibidem*, pág. 52.

con lo que cobra virtualidad la difusión del documento escrito, que se va a ir extendiendo desde la época postclásica.

Posteriormente, una constitución de Juliano del año 363, dada al Prefecto Pretorio Segundo, sancionó los pactos contrarios tanto del vendedor como del comprador, que tratasen de conseguir la exoneración de las cargas fiscales, si bien ya no se refería a la confiscación del precio ni del bien. Tal constitución, sin embargo, introdujo lo que ZAMORA MANZANO ²³⁴ denomina un principio formal de rogación, por el cual los cambios registrales de los censos se debían producir siempre a instancia de parte, y, por tanto, debían ser solicitados por quien realizaba la transmisión o bien la adquisición.

En el año 391 una constitución²³⁵ de Teodosio, Arcadio y Honorio, dada al Prefecto Pretorio (Cth 11.3.59) trata de garantizar la cadena de transmisión con la correspondiente anotación de todas las variaciones producidas por cambio de titularidad en los libros censales. Como afirma ZAMORA MANZANO²³⁶, tal previsión tenía una doble finalidad: (1) por un lado, garantizar que pagasen los tributos los obligados, dado el paralelismo existente entre la adquisición y el sistema tributario y (2) por otro lado, servir de referencia a futuros adquirentes. Este autor ve en ello un precedente del moderno tracto sucesivo. Todo ello pone de manifiesto, según el mismo autor, que en la regulación de la publicidad de las transmisiones inmobiliarias se aprecia una conexión entre la protección del tráfico jurídico y la tutela de las relaciones fiscales *in re ipsa*, en la medida en la que la seguridad jurídica garantizada por el testimonio de los vecinos en las compraventas sirve a la política fiscal.

Desde fines del siglo IV comenzó a prescindirse de la intervención de testigos y demás árbitros y se fue introduciendo progresivamente la escrituración y la *insinuatio* en las compraventas –y también en las donaciones-. Así resulta de una constitución de

²³⁴ *Ibidem*, pág. 80.

²³⁵ Tal constitución disponía: “*Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua posesor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suam postulet adnotari ac se spondeat solunturum, ablataque molestia de auctore in succedentem capitatio transferatur*”. *Ibidem*. pág. 81.

²³⁶ *Ibidem*.

Valentiniano del año 451²³⁷. Desde un punto de vista formal, según ZAMORA MANZANO, los requisitos exigidos por tal constitución eran la escritura, en la cual se daba entrada al documento *instrumentorum scriptor* y la *insinuatio* o *allegatio gestae* de esta, para obtener así la plena *fides publica*, pues, transcurrido un año desde la misma, se desvanecía toda incertidumbre sobre la situación jurídica del inmueble objeto de venta.

Poco a poco, la praxis contractual escrita va ganando terreno y, por ello, en relación a la compraventa, Justiniano exige para su perfección la redacción por escrito²³⁸, lo que, sin embargo, no desvirtúa su carácter consensual. Simultáneamente, según GALLO, con Justiniano se observa una inversión en la tendencia a publicitar las transferencias. Así, la utilización de la *insinuatio* no aparece circunscrita a las ventas inmobiliarias, sino a las donaciones y no ya en función de la distinción entre bienes muebles e inmuebles, sino de que el valor de la cosa donada excediera o no de 500 *solidi*²³⁹.

No obstante, es claro que se estimula la registración, pues la Nov. 49.2.2, del año 537 confiere fuerza perpetua a los documentos presentados en Archivo²⁴⁰. La Nov. 73 del año 538 viene a establecer que, en relación a los documentos no registrados o publicados *apud acta* –que son los documentos realmente públicos, no los documentos redactados por particulares, ni tampoco los documentos tabeliónicos no registrados ni

²³⁷ La constitución de Valentiniano (Nov, Valent.32 pr.) disponía: “...*Censeo igitur, ut in quibuslibet administrationibus officiis, in quocumque militiae gradu positus emendi quae ceteris capia sit, dummodo emptio et venditio celebrentur iure communi. Neminem volo potestatis iussu et impressione compelli. Volenti vendere definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii, apud quos, venditionis documentum necesse est adlegari. Nihil refert quis emat, cum publica fide pretium venditor consequatur*”. *Ibidem*, págs. 120-121.

²³⁸ *Ibidem*, pág. 130.

²³⁹ GALLO F. *Enciclopedia del Diritto*, voz *Publicità*, 38, ed. Giuffrè, Milan 1988, pág. 972. GALLO F., *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, ed. Apollinaris, Roma, 1957, págs. 188-191.

²⁴⁰ “*Si vero etiam ex publicis archivis proferatur charta, velut desuscepto mensae gloriosissorum praefectorum novimus enim etiam aliquid tale quaesitum et quod ex publicis profertur, et publicum habet testimonium, etiam susceptibile hoc esse ad collationes manuum ponimus. Ubique enim falsitatis peccatum odio habentes, et iusiurandum paraebere discutientes exhibitas literas sancivimus et ex publicis solummodo documentis comparationem fieri permisimus. Quae propter valeat per omnia lex illa praesente subdivisione delata ei, iureiurando tamen comparantium modis omnibus praebendo*”. Véase ZAMORA MANZANO J. L. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág. 163.

publicados *apud acta*- la recomendación de que intervengan testigos, a fin de que su valor probatorio no dependa exclusivamente del cotejo de las escrituras. Este mayor valor probatorio de los documentos registrados y de los publicados *apud acta* se justifica no solamente por razones de seguridad jurídica, sino sobre todo, fiscales.

4.5. La pauta evolutiva de los sistemas de transmisión inmobiliaria en Derecho Romano

El análisis de la pauta evolutiva de los sistemas de transmisión inmobiliaria en Derecho Romano –de su racionalidad subyacente- resulta imprescindible para la adecuada inteligencia de su evolución posterior y del surgimiento de los diferentes sistemas transmisivos posteriores, de los que interesan especialmente, a los efectos de este estudio, los sistemas francés, alemán y, sobre todo, a nuestros efectos, español.

4.5.1. Del formalismo y la abstracción hacia la consensualidad y la buena fe

Inicialmente, el sistema de transmisión de bienes es distinto según se trate de *res Mancipi* o *nec Mancipi*. Los fundos itálicos tienen la consideración de *res Mancipi*.

Las *res Mancipi* son bienes con características de permanencia en el patrimonio familiar, integrantes de una explotación agrícola, de gran relevancia en una economía agraria, esencialmente de subsistencia, escasamente especializada y, por tanto, con un número escaso de transacciones, integrada por núcleos de población de reducido tamaño y relativamente estables, y en la que la familia es un organismo cerrado de producción y de consumo, lo que induce a pensar que las asimetrías informativas existentes en materia inmobiliaria eran más bien residuales. Los fundos itálicos, además, no podían ser adquiridos por extranjeros, ni siquiera por usucapión.

En este contexto de transacciones escasas y personales –es decir, entre personas que se conocen entre sí-, y, por lo tanto, con asimetrías informativas residuales, la

finalidad esencial del sistema transmisivo no es la agilidad de las transacciones –o, lo que es lo mismo, la liquidez- sino el mantenimiento del conocimiento existente en relación a las titularidades y cargas sobre la tierra, lo que se consigue arbitrando mecanismos transmisivos que aseguren la difusión pública de las transacciones, pues en este contexto de población escasa y de transacciones igualmente escasas la memoria de los individuos actúa como un registro derechos: mediante el conocimiento de las transacciones conoce la situación jurídica de las fincas.

Por esta razón, los sistemas transmisivos de la *res Mancipi*, esto es, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, son formales y públicos. Ambos mecanismos son de un formalismo rígido: la efectividad de la transmisión depende de la observancia de unas determinadas formas, con independencia de la voluntad efectiva de los sujetos y, en este sentido, son abstractas, pues el acto formal es único y agota todo el proceso transmisivo. Son también públicos, si bien en un sentido ligeramente distinto. Mientras en la *mancipatio* intervenían el *libripens* y unos testigos, en la *in iure cessio* intervenía un magistrado, es decir, una autoridad pública, lo que presenta connotaciones cualitativamente distintas, pues en la *in iure cessio* interviene una autoridad pública que no interviene en la *mancipatio*.

Mancipatio e *in iure cessio* convertían en propietario al adquirente en la medida en la que el transmitente fuese propietario, supuesto este habitual, dadas las características del contexto de contratación personal al que me he referido. No obstante, es preciso ser consciente de que *mancipatio* e *in iure cessio* dotan al adquirente de un título relativo de propiedad, no de un título absoluto, únicamente alcanzable mediante la *usucapio*.

La *res nec Mancipi* –singularmente las mercancías o *merx*- pueden transmitirse por *in iure cessio* o por *traditio*, siendo este último el modo transmisivo habitual.

En el caso de la *res nec Mancipi* y, específicamente, de bienes muebles y de mercancías, no puede hablarse de contratación propiamente personal, en el mismo sentido y con el mismo alcance que en el caso de los fundos itálicos, pues las mercancías, especialmente tratándose de bienes duraderos, por su propia naturaleza, circulan entre comerciantes radicados en lugares distintos, antes de acabar en manos de un consumidor final o, más propiamente, de un no comerciante. En este caso, importa, ante todo, la

agilidad en las transacciones. De ahí que el modo imperante sea la *traditio* o simple entrega de la cosa, carente de toda publicidad.

Las inevitables asimetrías informativas resultantes –dada la naturaleza de las *res nec mancipi*, especialmente de las mercaderías, de las exigencias de agilidad de su tráfico jurídico y de la carencia de publicidad de su sistema transmisivo- se intentan neutralizar mediante la conexión causal de la *traditio* con el negocio jurídico que justifica la transmisión, habitualmente la compraventa o *emptio venditio*, configurada como un contrato consensual y de buena fe.

El carácter consensual de la compraventa la liberaba de toda rigidez formal y su consideración como contrato de buena fe permitía un amplio margen de arbitrio al magistrado para corregir conductas oportunistas. No debe olvidarse, además, que en el ámbito mercantil, la buena fe juega un papel especialmente relevante, pues los comerciantes se caracterizan por *dedicarse al comercio*, es decir, por su habitualidad contractual en un mundo que exige agilidad y confianza recíprocas, y esta última sólo se consigue si los jugadores se comportan lealmente entre sí, es decir, conforme a las exigencias de la buena fe, por lo que la inversión en buena fe y, por lo tanto, en capital reputacional es una de las mejores inversiones de cualquier comerciante. Esta característica, esto es, que ajustar el comportamiento a las exigencias de la buena fe interese, en primer lugar, a los propios comerciantes, hace que la buena fe sea, en este ámbito, un eficaz instrumento de corrección de asimetrías informativas.

Además de ello, conviene resaltar dos aspectos del sistema transmisivo de las *res nec mancipi*, especialmente de las mercaderías. En primer lugar, que, a diferencia de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, cada una de las cuales integra un sistema transmisivo *uno actu*, el sistema transmisivo de la *res nec mancipi* se descompone en dos elementos, (1) la *traditio* y (2) el negocio jurídico de finalidad traslativa que la acompaña y justifica el desplazamiento patrimonial, habitualmente la compraventa, un negocio jurídico consensual y de buena fe, característico del ámbito mercantil. En segundo lugar, dadas las asimetrías informativas existentes en este ámbito, aunque la finalidad de la compraventa o *emptio venditio* sea la transmisión de la propiedad, sin embargo, no se impone esa obligación al vendedor, pues ni él mismo puede estar seguro de ser el verdadero propietario. Por ello, tan sólo se le impone la obligación de garantizar al

comprador la pacífica posesión de la cosa vendida y entregada, así como la de asistirle procesalmente en el caso de que un tercero ejercite una acción reivindicatoria, sin que el comprador pueda exigirle esta responsabilidad por evicción antes de que se produzca la perturbación en el pacífico disfrute del derecho o la reivindicación del mismo por parte de un tercero, salvo en el caso de que el vendedor lo hubiere sido de mala fe, en cuyo caso el comprador puede exigir la responsabilidad por evicción sin esperar a ser demandado.

Conforme el Imperio fue creciendo y la sociedad fue evolucionando, también fueron evolucionando los sistemas transmisivos, especialmente los de la *res mancipi*. A ello contribuyó la expansión del Imperio, la aparición de la moneda y el aumento del número de intercambios, lo que incrementó las asimetrías informativas, y, por lo tanto, las incertidumbres, pues todos esos factores contribuyeron a que la contratación fuese menos personal.

Ello hizo que la *mancipatio*, el modo más característico de transmisión de las *res mancipi*, evolucionara en un triple sentido.

En primer lugar, la aparición de la moneda acuñada tuvo como consecuencia que el precio real no figurara en la *mancipatio*, incluso podía faltar, con lo que la *mancipatio* dejó de ser una compra real para convertirse en una forma de adquirir la propiedad por cualquier *causa* -compraventa, donación, pago-, derivando su energía traslativa del cumplimiento de una forma, pero no de una *iusta causa*, pues la *mancipatio*, como tal, estaba desconectada de la misma, lo que la convirtió en un negocio dispositivo abstracto en el sentido de que se hallaba desconectado de su causa. Este hecho permitió comenzar a distinguir entre negocios obligatorios y negocios dispositivos y, a la vez, configurar la compraventa como un negocio consensual y obligatorio, también en el ámbito de las *res mancipi* y, por lo tanto, de los fundos itálicos.

En segundo lugar, el carácter abstracto de la *mancipatio* quedaba mitigado por la posibilidad de introducir *nuncupationes* en la misma. En efecto, el *mancipio dans* podía realizar durante la *mancipatio* determinadas declaraciones solemnes para determinar condiciones de la cosa enajenada, conocidas con el nombre de *nuncupationes*, cuyo alcance, probablemente, dependía del tipo de declaración. Así, por ejemplo, si era un

usufructo mediante *deductio*, probablemente tal declaración estuviese protegida por una *actio in rem*, mientras que la declaración *uti optimus maximus* probablemente lo estaba por una *actio in personam*. De ser así, las *nuncupationes* eliminarían, al menos parcialmente, la pretendida abstracción de la *mancipatio*, tanto *inter partes* –respecto de las *nuncupationes* protegidas solo por una acción personal- como *inter tertios*, respecto de las *nuncupationes* protegidas por una acción real.

Probablemente, mediante las *nuncupationes* se introducían cláusulas que las partes consideraban especialmente relevantes del negocio jurídico que les servía de causa, y si bien la *mancipatio* era abstracta en relación al negocio jurídico causal, no lo era en relación a las *nuncupationes*, con lo que, en realidad, tampoco lo era, en un sentido material, en relación al negocio jurídico causal, si bien tan solo en la medida de lo establecido por las respectivas *nuncupationes*.

En tercer lugar, la *mancipatio* conllevaba la responsabilidad del vendedor -*auctor*- para el caso de que el *mancipio accipiens* resultara vencido -*evictus*- en una acción reivindicatoria dirigida contra él por el verdadero propietario o por un titular de derecho real sobre la cosa adquirida.

Aunque el *mancipio dans* hubiese actuado de buena fe, debía asistir en este proceso al *mancipio accipiens*, y si este era vencido se daba contra el *mancipio dans* una *actio auctoritatis*, para que pagara el doble del metal que había intervenido en la pesada del *libripens*. También procedía la *actio auctoritatis* para el caso de que el *mancipio dans* se negase a prestar asistencia en tal juicio al *mancipio accipiens*. Esta responsabilidad, entre ciudadanos romanos, duraba todo el tiempo necesario para adquirir por usucapión, que, inicialmente, era de dos años para la *res mancipi* y de un año para las demás, y, respecto de extranjeros con *ius commercii*, que no podían adquirir por usucapión, tal responsabilidad no se extinguía –*adversus hostem aeterna auctoritas esto*, decía la Ley de las XII Tablas-. La *actio auctoritatis* es, así, el precedente de la responsabilidad por evicción en la compraventa.

Parece que la responsabilidad por *auctoritas* del *mancipio dans* es un elemento esencial –no excluible por pacto, en consecuencia- de la *mancipatio*, ya en el Derecho Romano primitivo, debido, probablemente, al origen penal de la misma.

Probablemente, este régimen jurídico fue el resultado de la paulatina despersonalización contractual y, en consecuencia, de la aparición progresiva de asimetrías informativas y de la necesidad de reaccionar contra ellas. Ello pondría, además, de manifiesto que la liturgia de la *mancipatio* ya no era suficiente, en un contexto más impersonal, para garantizar una difusión pública suficiente de las transacciones y, mediante ello, evitar el surgimiento de asimetrías informativas que posibilitasen que un no dueño dispusiese de una *res Mancipi* abusando de la buena fe de los adquirentes.

4.5.2. La expansión del Imperio y el incremento del comercio hacen que el sistema transmisivo de las *res Mancipi* se vaya aproximando paulatinamente al de las *res nec Mancipi*

En efecto, en el ámbito de las *res Mancipi*, de la *mancipatio* como sistema transmisivo *uno actu*, se pasa a un proceso mancipatorio integrado, al igual que el proceso traditorio, por dos elementos: (1) un negocio jurídico de finalidad transmisiva y (2) el rito de la *mancipatio*, el cual, si bien está formalmente desconectado del negocio causal, sin embargo, se halla conectado materialmente al mismo mediante las *nuncupationes*, aunque con un alcance distinto, en relación a contratos posteriores y, por lo tanto, al tráfico jurídico, según se hallen protegidas por una *actio in personam* o por una *actio in rem*.

Esta estructura transmisiva se asemeja mucho a la de las *res nec Mancipi*, conformada por un procedimiento traditorio, integrado por: (1) un negocio jurídico causal y (2) la *traditio* - o acto traditorio-, causalmente conectada con el primero, en el sentido de que las vicisitudes que afectasen al negocio causal –habitualmente una compraventa o *emptio venditio*- podían influir en la eficacia traslativa de la *traditio*, con un alcance distinto –*inter partes* o *inter tertios*- en función de que la vicisitud causal estuviese protegida por una *actio in rem* –regla de propiedad- o por una *actio in personam* –regla de responsabilidad-.

El siguiente paso en esta aproximación se da cuando el pretor comienza a reconocer efectos jurídicos a la transmisión de una *res Mancipi* mediante *emptio venditio* seguida de *traditio*, como consecuencia de la ampliación del imperio, de la expansión del comercio entre ciudadanos romanos y peregrinos y del desarrollo del *ius gentium* para regular las relaciones entre ambos.

En efecto, la ampliación del imperio y las necesidades del comercio exigían que el negocio jurídico dispositivo aplicable a las *res Mancipi* fuera también accesible a los extranjeros, pues la *mancipatio* y la *in iure cessio* no lo eran y, además, que fuera menos complejo y más ágil que tales modos transmisivos, en consonancia con las necesidades propias del comercio; por ejemplo, una mera entrega real o simbólica de la posesión con ánimo de transmitir y de adquirir la propiedad respectivamente *-traditio-*, tal y como sucedía con las *res nec Mancipi*, lo que dotaba de mayor liquidez al acto transmisivo de las *res Mancipi*, pero le restaba seguridad al prescindir de las formas públicas propias de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, formas públicas, sin embargo, ya insuficientes para disipar las incertidumbres de los adquirentes en un contexto de expansión imperial, de crecimiento demográfico y de intensificación de las relaciones comerciales.

Así, el pretor, a fines de la República, concedió al adquirente poseedor de una *res Mancipi*, siempre que la hubiese adquirido por *emptio venditio* seguida de *traditio* y, por lo tanto, sin cumplimiento de los requisitos del *ius civile* –es decir, *mancipatio* o *in iure cessio*– el denominado dominio bonitario *-habere in bonis-* o propiedad pretoria. Le otorgó al adquirente de una *res Mancipi* por *traditio*, la *exceptio rei venditae et traditae*, para defenderse de una posible *vindicatio* ejercida por el enajenante, dado que este conservaba el *dominium ex iure Quiritium*. Además, si el adquirente era despojado por un tercero, el pretor le otorgaba una acción pretoria –la *actio Publiciana in rem-* que le permitía, *de facto*, conseguir el mismo resultado que si ejercitara una acción reivindicatoria.

La extensión de la compraventa a la *res Mancipi* modificó algo su régimen jurídico. La compraventa no conllevaba responsabilidad por evicción al recaer sobre cosas a propósito de las cuales no se planteaba la cuestión de la propiedad, sino que se imponían al vendedor mediante estipulaciones añadidas al contrato.

La responsabilidad por evicción era propia, en cambio, del negocio de adquisición de la *res Mancipi*, es decir, de la *mancipatio*. En efecto, el *mancipio accipiens*, en caso de ser vencido por el verdadero propietario, podía reclamar del mancipante el doble del precio que había figurado en el negocio, mediante la *actio auctoritatis*. Cuando la mancipación se hace *nummo uno*, esa acción pierde su objeto, y entonces se deben hacer estipulaciones de garantía, que dan lugar a las acciones que nacen de la estipulación. Este régimen de garantía de evicción mediante estipulaciones es el que se aplica al contrato de compraventa.

La última jurisprudencia clásica llegó a admitir, debido a la fuerza de la costumbre de estipular por evicción, que la responsabilidad por evicción es un elemento natural del contrato y que la misma *actio empti* puede servir para exigir tal responsabilidad, aunque no haya habido estipulación de garantía. En ese momento, el vendedor que no quiere asumir tal responsabilidad debe pactarlo expresamente –*pacto de non praestanda evictione*–, salvo si la venta es de cosa hipotecada o pignorada, en cuyo caso el acreedor pignoraticio, al vender *iure pignoris*, excluye con ello mismo aquella responsabilidad.²⁴¹

De este modo, el dominio quirritario y la propiedad bonitaria pasaron a ser conceptos sustancialmente coincidentes.

La *in iure cessio* parece que cayó en desuso a finales del siglo III y, junto con la *mancipatio*, fue suprimida por Justiniano, el cual también suprimió la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, dejando la *traditio* como único modo transmisivo, generalizando la escritura como medio de prueba e, incluso, de perfección de las compraventas inmobiliarias y admitiendo, al tiempo, versiones muy simplificadas de la *traditio*.

La sustitución de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* por la *traditio* en el Derecho justinianeo, se justifica por la inadecuación de aquellos modos adquisitivos a las exigencias prácticas del comercio. Como afirma SCIALOJA²⁴², el número de *res nec*

²⁴¹ D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 547-548.

²⁴² SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, t.II, pág. 158, Anonima Editoriale, Roma, 1931.

mancipi iba en aumento progresivo en relación a la *res Mancipi*; concretamente, la expansión territorial del imperio provocó que el tráfico jurídico de fincas se centrara en los fundos provinciales, resultado de las conquistas. La mayoría de los inmuebles se encontraban fuera del suelo itálico, con la consiguiente reducción proporcional del ámbito objetivo de aplicación de las antiguas formas solemnes de transmisión. Paralelamente, también se produjo una reducción del ámbito subjetivo de aplicación: las conquistas provocaron un incremento de la proporción de peregrinos en relación al número de ciudadanos romanos, los cuales empezaron a constituir una minoría. El *ius gentium*, de hecho, se iba imponiendo. A ello hay que unir las dificultades prácticas que surgían para el uso de la *in iure cessio*, la cual exigía la presencia de un magistrado que, en ocasiones, era imposible de encontrar.

Por estas razones, dichos modos de transmisión tendieron a desaparecer, siendo sustituidos por la *traditio*.

La desaparición de tales solemnidades públicas del proceso adquisitivo de las *res Mancipi* y su sustitución por la *traditio* –en rigor- una *iusta causa* o *iustus titulus*, usualmente una *emptio venditio*, seguida de *traditio*- implicaba la conversión del proceso transmisivo en un proceso estrictamente privado –al que suele darse el calificativo inapropiado de “clandestino-, en el sentido de carente de toda difusión pública de las transacciones realizadas sobre bienes inmuebles, lo que, a su vez, contribuía a aumentar las incertidumbres reinantes, tanto para futuros adquirentes como para los propietarios vigentes.

4.5.3. El formalismo es progresivamente sustituido por negocios consensuales típicos de alcance obligacional seguidos de un acto dispositivo -traditio- entrelazados causalmente

Este aligeramiento del negocio jurídico dispositivo incrementó la importancia del papel de los negocios consensuales de alcance obligacional en el proceso transmisivo. Así, que se produjese la adquisición no dependía ya de la observancia de una determinada forma con independencia de la voluntad de las partes –como sucedía en la *mancipatio*, al

menos en su primera época, y en la *in iure cessio*-, sino del consentimiento de las partes expresado a través de negocios jurídicos típicos, seguidos de un acto dispositivo progresivamente simplificado, por cuya razón, para que este fuese instrumento hábil para transmitir el dominio se exigió una *conexión causal* con el negocio obligatorio que le servía de base y lo justificaba. De este modo, el negocio jurídico dispositivo pasó de ser abstracto *inter partes -mancipatio* primitiva, *in iure cessio*- a ser un acto causal.

La relevancia del consentimiento en los contratos consensuales –contratos de buena fe- hizo que los vicios que afectaran al consentimiento del negocio jurídico – particularmente a la compraventa, pudieran afectar a terceros adquirentes de buena fe, en la medida en la que tales vicios estuvieran protegidos por una acción real -regla de propiedad-, si bien, en la mayor parte de los casos, tal regla de propiedad derivaba de la voluntad del pretor, mediante la concesión de una *restitutio in integrum*. Esta situación, si bien aumentaba la seguridad de los propietarios, en relación a la del *ius civile*, sin embargo, introducía incertidumbre en el tráfico jurídico, pues los futuros adquirentes no tenían medio de conocer la existencia de tales vicios del consentimiento ni tampoco su alcance, pues este dependía del caso concreto.

Con ello, se consuma el proceso en virtud del cual un sistema transmisivo propio del *ius gentium* e ideado para facilitar la transmisión de *res nec mancipi* y, especialmente, de mercancías –*merx*- y, por tanto, un sistema transmisivo al que se puede calificar de mercantil acaba generalizándose y convirtiéndose en el sistema transmisivo general para todo tipo de bienes por actos *inter vivos*.

No obstante, los bienes muebles, especialmente las mercaderías, y los bienes inmuebles presentan características muy distintas, que condicionan decisivamente el grado de protección de los derechos de propiedad sobre los mismos así como su sistema transmisivo²⁴³. En efecto, los primeros son fácilmente ocultables y destruibles, por lo que son difícilmente reivindicables. Los segundos, sin embargo, son, difícilmente ocultables y destruibles, por lo que son susceptibles de reivindicación. La dificultad de la

²⁴³ Sobre la distinción entre bienes muebles e inmuebles y su incidencia sobre la diferente configuración del sistema transmisivo, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 104 ss.

vindicatio radica, por otro lado, en la prueba del propio derecho de propiedad. Además, los inmuebles son susceptibles de diferentes aprovechamientos simultáneos, en mucha mayor medida que los bienes muebles, especialmente las mercaderías, por lo que la posesión no siempre revela al verdadero titular.

Estas características, junto con el proceso evolutivo descrito explican la progresiva importancia de la utilización de la escritura como medio de documentación de los negocios obligatorios, así como la entrega de los documentos escritos como medio simbólico o simplificado de cumplimiento del acto dispositivo (*traditio chartae* o mediante la entrega del documento), especialmente en materia inmobiliaria.

En este estadio evolutivo, es claro que la supresión de las formalidades públicas del negocio dispositivo contribuyó a aumentar las incertidumbres. Probablemente, no haya que exagerar este hecho, pues la difusión pública que proporcionaban la *mancipatio* y la *in iure cessio*, ya eran muy insuficientes. En efecto, eran modos de transmisión del dominio propios del *ius civile*, ampliamente ignorados en las provincias del Imperio, que tendían a dar más relevancia al consentimiento contractual documentado por escrito. Además, Constantino, en el año 337, introdujo la obligación de la presencia de vecinos en las compraventas de inmuebles, con lo que se conseguía una difusión semejante a la de la *mancipatio*.

Hay que tener en cuenta, además, que en las provincias orientales, si bien su tradición no solía incluir palabras y formas rituales como sucedía en el *ius civile*, sino que daba prevalencia a la palabra escrita, sin embargo, suplían esta falta de difusión pública de las contrataciones con la existencia de registros o archivos públicos de diverso alcance, algo que, sin embargo, no formaba parte de la tradición del *ius civile*, probablemente porque los fundos itálicos no pagaban impuestos, ya que la propiedad privada era considerada un señorío tan absoluto sobre las cosas que resultaba incompatible hasta con el pago del impuesto territorial.

4.5.4 Publicidad de las transacciones inmobiliarias e intereses fiscales

Hacia finales del siglo III d. C., sin embargo, comienzan a desvanecerse las diferencias existentes en esta materia entre Italia y las provincias. La razón hay que buscarla en que el año 292, el impuesto territorial se extendió a los fundos situados en Italia. Este hecho determinó la imposición de formas de publicidad de las transmisiones inmobiliarias por razones fiscales. Así, varios institutos, ya vigentes en las provincias para las transferencias de inmuebles, fueron aplicándose gradualmente también en Italia y, en general, en Occidente, siendo acogidos por el ordenamiento jurídico romano.

Estas formas de publicidad, al tiempo que proporcionaban una cierta seguridad jurídica a los adquirentes facilitaban la recaudación fiscal, por cuya razón los compradores tendían a eludirlas. Esta pugna entre las necesidades de recaudación fiscal de los gobernantes, por un lado, y la necesidad de seguridad jurídica de transmitentes y adquirentes, por otro, hace que los primeros tiendan a imponer ciertas formas de publicidad que, con el pretexto de proporcionar seguridad jurídica, mediante la eliminación o mitigación, al menos, de las asimetrías informativas existentes, facilitan la recaudación fiscal, mientras que los segundos tienden a eludir la carga fiscal y, por tanto, las diversas formas de publicidad, asumiendo los riesgos de las asimetrías informativas existentes, probablemente por considerar que los sistemas de publicidad existentes, al tiempo que hacen inevitable el pago de impuestos, no solventan los riesgos derivados de las asimetrías informativas propias de la contratación impersonal.

Todo este proceso pone de manifiesto algo muy relevante a efectos del objeto de estudio: dado que los inmuebles son reivindicables, *de facto*, debido a sus características, es preciso averiguar si quien los vende es el verdadero dueño, a cuyo efecto no sirve la posesión pues esta no siempre revela quién es el dueño. Por ello, es necesario arbitrar mecanismos institucionales que permitan disipar esta incertidumbre –así como las incertidumbres conexas en materia de cargas existentes sobre la finca y similares-. Inicialmente, tales mecanismos consisten en introducir formas notorias de transmisión, pero cuando el ámbito territorial y personal de los contratantes potenciales se extiende, tales medidas son insuficientes. Es entonces cuando los gobernantes se sirven de la necesidad de seguridad jurídica de transmitentes y de adquirentes para introducir publicidad en las transacciones y obtener así ingresos fiscales. La reacción de los agentes

del mercado es la de ignorar tales exigencias de publicidad a fin de evitar el pago de impuestos, lo que significa que la oferta de seguridad jurídica de los gobernantes es excesivamente costosa en relación al valor añadido aportado. Es en este momento cuando puede afirmarse que el tráfico jurídico inmobiliario se vuelve clandestino en una cierta proporción y, por ello, aún más inseguro.

Todo ello nos lleva a la necesidad de reflexionar sobre dos aspectos especialmente relevantes de la pauta evolutiva observada en el Derecho romano.

En primer lugar, se observa que la aplicación de lo que he denominado el sistema transmisivo mercantil, propio de las *res nec Mancipi – emptio venditio* (usualmente) más *traditio*- a las *res Mancipi*, introdujo, sin duda, mayor agilidad en la contratación de las *res Mancipi*, especialmente, por lo que a los efectos de este estudio interesa, de los fundos itálicos. La cuestión es si, al propio tiempo, disminuyó la seguridad transaccional.

En una primera aproximación, la respuesta sería afirmativa, pues, si bien en todos los supuestos, para que el adquirente deviniese dueño era necesario que lo fuera el transmitente, sin embargo, la *mancipatio* era abstracta, al menos en su etapa primitiva, en el sentido de que estaba desconectada de causa alguna, pues la secuencia transmisiva mancipatoria se componía exclusivamente de un rito litúrgico, desconectado de toda idea de justa causa. La *traditio*, por el contrario, necesita una justa causa –un negocio jurídico de finalidad traslativa- que justifique el desplazamiento patrimonial y las vicisitudes de esta pueden afectar a la eficacia de la *traditio*, tanto *inter partes* como *inter tertios*, dependiendo de que la vicisitud causal de que se trate se halle protegida por una regla de responsabilidad o de propiedad, lo que introducía mayor incertidumbre en el tráfico jurídico.

Una observación más atenta muestra, sin embargo, que, en un sentido material, la *mancipatio* también era causal, pues ése y no otro era el verdadero sentido de las *nuncupationes*, con alcance *inter partes* o, además, *inter tertios* en función de que la *nuncupatio* de que se tratara estuviese protegida por una regla de responsabilidad o de propiedad, por lo que también proyectaba incertidumbre sobre el tráfico jurídico.

En segundo lugar, como consecuencia de todo lo expuesto, nos encontramos con que todo este sistema da lugar a una situación en la que no es posible saber con certeza quién es el *verus dominus*, cuáles son las cargas recayentes sobre las fincas, o si existen vicisitudes del negocio causal o de negocios causales anteriores –en el caso de la *traditio*– o derivadas de una *nuncupatio* anterior, en el caso de la *mancipatio*, que puedan afectar al derecho adquirido, lo que dibuja un panorama de incertidumbre jurídica difícilmente superable, en un ámbito, el de los derechos de propiedad sobre los fundos itálicos, decisivo en una economía en la que la tierra era su activo más importante, y en la que la propiedad sobre la misma desempeñaba una función política de primer orden.

4.5.5. Reflexión sobre las razones por las que los juristas romanos no elaboraron procedimientos que resolviesen los problemas de agilidad del tráfico jurídico inmobiliario, sin merma de la seguridad de los propietarios

Este estado de cosas suscita la cuestión de a qué se debe que los juristas romanos no elaborasen procedimientos que resolviesen los problemas de agilidad del tráfico jurídico inmobiliario, sin merma de la seguridad de los propietarios y, más concretamente, a qué se debe que no se generalizase un sistema registral inmobiliario que superase el dilema entre seguridad y liquidez en las transacciones inmobiliarias, -algo prácticamente desconocido por el Derecho romano, según NICHOLAS,²⁴⁴ , especialmente si consideramos que, según LEROUXEL, Roma revitalizó los registros de la propiedad de Egipto,²⁴⁵. ARRUÑADA sugiere que no se desarrolló un sistema registral propiamente dicho, probablemente, debido a la prevalencia de intereses privados así como a la influencia de los fallos y rigideces derivados de la dependencia de la pauta²⁴⁶.

²⁴⁴ NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, ed. Oxford University Press, 1962, pág. 104.

²⁴⁵ Además de levantar extensos catastros y registros civiles. LEROUXEL F., *The private credit market, the Bibliothek Enkteseon, and public services in Roman Egypt*, en AHSS., 67 (4), págs. 624-659.

²⁴⁶ ARRUÑADA B. *How Rome enabled impersonal markets?*, en ScienceDirect, 2016, pág.74. Puede consultarse en www.sciencedirect.com

Probablemente, las razones sean las mismas que las observadas por NORTH, WALLIS y WEINGAST²⁴⁷ al analizar la situación de indefinición de los derechos de propiedad sobre la tierra en la Europa medieval, especialmente en Inglaterra, caracterizada por la ambigüedad acerca de quién era el verdadero propietario, especialmente a la hora de vender. Esta ambigüedad desempeñaba una función política, derivada, a su vez, de la función política de los derechos de aprovechamiento sobre la tierra. En Roma, como en todas las sociedades donde la tierra es un activo económico fundamental, tal y como sucede en todas las sociedades agrarias, existe una clara conexión entre poder político y propiedad sobre la tierra. Puede afirmarse que la forma de visibilizar quién ostentaba el poder político era visibilizar quién ostentaba la propiedad sobre la tierra.

Ello se debía a que no existía todavía una organización a la que se le hubiese atribuido el monopolio del uso legítimo de la violencia –es decir, el Estado weberiano-. Ante la ausencia de tal organización, el problema endémico de la violencia –desatada por la necesidad de acceso a los recursos escasos, necesarios para la supervivencia- se gestionaba mediante la formación de una coalición dominante cuyos miembros poseían privilegios especiales, privilegios que desempeñaban la función de ser incentivos creíbles para que los miembros de la élite decidiesen cooperar entre ellos en lugar de luchar entre sí, con la consiguiente disipación de rentas.

En Roma, como en todas las sociedades agrícolas, la propiedad de la tierra no es sino la exteriorización del poder político. Así, desde el principio, el patriciado romano se reservó la ocupación del *ager publicus*, obligando así a la plebe rural a tener que solicitar de los patricios, si quería poder vivir, que le cediesen en precario pequeñas suertes de tierra, ofreciéndoles, a cambio, colocarse respecto a ellos, en una situación de clientela que les limitaba su libertad política.

Ello dio lugar a una revolución. Tiberio Graco, fue nombrado tribuno de la plebe para el año 133 a.C, y quiso restablecer una norma que la tradición achacaba,

²⁴⁷ NORTH D.C, WALLIS J.J. y WEINGAST B.R., *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, ed. Cambridge University Press, 2009, págs. 18-19.

arbitrariamente, a una de las leyes Licinias Sextias del año 367 a. C, pero cuyo origen parece ser bastante posterior. Dicha extensión limitaba a quinientas yugadas la disposición del *ager publicus* que podía ocupar y poseer un particular. Habida cuenta de que dicho límite había sido ampliamente sobrepasado por los nobles, la propuesta de Tiberio a los *concilia plebis*, fue de restablecimiento de dicha cuota, pero corrigiéndola mediante la adición de 250 yugadas por cada hijo y disponiendo que el terreno así recuperado por el Estado se distribuyese en pequeños lotes inalienables entre los plebeyos. La oposición de la *nobilitas* a este laudable proyecto se exteriorizó en el encargo a otro tribuno, C. Octavio, de oponer la *intercessio* a la propuesta de Tiberio, convirtiendo de este modo el problema agrario en un problema constitucional.

La plebe urbana, por el contrario, practicaba el comercio o la artesanía y, por eso, al lado de la mayoría que llevaba una vida modesta, o incluso mísera, surgieron familias acaudaladas e influyentes que lograron progresar en el campo político.²⁴⁸ El hecho de que los fundos itálicos no pagaran impuestos hasta finales del siglo III d. C., se debe, sin duda, a esta situación de estos, o, lo que es lo mismo, era un privilegio del patriciado.

La ambigüedad, la falta de contornos precisos de los derechos de propiedad sobre la tierra desempeñaban una función importante en este contexto. En efecto, la tierra es el activo primario de las sociedades agrarias, susceptible, además, de una rica variedad de usos, lo que concedía unas amplias posibilidades para que la élite dominante se autoestructurase de diferentes modos, para determinar las relaciones de sus miembros entre sí y de ellos con el resto de la economía. Así, la flexibilidad en los derechos de control sobre la tierra derivada de la falta de claridad de los mismos servía como instrumento para equilibrar los intereses dentro de la coalición, especialmente entre sus miembros más prominentes, y también para aumentar el poder sobre quienes no formaban parte de la élite dominante.

La situación fue cambiando paulatinamente con la expansión del Imperio y el desarrollo del comercio, especialmente del marítimo, por toda la cuenca del mediterráneo. Para evitar que la nobleza senatorial abandonara las tareas políticas que le

²⁴⁸ Véase ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano*, ed. Reus, Madrid, 1994, págs. 55, 226 y 235.

incumbían se aprobaron leyes especiales prohibiendo a los senadores el comercio marítimo. De este modo, se favoreció, aún más, la formación de dos tipos distintos de aristocracia, cada una con su función política y social propia: la aristocracia de la tierra y de los cargos públicos, la *nobilitas*, y la del comercio y la explotación de las provincias, representada por la clase de los *equites Romani*.

Uno de los efectos inmediatos de este vigoroso impulso comercial fue la creación, en el año 242 a. C., de un nuevo pretor, con jurisdicción sobre las relaciones entre romanos y extranjeros, el “*praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*”, o *praetor peregrinus*, cuya actividad contribuyó poderosamente al desarrollo del *ius gentium* y a la transformación del *ius civile*.²⁴⁹

4.6. Un escenario jurídico pleno de incertidumbres, más favorecedor del *statu quo* que del comercio jurídico, mediante la protección de la posesión y el traslado de los riesgos a los adquirentes

El Derecho romano de Occidente tenía una concepción causal de la *traditio*²⁵⁰: para transmitir la propiedad debía basarse en una justa causa y, además, el *tradens* debía tener poder de disposición. La conexión causal de la *traditio* era una consecuencia inevitable de la evolución de los sistemas de transmisión formal –*mancipatio, in iure cessio*– hacia los sistemas de transmisión traditoria, compuestos de un negocio consensual y del acto traditorio. La exigencia del poder de disposición en el *tradens* es, a su vez, una consecuencia inevitable de cualquier forma de propiedad o señorío sobre las cosas, una de cuyas manifestaciones consiste en que el *ius disponendi* radica en el *dominus*. Ello implicaba que (1) si disponía un *non dominus*, el *accipiens* no adquiriría, (2) si este le

²⁴⁹ *Ibidem*, págs. 176 y 177.

²⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, D’ORS, A. *en Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, pág. 169. Este es el sentido de la conocida regla recogida en D. 41.1.31 (Paul.31. ed.): “*Nunquam nuda traditio transfer dominium sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequetur*”. Esta regla debe completarse con la máxima según la cual “*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*” (C 2,3,20, Constitución Imperial de los Emperadores Diocleciano y Maximiliano del año 293). En otros términos, los nudos pactos, *sin traditio* no transmiten la propiedad y la *traditio*, sin justa causa, es decir, sin un negocio antecedente, tampoco.

ocultaba un *ius in rem* recayente sobre el bien objeto de transmisión, se imponía al adquirente, y que (3) las vicisitudes que afectasen al negocio obligacional que servía de justa causa repercutían en la eficacia traslativa de la *traditio*,

Todas las vicisitudes causales no repercutían, sin embargo, del mismo modo sobre la eficacia traslativa de la *traditio*. Unas, conferían al *tradens* una acción real- o, en otros terminos, estaban protegidas por una regla de propiedad- pero otras solo le conferían una *condictio*, que era una acción personal –o, en otros términos, estaban protegidas por una regla de responsabilidad-.

Tal régimen trasladaba todos los riesgos a los adquirentes y, dado que, inevitablemente, a partir de un determinado momento, la inmensa mayoría de los propietarios lo son por adquisición derivativa *inter vivos*, singularmente por *traditio* precedida de una justa causa, la situación de inseguridad jurídica de los derechos de propiedad se generaliza. Respecto de aquellas vicisitudes causales protegidas, además, por una acción real – o, en otros términos, por una regla de propiedad-, los riesgos podían alcanzar, además, a los subadquirentes.

En tal situación, ni el *tradens* ni el *accipiens* podían estar seguros de la propiedad del primero y ambos se hallaban ante los mismos problemas de prueba: del mismo modo que le resultaba muy difícil al *tradens* probar su propiedad, le resultaba igualmente difícil al *accipiens* probar lo contrario, esto es, la falta de propiedad del *tradens*. De ahí que la prueba del derecho de propiedad recibiese la denominación de *probatio diabolica*.

La solución adoptada para dotar de seguridad a los derechos de propiedad fue extremadamente práctica: por un lado, se establecieron ciertos mecanismos de protección de la posesión –cuales los interdictales- que tenían como efecto más característico lo que podríamos denominar presunción de propiedad del poseedor, de donde derivaba la consecuencia de que el propietario no poseedor tuviese que soportar la carga de la prueba de su derecho de propiedad –*probatio diabolica*-, en caso de ejercicio de la acción reivindicatoria.

Según D'ORS²⁵¹, la *possessio* no era un concepto unitario en Derecho romano. Se presentaba como una situación de hecho, preferentemente la de un propietario respecto a la cosa que le pertenece, hasta el punto de que en el Derecho romano vulgar, la propiedad se confunde con la posesión, y la distinción se hubiera perdido de no ser por el esfuerzo classicista de Justiniano, el cual entendió la *possessio* –que los clásicos habían mantenido en su sentido material- como una apariencia de titularidad, no solo de la propiedad, sino de cualquier derecho –*quasi possessio, possessio iuris*-.

El concepto de *possessio* empezó históricamente por designar (1) la tenencia inmobiliaria protegida por interdictos; de ahí derivó (2) a la posesión en su concepto civil, como tenencia de inmuebles o muebles por su propietario, aunque posteriormente se usó también en otros sentidos distintos. El propietario, en tanto sea poseedor, puede defenderse con los interdictos posesorios –*uti possidetis* en el caso de inmuebles, *utrubi* en el caso de muebles- y no necesita una acción. Acude a ejercitar una acción –acción reivindicatoria- cuando ha perdido la posesión de lo que le pertenece, y es el demandado quien resulta poseedor defendido por los interdictos. El trámite del interdicto posesorio es previo al trámite petitorio de propiedad, pues sirve para distribuir los papeles de demandante y demandado. La ventaja es para el demandado, ya que no sólo puede retener la cosa durante el proceso, sino que puede limitarse a contradecir las pruebas alegadas por el demandante, sin necesidad de probar él nada; es decir, puede seguir poseyendo, aunque no sea propietario, siempre que el demandante no consiga probar que él lo es. Si el juez le absuelve, no reconoce con ello que el demandado sea propietario, sino que no lo es el demandante. En todo caso, quien vence en el juicio petitorio no gana por ello un título absoluto frente a otros posibles adversarios, pues la eficacia del juicio es siempre relativa.

De modo que si la acción reivindicatoria en un entorno de contratación impersonal genera inseguridad acerca de la identidad de los propietarios, tal inseguridad se ve contrarrestada por los mecanismos de defensa de la posesión, los cuales, a su vez, generan iliquidez al derecho. Este esquema favorece el *statu quo* y dificulta la especialización – pues resulta arriesgado ceder la posesión- y el comercio.

²⁵¹ *Ibidem*, págs. 188-196.

Por otro lado, el vendedor no estaba obligado a transmitir la propiedad al comprador sino sólo a garantizarle la pacífica posesión de la cosa vendida, pero, dado que la finalidad de la *emptio venditio* era formar parte del proceso a cuyo través el *emptor* devendría propietario²⁵², si el *venditor* realizaba la *traditio* al *emptor* creyendo de buena fe que era propietario y, posteriormente, resultaba no serlo, el *accipiens* no podía ejercitar acción alguna contra el *tradens* hasta tanto no fuese privado de su posesión por un *verus dominus*, en cuyo momento quedaba probado que su *tradens* no era *verus dominus* y, por lo tanto, habían desaparecido las dificultades de prueba al respecto. En tal caso, el *tradens* debía, además, prestar asistencia procesal al *accipiens*. Una vez vencido en juicio, podía ya exigir el segundo al primero saneamiento por evicción.²⁵³

Si, por el contrario, el vendedor lo fue de mala fe, el comprador de buena fe no tenía la obligación de esperar a ser vencido en juicio para dirigirse contra él. En este caso, sin embargo, las dificultades para probar que el vendedor no era dueño en el momento de la *traditio* y que, además, lo sabía, pesaban como una losa sobre el comprador.

Todo ello configuraba un estado de cosas sumamente favorecedor del *statu quo* y obstaculizadoras del comercio, especialmente del inmobiliario, por cuanto situaba todos los riesgos sobre los adquirentes. En efecto, la configuración obligacional de la *emptio venditio* y causal de la *traditio* y la necesidad de la concurrencia de ambas para que se produjera efecto traslativo, o, al menos, la entrega de la pacífica posesión, implicaban que mientras hubiera solamente *emptio-venditio*, el vendedor no perdía la propiedad sino que solamente era deudor de una obligación y que, aunque llegase a traspasar la posesión, tampoco habría perdido la propiedad así como que si pudiese demostrar que el contrato antecedente fue inexistente o estaba viciado de nulidad, y, en virtud de ello, podía ejercitar una acción reivindicatoria no solo contra el *accipiens* sino también contra cualesquiera terceros. Además, si había realizado la *traditio* de buena fe, el *accipiens*, en el caso de que llegara al convencimiento de que el *tradens* no era el *verus dominus* no podía resolver el contrato sino que debía esperar a ser vencido en juicio por el *verus dominus*.

²⁵² Como afirma D'ORS, *Ibidem*, la obligación del vendedor no es de dar la propiedad –*dare*–, sino la de entregar –*tradere*– la posesión libre e indiscutida –“pacífica posesión”– de la cosa vendida. Sin embargo, la adquisición de la propiedad es el fin natural de la compraventa, por lo que la *bona fides* exige que el vendedor haga todo lo necesario para que el comprador adquiera la propiedad, pág. 546.

²⁵³ *Ibidem*, págs. 487-494.

Tal sistema transmisivo se mostraba altamente inconveniente para el desarrollo del comercio inmobiliario. Por ello, cuando muchos siglos más tarde, se pretendía desarrollar la economía de mercado, los códigos civiles intentarían introducir sistemas transmisivos que superen, en mayor o menor grado, estas dificultades.

La superación de tales dificultades no puede conseguirse disminuyendo la protección del poseedor, pues la protección, *prima facie*, del poseedor, se basa, en última instancia, en la regla “*ne cives arma veniant*”, es decir, en que el poder público debe proteger a los poseedores, incluso de mala fe, a fin de evitar (*ne*) que los ciudadanos (*cives*) utilicen las armas unos frente a otros (*arma veniant*). Es el Estado el que ostenta el monopolio del uso legítimo de la violencia. Existen dos razones adicionales para proteger *prima facie* al poseedor: (1) Normalmente el poseedor es el propietario, aunque no siempre sea así y, en todo caso, el monopolio para decidir quién es el propietario, en caso de conflicto, corresponde a los tribunales, y (2) La protección *prima facie* de la posesión como una señal de propiedad es mucho más eficiente que la búsqueda continua de la prueba de la titularidad, y que la continua lucha por el control físico del inmueble.

En consecuencia, la protección de la posesión aumenta el valor de la propiedad, ya que reduce los costes de protección de esta última. Esta última razón, sin embargo, tiene el inconveniente de que, en caso de no gozar de una prueba clara de propiedad, la protección de la posesión dificulta el uso especializado de los inmuebles, pues es arriesgado ausentarse del inmueble, si bien a cambio de evitar la violencia permanente por el aprovechamiento de los recursos. Ello demuestra la necesidad de que una sociedad impersonal sea capaz de generar documentos que acrediten indubitadamente la propiedad *erga omnes* y *ex ante*.²⁵⁴

La superación solo puede venir, en consecuencia, mediante la limitación de la acción reivindicatoria en relación a terceros adquirentes de buena fe, pero para que ello no suponga una disminución de la seguridad jurídica del propietario, es necesario, en el

²⁵⁴ Véase MATTEI U., *La transmisión de la propiedad*, en la obra colectiva *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ORDUÑA MORENO F. J. (codirector), DE LA PUENTE ALFARO F. (codirector) y MARTÍNEZ VELENCOSO L. M (Coord), págs. 136-137.

ámbito inmobiliario, que el Estado asuma la función (1) de eliminar “*ex ante*” las asimetrías informativas existentes en materia de titularidades y cargas sobre los inmuebles, así como (2) el control *ex ante* de que el *ius disponendi* se está ejerciendo efectivamente por el titular o por alguien autorizado por el mismo. 255

Tales intentos encontraron formidables resistencias por cuanto, todos ellos, iban dirigidos a mejorar la situación de los adquirentes y, por lo tanto, implicaban una disminución de poder de los propietarios vigentes. A esta tendencia obedecen tanto la implantación del sistema causal consensual introducido por el *Code civil* francés, como, sobre todo, el sistema de acuerdo abstracto traslativo introducido por el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, como el sistema de transmisión registral que intentó introducir la Ley Hipotecaria española de 1861, así como los fallidos intentos de introducción del sistema consensual en el Proyecto de 1851.

Puede afirmarse que los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad –aquí nos interesa sobre todo la inmobiliaria- que desarrollan los diferentes estados europeos no son sino diferentes estrategias dirigidas a superar los obstáculos que para el desarrollo de un mercado inmobiliario e hipotecario presentaba el sistema romano de *traditio* o entrega precedido de justa causa, en un entorno de contratación impersonal caracterizado por la presencia de información escasa y asimétricamente distribuida sobre diferentes atributos relevantes para contratar, entre otros, la identificación de del *verus dominus*.

La configuración causal de la *traditio* permite fundamentar una acción real reivindicatoria, es decir, una acción reivindicatoria que alcanza incluso a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Ello, unido a las dificultades de prueba del propio derecho de propiedad –*probatio diabolica*- en semejante contexto de contratación impersonal, unidas a otros factores no menos relevantes relacionados orden jurídico-político medieval, se erigían en obstáculos insalvables para la introducción de la economía de mercado en el ámbito inmobiliario. Por ello, tales sistemas – en síntesis, el francés, el alemán y el español- van todos ellos dirigidos a mitigar o eliminar los efectos negativos de la configuración causal de la *traditio*, base imprescindible para la existencia

255 Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, págs. 102 ss., ed. Thomson- Reuters, Cizur Menor, 2011.

de la regla de la reivindicabilidad ilimitada, sobre el desarrollo del comercio inmobiliario, en un contexto de contratación impersonal.

Al lado de estas tres coordenadas, no debe perderse de vista, como observa DÍEZ-PICAZO ²⁵⁶, la trascendencia que para las transmisiones o modificaciones jurídico-reales de carácter inmobiliario presenta la inscripción registral, de acuerdo con cada uno de los sistemas de organización del Registro. Tales sistemas registrales suponen una intervención menor o mayor del Estado en el proceso transmisivo, según el tipo de sistema registral, con la finalidad de disminuir e, idealmente, superar el conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos reales inmobiliarios en un entorno de contratación impersonal.

En otros términos, los sistemas registrales forman parte de cada uno de los sistemas de transmisión inmobiliaria, siempre con la finalidad de reducción de las asimetrías informativas propias de la contratación impersonal. Sin embargo, aun cuando todos los sistemas registrales persigan esa finalidad, la función asignada por cada sistema transmisivo varía sustancialmente, como veremos.

Tal variación funcional depende del grado de implicación del Estado en la resolución de los problemas derivados de las incertidumbres inevitables en un contexto de contratación impersonal. Una intervención mínima se traduce en un sistema registral que palía tales incertidumbres, pero sin capacidad para superar el dilema entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un contexto de contratación impersonal – *registro de documentos*-. Una intervención mayor implica un sistema registral convertido en el eje del sistema transmisivo y superador de dicho dilema – *registro de derechos*-. En realidad, las diferencias fundamentales entre los diferentes sistemas de transmisión inmobiliaria hay que buscarlas en la diferente función asignada al sistema registral en cada uno de ellos.

²⁵⁶ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág. 862.

5. Evolucion histórica de la transmisión de bienes muebles

5.1. Razones del interés en el análisis de la evolución de la transmisión de bienes muebles y mercaderías: su influencia en la evolución de los sistemas de transmisión inmobiliaria

Para superar las dificultades descritas, en los siglos posteriores se fueron introduciendo mecanismos que, por un lado, protegían a los adquirentes de buena fe, sin, por otro lado, disminuir la seguridad jurídica de los propietarios.

Estos mecanismos se desarrollaron primeramente en el ámbito del tráfico de bienes muebles, singularmente de mercaderías, básicamente por tres razones: (1) porque, por su propia naturaleza, el tráfico de mercaderías es mucho más intenso que el de bienes inmuebles y, además, con más frecuencia que en el caso de los bienes inmuebles, entre sujetos residentes en lugares distantes y, por tanto, entre anónimos, lo que aumenta las incertidumbres; (2) porque en materia de bienes muebles se puede asignar a la posesión una especial función legitimadora sin por ello disminuir, al menos *de facto*, la seguridad jurídica del propietario y (3) porque la propiedad mobiliaria no tenía la significación y el alcance políticos de la propiedad inmobiliaria, la cual era, en sí misma y a diferencia de la mobiliaria, una manifestación del poder político de su titular.

Los bienes muebles, debido a sus características, son, en efecto, los objetos típicos de comercio. Su enorme variedad les permite satisfacer necesidades muy diversas. Pueden, además, cambiar de manos con facilidad y, en pocas transacciones, recorrer grandes distancias. Todo lo cual, por un lado, los convierte en especialmente aptos para convertirse en *mercaderías*, pero, por otro lado, impide que puedan funcionar los mismos mecanismos que existen en materia inmobiliaria en el modelo de contratación personal dirigidos a conseguir el conocimiento público de cada cambio de titularidad.

Ello hace que, tratándose de muebles y especialmente de mercaderías, comiencen a surgir –mucho antes que en materia de inmuebles, entendiéndose por tales esencialmente

la tierra- asimetrías informativas obstaculizadoras de las transacciones en relación a determinados atributos básicos, concretamente en relación a la identidad del titular y a las posibles cargas del mueble que se ofrece en venta. El adquirente no tiene medios de asegurarse sobre si quien le ofrece el mueble es el verdadero titular y, además, el Derecho común concede al *verus dominus*, al igual que tratándose de inmuebles, el derecho a reivindicar el bien de quien lo posea aun cuando sea un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

Los mecanismos que se desarrollan en el ámbito de las mercaderías para conseguir facilitar las transacciones sin merma de la seguridad jurídica de los propietarios influirán posteriormente, cuando, tras el fin del Antiguo Régimen y la liberación de la propiedad inmueble de los vínculos feudales, se pretenda desarrollar los mercados inmobiliario e hipotecario, lo cual exige titularidades inmobiliarias seguras y fácilmente transmisibles.

También influirán los mecanismos que se articulan para evitar los problemas que el régimen romano de la cesión de créditos plantea a la circulación de créditos, esencial para poder financiar y expandir el comercio. De ahí el interés de tratar de la evolución de la transmisión de bienes muebles y mercaderías así como de la cesión de créditos.

5.2. Las dificultades del Derecho común para la circulación mobiliaria: el mantenimiento de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de información incompleta y distribuida asimétricamente genera inseguridad en las titularidades y dificulta el comercio

La combinación de ambas circunstancias dificulta la liquidez de los muebles y, por lo tanto, el desarrollo del comercio, debido a la inseguridad de las titularidades de los derechos sobre los mismos. Así, por ejemplo, el que el Derecho común no protegiera a los compradores de buena fe obligaba a examinar los títulos de propiedad de las mercancías hasta el dueño original, lo que significaba un problema para los

comerciantes²⁵⁷, pues el coste y el tiempo requeridos para realizar tal indagación eran prohibitivos para ellos y, en consecuencia, incompatibles con la celeridad requerida por el mercado. Dadas las características de muchas mercaderías, es lógico conjeturar que en muchas ocasiones no existiera título alguno de propiedad. Así mismo, cuanto mayor sea la movilidad de un mueble mayor diligencia posesoria es exigible a su dueño como medio de retención de su propiedad. Por lo tanto, cuanto menor sea su importancia económica individualizada y mayor su movilidad, en mayor medida tienden a confundirse propiedad y posesión en materia mobiliaria.²⁵⁸

5.3. Expansión del comercio y *Lex Mercatoria*: una solución endógena ante las insuficiencias del Derecho común

El *Ius commune* o Derecho común no proporcionaba a las operaciones la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes con la agilidad requerida por el comercio. Y fueron éstos los que, en Europa occidental, al menos, fueron generando sus propias soluciones –*soluciones endógenas*– a las necesidades que les eran propias y que el Derecho común no estaba en condiciones de satisfacer.

La evolución del mercado en las postrimerías de la Edad Media se caracterizó, entre otros factores, por la ruptura del aislamiento de las ciudades y de los estados. En contraste con el Imperio Romano, la economía occidental entre los siglos VI y X no se basó en miles de ciudades, sino si acaso, en unas cien mil aldeas y señoríos agrarios. En el año 1000 sólo unas dos docenas de ciudades en Europa occidental tenían más de algunos miles de habitantes y, probablemente, solo Venecia y Londres tenían más de diez mil. Constantinopla, en cambio, tenía una población cercana al millón. Posteriormente, en los siglos XI y XII, tuvieron lugar una rápida expansión de la producción agrícola y

²⁵⁷ Como resalta DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág. 236, la existencia –o no– de títulos documentales sobre los muebles está en función de de la rapidez del tráfico y también de la importancia económica de los bienes de que se trate. Ciertamente es así, porque los agentes económicos invierten en costes de transacción hasta el límite de su utilidad marginal.

²⁵⁸ MERRILL TH. W, “Ownership and Possession”, en *Law and Economics of Possession*, YUN-CHIEN CHANG (Edit.), ed. Cambridge University Press, UK, 2015, págs. 18 ss.

un asombroso aumento del tamaño y número de las ciudades. Al mismo tiempo, surgió una nueva clase de comerciantes profesionales, que efectuaban transacciones comerciales en gran escala, tanto en los campos como en las ciudades. Básicamente, para satisfacer las necesidades de la nueva clase de comerciantes tuvo que desarrollarse un nuevo cuerpo de derecho mercantil²⁵⁹.

Se celebraban ferias a las que concurrían mercaderes de las más diversas procedencias. El surgimiento de una clase mercante fue requisito indispensable para el desarrollo del nuevo Derecho mercantil. Antes del siglo XI, el mercader había sido una figura relativamente aislada en Europa occidental, pero desde los siglos XI y XII se celebraron regularmente grandes ferias internacionales en veintenas de ciudades y pueblos por toda Europa. También eran comunes los mercados internacionales, sobre todo en las ciudades porteñas. Estas ferias y mercados eran organizaciones complejas, y con el desarrollo de los sistemas jurídicos, eclesiásticos o seculares, desarrollaron el concepto de un Derecho mercantil especial, que no sólo incluía el derecho consuetudinario de las ferias y mercados, sino, también, costumbres marítimas relacionadas con el comercio y, por último, las leyes mercantiles de las propias ciudades y pueblos. Las ciudades italianas fueron las primeras en recabar sistemáticamente y en aplicar reglas consuetudinarias que gobernaban la actividad comercial²⁶⁰.

Las cruzadas y los movimientos de colonización favorecieron el comercio a larga distancia, tanto por tierra como por mar.

Se generalizaron nuevas formas de contratación como medio para incrementar las ventas —entre ellas, las ventas al fiado— y se abrieron las fronteras al comercio con el exterior progresivamente.

Ni el recién descubierto Derecho romano ni el Derecho consuetudinario romano, que apenas subsistía, incluyendo el *ius gentium*, se mostraban adecuados para resolver

²⁵⁹ BERMAN H.J *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1996, pág. 349

²⁷⁷ *Ibidem*, págs. 356 ss.

los tipos de dificultades comerciales –domésticas e internacionales- que surgieron en el occidente de Europa a fines del siglo XI y durante el siglo XII.

Como observa BERMAN²⁶¹, es concebible que los doctos romanistas de las universidades europeas de finales del siglo XI y de los siglos XII y XIII hubiesen podido crear un nuevo cuerpo de Derecho mercantil con base en los textos romanos, como, de hecho, crearon un nuevo *Corpus Iuris Civilis*.

Lo mismo podrían haber hecho los juristas canónicos de las mismas universidades, si consideramos que las corporaciones eclesiásticas se dedicaban intensamente a actividades comerciales.

Sin embargo, es característico de esa época el hecho de que el desarrollo inicial del Derecho mercantil fue dejado en gran parte –aunque no del todo- en manos de los propios mercaderes, quienes organizaban ferias internacionales y mercados, formaban tribunales mercantiles y establecían oficinas de comercio en las nuevas comunidades urbanas que brotaban por toda Europa Occidental.

De la economía rural y del trueque se pasó a la profesionalización del comercio, en el que irrumpieron los bancos²⁶². Cobró auge una nueva clase social que, para enriquecerse, realizaba tareas de intermediación. Cuantas más veces vendían y compraban con éxito en mayor medida incrementaban su patrimonio o, dicho de otra forma, cuanto más dinero movían, más ganancia se les generaba.

A este tipo de sociedad corresponde el tipo de intercambio que NORTH denomina el intercambio impersonal en el cual las partes aún tratan de personalizar o de clientelizar el intercambio, lo que resulta progresivamente dificultoso debido a que, a mayor variedad y número de intercambios, mayor es la complejidad de los tipos de acuerdos o convenios

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 349.

²⁶² Los mercaderes italianos y los cambistas de las ferias de Champaña legaron el término *banco*, procedente del lugar en el que colocaban sus balanzas y monedas y desde el que dirigían sus negocios. Los bancos italianos del s. XIII fueron pioneros en la financiación del comercio internacional y llegaron a monopolizar el negocio del dinero y el crédito, desde la Lombardía en el norte de Italia, a través de Brujas, en los Países Bajos y hasta la londinense Lombard Street. Véase JAY P. *La riqueza del hombre. Una historia económica de la humanidad*. ed. Crítica, Barcelona, 2002, pág. 107.

que se alcanzan y, por lo tanto, mayor es la dificultad para realizarlos. Así, para realizarlos y asegurar su cumplimiento, se recurre a vínculos de parentesco, a lazos de otro tipo, al intercambio de rehenes o a códigos de conducta comercial. Frecuentemente, el intercambio se realiza en el seno de un contexto de rituales complejos y de preceptos religiosos, con lo cual se supone que se obliga a los participantes. El desarrollo temprano del comercio a gran distancia y entre diversas culturas, así como las ferias de la Europa medieval se edificaron sobre estos aparatos institucionales. Permitieron un ensanchamiento del mercado y la realización de utilidades partiendo de la producción y el intercambio de más complejidad, extendiéndose más allá de los límites de una pequeña entidad geográfica²⁶³.

Según BERMAN ²⁶⁴, habían existido mercados y ferias desde los siglos VII u VIII, pero en escala relativamente pequeña y sin un carácter legal verdaderamente desarrollado.

En cambio, desde los siglos XI y XII se celebraron regularmente grandes ferias internacionales en veintenas de ciudades y pueblos por toda Europa. También eran frecuentes los mercados internacionales, especialmente en las ciudades portuarias.

Uno de los procedimientos para estimular el comercio entre distintas jurisdicciones fue la utilización de rehenes colectivos como mecanismos para forzar el cumplimiento *-enforcement-* de normas y acuerdos. GREIF ²⁶⁵ sostiene que lo que él denomina sistema de responsabilidad comunitaria *-community responsibility system-* es el sistema de transición entre la contratación personal basada en la reputación y la impersonal basada en la ley. Bajo tal sistema, un tribunal local podía considerar a

²⁶³ NORTH D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, pág. 52

²⁶⁴ BERMAN H.J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 357.

²⁶⁵ Véase GREIF A., *Institutions and the Path to the Modern Economy. Lessons from Medieval Trade*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2006, págs. 310-311. En el mismo sentido y del mismo autor *The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice*, en *Journal of Economic Perspectives*, Volume 20, Number 2, 2006, págs. 221-236. En relación al papel de la religión como mecanismo de *enforcement* del comercio impersonal, véase WRIGHT R., *The Evolution of God*, ed. Back Bay Books, 2010.

cualquier miembro de una comunidad extranjera residente en la localidad como legalmente responsable por el incumplimiento de cualquier miembro de su comunidad de un contrato celebrado entre un local y un miembro de esa comunidad. Si el tribunal de la localidad del incumplidor rehusaba compensar a la parte perjudicada, el tribunal local confiscaba la propiedad de cualquier miembro de la comunidad del incumplidor presente en su jurisdicción como compensación. Una comunidad podría evitar la compensación por incumplimiento de uno de sus miembros únicamente dejando de comerciar con la otra comunidad. Cuando se revelaba un coste demasiado elevado, la mejor respuesta del tribunal de una comunidad era dispensar justicia imparcial también para los miembros de otras comunidades que habían sido engañados por miembros de la propia comunidad. Ante esta expectativa, los comerciantes se sentían motivados a entrar en el juego del intercambio impersonal.

El Derecho mercantil occidental adquirió a finales del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a ser interpretados conscientemente como partes integrantes de todo un cuerpo de Derecho, la *Lex Mercatoria*- o *Merchant Law*-, la cual incluía, entre otros, los siguientes principios²⁶⁶: 1.- La marcada separación de la ley de

²⁶⁶ La *Lex Mercatoria* incluía, además, las siguientes reglas: 1.- El reemplazo de los antiguos requerimientos de la entrega de bienes para poder transferir la propiedad por el recurso de la entrega simbólica, es decir, la entrega del derecho de propiedad –y del riesgo de pérdida o del daño- por la transferencia de documentos de transporte u otros documentos; 2.- El reconocimiento de la validez de acuerdos orales informales en la compra y venta de inmuebles; 3.- La limitación de las reclamaciones por violación de garantía, por una parte, y el desarrollo de la doctrina de garantías implícitas de aptitud y de mercantilidad –*marchandise loyale et marchande*-, por la otra; 4.- La introducción de una medida objetiva de los daños por no entrega de bienes, basada en la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado, junto con la introducción de penas monetarias fijas por violación de algunos tipos de contratos; 5.- El desarrollo de la hipoteca sobre bienes muebles, el nexo del vendedor no pagado y otros intereses de seguridad en muebles; 6.- El desarrollo de una ley de bancarrota comercial que tomaba en cuenta la existencia de un complejo sistema de crédito comercial; 7.- El desarrollo del conocimiento de embarque y otros documentos relativos al transporte; 8.- La expansión del antiguo préstamo marítimo grecorromano y el desarrollo del préstamo sobre casco y quilla, asegurado por un nexo sobre el flete o por parte del navío mismo, como medio de financiar y de asegurar las ventas de un comerciante en el extranjero; 9.- El reemplazo del concepto grecorromano -más individualista- de sociedad –*societas*- por un concepto más colectivista en el que había una propiedad compartida, la propiedad estaba a disposición de la asociación como unidad, y los derechos y obligaciones de uno de los socios sobrevivían a la muerte del otro; 10.- El desarrollo de la empresa conjunta –*commenda*- como especie de sociedad por acciones, en que la responsabilidad de cada inversor se hallaba limitada a la cantidad de su inversión; 11.- El desarrollo de marcas de fábrica y de patentes; 12.- La flotación de préstamos públicos logrados por medio de bonos y otras garantías; 13.- El desarrollo del banco de depósito. BERMAN H.J *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, págs. 365-366.

muebles –cosas- de la de inmuebles –tierra y cosas inseparables de la tierra-. 2.- El reconocimiento de derechos en el comprador de buena fe de bienes muebles, de derechos superiores a los del verdadero propietario. 3.- La creación de un derecho de posesión de muebles independiente de su propiedad. 4.- El desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados *contratos abstractos*, en los que el documento no solamente era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el contrato y se le podía demandar *independientemente*. 5.- El desarrollo del concepto de negociabilidad de las letras de cambio y pagarés, por la cual quien hacía la transferencia de buena fe, tenía derecho a que le pagara el librador, aún cuando este pudiera oponer ciertas defensas –como la de fraude- contra el pagador original.

Puesto que el Derecho común se revelaba un obstáculo para el desarrollo del comercio y los bienes muebles mostraban ser los más aptos para el desarrollo de este, se hacía preciso liberarlos del régimen jurídico vigente para los inmuebles.

El Derecho común no protegía a los comerciantes – ni a quien adquiría de un comerciante- contra las reclamaciones del propietario original de mercancías robadas o perdidas que el comerciante hubiera adquirido de buena fe y/o que un tercero de buena fe adquiriese del comerciante, pues el propietario podía ejercitar la acción reivindicatoria contra cualquiera que tuviese la posesión del bien, aun cuando fuese un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Ello obligaba a los comerciantes a comprobar los títulos de cada mercadería hasta el propietario original, lo que les imponía costes prohibitivos y, además, desincentivaba la asistencia a las ferias.

5.4. La introducción de la regla de irreivindicabilidad -en rigor, reivindicabilidad limitada- en el comercio de mercaderías: primera regla diferencial de la *Lex Mercatoria* en relación al Derecho común

La protección de quien adquiría de buena fe a título oneroso de un comerciante contra las reclamaciones del propietario original fue, pues, la primera *regla diferencial* de la *Lex Mercatoria* respecto del Derecho común, regla diferencial que operaba

únicamente tratándose de bienes muebles -mercaderías-²⁶⁷, adquiridos de un comerciante, mediante un acto de tráfico, es decir a título oneroso y de buena fe, pues la lógica del mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.

Dicha *regla diferencial* significaba una importante derogación del Derecho común en materia de acción reivindicatoria, pues suponía sustituir la regla de la reivindicabilidad ilimitada, esto es, con alcance incluso a terceros de buena fe, por la de irrevindicabilidad en los supuestos en los que se hubiese adquirido de un comerciante mediante un acto de tráfico, esto es, a título oneroso y de buena fe.²⁶⁸

La regla de irrevindicabilidad opera solamente en relación a los bienes muebles adquiridos por un tercero a título oneroso y de buena fe de un comerciante, es decir, de un empresario, que se dedique habitualmente al tráfico de objetos análogos -mercaderías-. Si falla alguno de estos requisitos, procede la reivindicatoria. Por eso, procede cuando el mueble se adquiere, *v.gr.* en una tienda de objetos usados o en una casa de subastas.

²⁶⁷ Así, la regla de protección de los compradores de buena fe de bienes muebles contra su propietario se expresa en el Derecho alemán con la regla “*Hand wahre Hand*” y en el Derecho francés con la regla “*Meubles n’ont pas de suite*”. En el Derecho inglés la regla queda limitada a las transacciones en el “*open market*”. En el Código civil español hay una doble tradición: germánica, que deriva de los Fueros Municipales que caen en desuso y romanista, derivada de la recepción del Derecho Romano Canónico. Ello plantea dificultades de interpretación del artículo 464 del Código civil c, según se siga la tradición romanista o la germánica. Su último párrafo, sin embargo, remite al Código de comercio, cuyo artículo 85 incorpora la regla de la *Lex Mercatoria*.

²⁶⁸ Estas reglas se desarrollan, por tanto, siglos antes de lo que parece sostener VALLET DE GOYTISOLO J.B, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil y el requisito de la buena fe*, ADC, 1956, núm.2, pág. 362, según el cual, la reacción doctrinal y judicial contra la reivindicación mobiliaria ilimitada se inician en Francia durante el siglo XVII, siendo el primer paso la imposición al propietario reivindicante de la obligación de satisfacer al comprador de una cosa en un mercado en una venta pública el precio pagado por ello. Siguiendo esta línea la doctrina y la práctica francesa consagraron la regla *possession vaut titre*, de donde pasó al artículo 2279 del *Code*.

5.5. Consecuencias: la inversión de las reglas de protección de los *iura in rem* mobiliarios en relación a las establecidas por el Derecho común como instrumento para potenciar su liquidez sin merma de su seguridad

Esta modificación conllevaba un efecto muy profundo, pues significaba una *inversión las reglas de protección* de los derechos del *verus dominus* y de los terceros que habían contratado la adquisición de tales derechos mediante un acto de tráfico respectivamente, en relación a las reglas de protección establecidas por el Derecho común. Esta inversión de la reglas de protección implica una *inversión en la asignación de riesgos*. En efecto, mientras el Derecho común, en todo caso, protegía al primero mediante una regla de propiedad y a los segundos mediante una regla de responsabilidad, la *Lex Mercatoria* invertía estas reglas para el supuesto de adquisición mediante un acto de tráfico de un comerciante, en cuyo caso el *verus dominus* pasaba a estar protegido por una regla de responsabilidad y el tercer adquirente mediante una regla de propiedad.

En efecto, según las reglas del Derecho común:

1.- El propietario ve protegido su derecho por una *regla de propiedad* frente a los actos dispositivos de su derecho realizados por otros sin su consentimiento *-nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet-*, por lo que puede reivindicar el bien de quien lo posea sin su consentimiento, aunque lo haya adquirido de buena fe y a título oneroso *-ubi rem meam invenio ibi vindico-*.

2.- En consecuencia, el adquirente únicamente está protegido por una *regla de responsabilidad* en el caso de que el transmitente que él creyó dueño resulte no serlo, mediante acciones dirigidas contra su propio *tradens*.

3.- El adquirente, por ultimo, no está protegido frente a buen número de causas de resolución del derecho adquirido que puedan afectar a su transmitente aun cuando fuera *verus dominus*.

La regla diferencial de la *Lex Mercatoria* protectora del adquirente inocente supone la *inversion de tales reglas de protección*. En efecto, conforme a las nuevas reglas:

1.- El propietario de un bien mueble ve protegido su derecho por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos de su derecho realizados por un poseedor a favor de un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, especialmente si el poseedor es un comerciante. En el plano civil, no dispone de una acción reivindicatoria contra el tercero inocente sino de una indemnizatoria contra quien le desposeyó de su derecho contra su voluntad y dispuso de él -además de la correspondiente acción penal-.

2.- Inversamente, el tercer adquirente, si adquirió a título oneroso y de buena fe de un poseedor, especialmente si era comerciante, queda protegido por una regla de propiedad frente a las reclamaciones del propietario desposeído.

3.- Por último, queda inmunizado frente a un buen número de causas de resolución del derecho adquirido que pudieran afectar a su *tradens* aun cuando el mismo fuera *verus dominus*.

Tal *inversion de las reglas de protección* es una adaptación de las mismas a las especiales características de los bienes muebles, que, por un lado, imponen la existencia de asimetrías informativas generalizadas en relación a la identidad de sus titulares y, por otro, los convierte en especialmente aptos para el comercio.

5.6. Ámbito de aplicación de la regla de irrevindicabilidad. Diferente regulación en los ámbitos civil y mercantil

El ordenamiento jurídico español ha seguido esta línea, estableciendo una regulación diferente en el ámbito civil y en el mercantil, o, si se prefiere, distinguiendo entre aquellos bienes que no son mercaderías o que, siéndolo, no se adquieren de un comerciante dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos y aquellos otros que son mercaderías y se adquieren de un comerciante dedicado al tráfico con las mismas, o en Bolsa o venta pública.

La regulación en el ámbito civil está contenida en el artículo 464 del Código Civil, un precepto cuyo primer párrafo es de difícil interpretación, lo que ha dado lugar a una doble línea hermenéutica. A saber: la germánica, que deriva de los Fueros Municipales que caen en desuso y romanista, derivada de la recepción del Derecho romano. Ello plantea dificultades de interpretación del artículo 464 del Código civil, según se siga la tradición romanista o la germánica.

En Derecho romano regía la regla *nemo plus iura in alium transferre postest quam ipse habet*, por lo que si un no propietario vendía el bien -mueble o inmueble- sin consentimiento del *dominus*, el adquirente, aunque fuera de buena fe, no adquiriría y podía ser demandado por el *verus dominus*, el cual podría ejercitar una acción reivindicatoria conforme a la regla *ubi ream meam invenio ibi vindico*. En estas condiciones, un tercer adquirente de buena fe solo podía adquirir por usucapión.

El Derecho germánico, sin embargo, seguía unas reglas distintas²⁶⁹ para bienes muebles e inmuebles. En relación a los bienes muebles solo se podían reivindicar los bienes extraviados, hurtados o robados, pero no aquellos cuya posesión se hubiere confiado voluntariamente a otra persona, en cuyo caso el propietario solo podía ejercitar una acción personal contra la persona a la que entregó la posesión -depositario, mandatario, etc-, pero no ejercitar la acción reivindicatoria contra quien adquirió del mismo.²⁷⁰ Explica DÍEZ-PICAZO que esta regla se fundamenta en la idea de que quien confía voluntariamente el bien mueble a otro, al mismo tiempo que hace posible el poder dispositivo de este ²⁷¹permite que se cree en los terceros la apariencia de tal poder y la confianza en dicha apariencia, que merece una evidente protección. Al mismo tiempo está implícita la idea de que, en materia de bienes muebles, la legitimación posesoria o *gewere* está unida al hecho de la detentación.

Este principio de origen germánico continúa el citado autor, fue recibido en el Derecho consuetudinario francés que consagró la regla *mobilia non habent sequellam* y

²⁶⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág.751.

²⁷⁰ *Ibidem*, pág. 752.

²⁷¹ *Ibidem*, pág.751.

meubles n'ont pas de suite, principios que rigieron, por lo menos, hasta el siglo XIII, momento en el cual, por obra de la recepción del Derecho romano, la reivindicación mobiliaria reapareció plenamente y sin límites. La regla de la reipersecutoriedad se mantuvo, sin embargo, en los casos en los que la cosa mueble hubiese sido dada en garantía o pignorada.²⁷² Esto probablemente fue así, excepto en el ámbito de aplicación de la *Lex Mercatoria*, esto es, en relación a mercaderías adquiridas de un comerciante.

El Tribunal Supremo, en su fundamental sentencia de 19 de junio de 1945 se inclinó por la tesis romanista, con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

1.- Aun cuando el artículo 464 del Código civil se inspirara en el originario artículo 2279 del Código de Napoleón, introdujo una importantísima modificación al sustituir la palabra “robo” (*vol*) por la de privación ilegal, mucho más amplia que aquella.²⁷³

2.- Esta interpretación, que es la más conforme con la inspiración romana, que es la de nuestro Derecho tradicional, lleva a admitir la posibilidad de reivindicación del verdadero propietario y a entender que hay privación ilegal siempre que la cosa haya pasado a manos de un tercero sin que para ello se cuente con la voluntad del propietario.

3.-No puede alegarse que el artículo 464 del Código civil en su interpretación germanista sea necesario para proteger el comercio jurídico, pues la seguridad del tráfico queda salvaguardada con la vigencia de la legislación mercantil y, en particular, a través del artículo 85 del Código de comercio, según el cual, la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causa prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercancías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente.

²⁷² *Ibidem*, pág. 752.

²⁷³ La versión original del artículo 2279 del *Code civil* fué modificada por la Ley n.º: 2008-561 de 19 de junio de 2008. Posteriormente, ha sido derogado por la Ley n.º: 2015-177 de 16 de febrero. Conforme a la nueva redacción, el artículo 2279 del *Code civil* dispone: “*Las acciones posesorias están abiertas en las condiciones establecidas por el código de procedimiento civil a aquellos que poseen o detentan pacíficamente*”.

4.- No puede afirmarse que con esta interpretación el precepto resulta estéril a los fines de un menor rigorismo en materia de posesión de bienes muebles, puesto que establece una *presunción de legitimidad* a favor del poseedor de buena fe que le exime de toda prueba, haciendo recaer la carga de esta sobre el que alega su dominio.

5.-El creciente valor alcanzado por los bienes muebles haría sumamente peligrosa una extensión de los principios contenidos en el artículo 464 del Código civil de acuerdo con los postulados preconizados por la tesis germanista.

La doctrina contenida en esta sentencia²⁷⁴ es la que se ha venido consagrando en nuestro ordenamiento jurídico, aunque existe una fuerte discusión doctrinal al respecto. Siguiendo la línea de la sentencia, DÍEZ-PICAZO²⁷⁵ sostiene que el artículo 464 del Código civil no contiene una regla de irreivindicabilidad sino que limita la reivindicación mobiliaria. En esta el demandado está amparado por la posesión, que el actor solo puede atacar probando: a) la pérdida o deterioro; b) la privación ilegal; c) la falta de buena fe en la adquisición. Como consecuencia de las dificultades probatorias, puede surgir una *adquisición a non domino*, aunque no haya sido esa la finalidad primera del artículo 464 del Código civil.

No cabe ocultar, sin embargo, el avance de la llamada tesis germánica en la jurisprudencia posterior, partidaria de deducir del citado precepto, por el contrario, un apoyo de la irreivindicabilidad a favor del tercer adquirente de buena fe -v.gr. sentencias del Tribunal Supremo de 15 febrero 1990 y de 25 febrero 1992-.

En todo caso, el centro de gravedad del problema pasa a ser qué debe entenderse por privación ilegal. En opinión del citado autor desde el punto de vista gramatical, la expresión “privación ilegal” hace pensar que la ilegalidad debe haberse producido en el

²⁷⁴ Esta sentencia ha sido objeto de multitud de críticas y comentarios. MIQUEL GONZÁLEZ J.M en el comentario al artículo 464 del Código civil, en PAZ-ARÉS C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R y SALVADOR CODERCH P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil II*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991, págs.1243 ss.

²⁷⁵ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 760.

acto por el cual el propietario reivindicante fue privado o desposeído de la cosa, lo que no ocurre en los casos de abuso de confianza en que él la entregó voluntariamente. El propietario únicamente podría ejercitar la acción reivindicatoria en los supuestos de pérdida o de privación ilegal, pero no en aquellos casos en los que la transferencia la hubiese realizado un poseedor a quien el propietario hubiese transferido la posesión aunque no lo hubiera hecho en concepto de dueño –comodatario, depositario-.²⁷⁶ .

MIQUEL GONZÁLEZ, sin embargo, sostiene que, aunque la privación ilegal se interprete en el mínimo sentido posible es claro que comprende delitos como apropiación indebida y estafa, además de hurto o robo -sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1955 y de 4 de julio de 1973-. Sostiene también que las enajenaciones de los mediadores posesorios son privaciones ilegales, por lo que si un depositario, comodatario, etc enajena la cosa comoditada, depositada, etc, priva ilegalmente de ella a su dueño -Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2010-. Sostiene que el artículo 463 del Código civil que trae su origen de las Partidas y del Codex de Justiniano dispone rotundamente que los actos de estos mediadores no perjudican ni obligan al dueño²⁷⁷.

Según la tesis que se siga, estaremos, por lo tanto, ante un supuesto de limitación de la reivindicabilidad o de aumento de las dificultades probatorias para el reivindicante, pero sin limitación de la reivindicabilidad y, por tanto, sin que el artículo 464 del Código civil contenga ninguna excepción al artículo 348 del Código civil.

Los párrafos segundo y tercero contienen dos normas especiales:

“Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

²⁷⁶ *Ibidem*, pág.761

²⁷⁷ MIQUEL GONZÁLEZ J.M en el comentario al artículo 464 del Código civil, en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R y SALVADOR CODERCH P., *Comentario del Código Civil II*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991, págs. 1243.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.”

No hay, por lo tanto, irreivindicabilidad en estos casos. Se protege al adquirente mediante una norma de responsabilidad, consistente en el derecho a obtener una indemnización del reivindicante igual a la cantidad pagada.

La regulación en el ámbito mercantil viene contenida, esencialmente, en el Código de comercio, al cual remite el artículo 464 del Código civil, el cual no es aplicable a las cosas muebles “*adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos*”, en cuyo caso “*se estará a lo que dispone el Código de Comercio*”, según establece el artículo 464 del Código civil.

El artículo 85 del Código de comercio dispone: “*La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiera indebidamente*”. Además del artículo 85 del Código de comercio, son relevante, los artículos 86, 324 y 545 del mismo Código, reformado este último por la Ley de 28 de julio de 1988 de mercado de valores, introduciendo una protección general de los terceros adquirentes de títulos al portador solo condicionada a su buena fe y ausencia de culpa grave, con lo que, acertadamente, se distinguen buena fe y diligencia y se eliminan otras condiciones para la protección del tercero.²⁷⁸ Además del Código de comercio, regulan esta materia el artículo 19 de la Ley de 16 de julio de 1985 cambiaria y del cheque y el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

²⁷⁸ MIQUEL GONZÁLEZ J.M, en el comentario al artículo 464 del Código civil, en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R y SALVADOR CODERCH P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil TI*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991, pág. 1269.

Obsérvese que, respecto del supuesto de hecho contemplado por el artículo 85 del Código de comercio –adquisición de mercaderías en un comercio- la regla a seguir es la protección del comprador con una regla de propiedad y del propietario desposeído con una de responsabilidad. Es decir, la protección del comercio –del tráfico jurídico- exige eliminar las excepciones establecidas por el artículo 464 del Código civil a la protección de los adquirentes de muebles. El artículo 85 del Código de comercio establece, claramente, una regla de irreivindicabilidad, como consecuencia inevitable de la prescripción de Derecho y, por lo tanto, una excepción a la norma del artículo 348 del Código civil que incorpora la regla *ubi ream meam invenio ibi vindico*.

Conviene subrayar que la norma contenida en el artículo 85 del Código de comercio en relación a las mercaderías es equivalente a la establecida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a las titularidades inmobiliarias inscritas²⁷⁹. Ambos establecen una excepción a la regla de reivindicabilidad ilimitada *-ubi rem meam invenio ibi vindico-* contenida en el artículo 348 del Código civil, si bien, para que tal excepción sea pertinente deben cumplirse varios requisitos. Lo mismo cabe decir de los artículos 324 y 545 del Código de comercio, así como del artículo 19 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Conviene subrayar, asimismo, que en ambos casos estamos ante normas de protección del tráfico a las que remite el Código civil: el artículo 464 del Código civil en el caso del artículo 85 del Código de comercio y los artículos 608 y 1537 del Código civil en el caso del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Esta solución, según ARRUÑADA,²⁸⁰ se adapta bien al contexto empresarial, por las siguientes razones: 1.- Si el transmitente es comerciante, para el adquirente es más difícil averiguar quién es el propietario porque la rapidez con la que circulan los bienes muebles hace difícil, si no imposible, rastrear su origen legal, de modo que si el comprador estuviese obligado a investigar el título de su antecesor, se obstaculizaría

²⁷⁹ Lo mismo puede decirse del artículo 11 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

²⁸⁰ ARRUÑADA B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, ed. Civitas, 2013, págs. 134 y 135. Véase también SAUVEPLANNE, J.-G., *The Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movable in Comparative Law*. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RJIPL)*, 29: 651-93, 1965, pag. 652.

gravemente su circulación. 2.- La presencia de economías de escala y la propia especialización en actividades comerciales reducen los costes de proteger la posesión física. 3.- El comerciante es quien se encuentra en mejores condiciones para proteger su propiedad, ya que la mayoría de los riesgos a los que está expuesta surgen al transmitir la posesión de los bienes a un tercero y, en ese trance, el comerciante goza de diversas ventajas comparativas: acumula conocimientos gracias a su experiencia, efectúa transacciones repetidas y puede activar mecanismos de salvaguardia. Está en mejores condiciones, por ejemplo, de elegir a vendedores fiables. 4.- Por lo que se refiere a los costes de reunir los consentimientos necesarios, tratándose de un mueble adquirido por un comerciante para comerciar con él, es más probable que se haya producido una cadena de transacciones y que sea, por lo tanto, más costoso investigar quién es el propietario que cuando el propietario no es comerciante. Por ello, es preferible proteger la titularidad del comerciante mediante una regla de responsabilidad y la del adquirente del comerciante mediante una regla de propiedad.

Este mismo autor recuerda que en el Antiguo Régimen solía exigirse la inscripción de los comerciantes individuales en un registro público. La finalidad perseguida con esta regla era facilitar la aplicación de reglas y restricciones gremiales. Desempeñaba también un papel sustancial para determinar la jurisdicción de los tribunales mercantiles. El Código de comercio de 1829 aún establecía este criterio formalista para distinguir a los comerciantes de los no comerciantes, a pesar de que en la práctica ya había caído en desuso. Los ordenamientos jurídicos modernos, sin embargo, no siguen este criterio formalista sino que siguen los criterios de profesionalidad o habitualidad – v.gr. artículo 1 del Código de comercio- y la regla de irreivindicabilidad suele aplicarse también a los actos objetivos de comercio, sean o no comerciantes quienes los realizan²⁸¹.

Todo ello pone de manifiesto que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es una regla excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, sino la regla pertinente si se quiere que las titularidades inmobiliarias puedan ser objeto de intercambio con seguridad y facilidad y, al propio tiempo, puedan servir de garantía para el crédito. El artículo 34 de

²⁸¹ ARRUÑADA B, *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, ed. Civitas, 2013, pág. 144, nota 16.

la Ley Hipotecaria - cuyo precedente es el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861- como sus equivalentes en el ámbito mercantil, serían, sin embargo, artículos difícilmente justificables en una economía de subsistencia.

En efecto, mientras en esta los intercambios son meramente residuales, pues la sociedad se integra por unidades autárquicas de producción y de consumo, sin embargo, en una economía de mercado, los intercambios son una pieza maestra del sistema. Gracias a ellos puede desarrollarse la especialización, sin la cual no es posible el incremento de productividad ni, por tanto, de competitividad ni, en última instancia, de prosperidad.

El paralelismo entre los artículos citados del Código de comercio y de la Ley Hipotecaria no debe sorprender. No solo obedecen a la misma racionalidad subyacente sino que, como expondré más extensamente al tratar de la Ley Hipotecaria de 1861, ambos cuerpos legislativos fueron redactados o se redactaron sobre la base de los trabajos realizados por sendas comisiones creadas en 1855, una para la reforma de las leyes mercantiles y otra ya existente -que tenía por misión revisar el Proyecto de Código civil de 1855- que fue encargada de redactar una Ley Hipotecaria. Ambas fueron presididas por Pedro Gómez de la Serna y, además, dos de los vocales -Pascual Bayerri y Cirilo Amorós- formaban parte de ambas. Con ellas se pretendía llevar a cabo las reformas necesarias para fomentar la agricultura, el comercio y la industria, consideradas las fuentes principales de la riqueza pública. Hubo una misma filosofía y unidad de dirección en ambas comisiones.

Por ello, la Ley Hipotecaria y el Código de comercio obedecen a la misma filosofía: remover los obstáculos que se oponían a la atracción de capitales que permitieran desarrollar las citadas tres fuentes de prosperidad. Es preciso subrayar que es necesario tener en cuenta esta evidencia a la hora de interpretar los artículos pertinentes de la Ley Hipotecaria. Lo que hace esta es, en última instancia, mercantilizar el sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias, fortaleciendo la seguridad del tráfico jurídico en relación al sistema romano de transmisión y, al tiempo -de ahí su enorme mérito- fortalecer la seguridad de las titularidades inmobiliarias, con la finalidad de conseguir un tráfico ágil de titularidades seguras y que, de ese modo, las fincas pudiesen servir de garantía crediticia, único modo de conseguir atraer capitales a la agricultura y,

a su través , desarrollar la producción agrícola del país, una de las principales fuentes de riqueza según la filosofía fisiócrata dominante en la época.

5.7. En el ámbito mobiliario, la consecución de tal efecto mediante la inversión de las reglas de protección de los *iura in rem* sólo es posible por el especial valor atribuible a la posesión como signo de propiedad debido a las especiales características que concurren en los bienes muebles

Mediante esta inversión de las reglas de protección, la *Lex Mercatoria* conseguía un incremento de la liquidez de las titularidades mobiliarias sin merma de la seguridad que, *de facto*, tenía el propietario de las mismas. Este efecto sólo es posible debido al *especial valor* que es posible atribuir a la *confianza* que genera en los terceros la *posesión* como signo revelador de la titularidad en *materia mobiliaria*, debido a las características de los bienes muebles, especialmente de las mercancías y, en consecuencia, a la *protección* que merece dicha confianza.

Este especial valor que es posible atribuir a la posesión mobiliaria se debe a: (1) la escasa probabilidad –en relación con los inmuebles- de concurrencia simultánea de diversos derechos reales de aprovechamiento sobre el mismo bien, (2) la escasa probabilidad de existencia de derechos reales de garantía sobre los mismos y que éstos permanezcan ocultos a los ojos de un tercero, pues el uso de los muebles como garantía implica su desplazamiento posesorio²⁸² con consentimiento del *verus dominus* que asume, en consecuencia, el riesgo de que el poseedor disponga de su derecho; y, dadas las especiales características de este tipo de bienes, el riesgo de que el bien desaparezca y no pueda ser reiperseguido. Esto es, asume, *de facto*, el riesgo de que su derecho deje de estar protegido por una regla de propiedad –acción reivindicatoria- y pase a estarlo por una de responsabilidad –acción indemnizatoria contra el poseedor-.

²⁸² La utilización de los muebles como garantía sin desplazamiento posesorio no será posible hasta mucho más tarde. Entre nosotros hasta bien entrado el siglo XX.

Ello hace que, en materia de bienes muebles, pueda desarrollarse un sistema de circulación de los mismos basado en la función legitimadora de la posesión²⁸³, es decir, en la idea de que, en relación a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, la posesión equivale al título y, por tanto, el poseedor puede ser considerado como propietario, sin que ello incremente *de facto*, para el *dominus*, los riesgos de pérdida del derecho en relación a los existentes bajo las reglas del Derecho común.

En efecto, en relación a los bienes muebles, la decisión de proveerse de un título documental que pruebe los derechos sobre los mismos depende de (1) sus posibilidades de circulación, (2) su rapidez circulatoria y (3) su importancia económica.²⁸⁴ Las mercaderías presentan, intrínsecamente, las dos primeras características y la tercera siempre, en su conjunto, –esto es, consideradas como *stocks* del comerciante-, pero no individualmente, salvo excepciones, especialmente cuando se trata de mercaderías que no están destinadas a ser exhibidas en un establecimiento fijo sino a ser transportadas por el comerciante para ser exhibidas en diversas ferias y mercados.

Cuanto mayores sean las posibilidades circulatorias de los bienes y menor su importancia económica, menores incentivos para documentar los derechos sobre los

²⁸³ Como observa DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* T.III., ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 746, la función de legitimación de la posesión significa, sobre todo, que determinadas situaciones jurídicas en las cuales se encuentra una persona, que adopta exteriormente un determinado comportamiento respecto de determinadas cosas, permiten adoptar la razonable confianza y la creencia de que el poseedor es titular de un derecho sobre tales cosas y puede ejercitar justa y legítimamente las facultades derivadas de aquel derecho. Esta función de legitimación parte de un dato que quizás sea estadístico. Es lo ordinario, lo más frecuente y, por ello, se dice, lo natural, que los poseedores tengan u ostenten el derecho del que su posesión es reflejo y forma de ejercicio. Es también ordinario y natural pensar que no existía una persona –el verdadero titular del derecho- que se haya dejado despojar. Si así fuera este será un fenómeno anómalo y patológico, que debería haber dado lugar a la oportuna reacción, de manera que si tal reacción no se ha producido, hay también una omisión culpable que refuerza aquella confianza o creencia.

La función de legitimación de la posesión opera fundamentalmente en dos campos: funda una serie de presunciones jurídicas, que giran fundamentalmente alrededor de la idea de coincidencia de la posesión con el derecho del que es reflejo y modo de ejercicio y, como consecuencia de ello, cuando la situación aparente se ha prolongado a lo largo del tiempo, el ordenamiento jurídico debe zanjar posibles discusiones y la apariencia se superpone a la realidad y se convierte ella misma en realidad. Pues bien, la especial naturaleza de los bienes muebles hace que, en relación a ellos, la función legitimadora de la posesión alcance su máximo valor.

²⁸⁴ En efecto, como es sabido, los individuos se comportan racionalmente, y, en consecuencia sólo invierten en costes transaccionales –y la documentación lo es- hasta el límite de la utilidad marginal, por lo que, cuanto mayor sea el valor del bien, más interesados estarán en documentar la adquisición adecuadamente.

mismos, y mayor la tendencia a identificar propiedad y posesión, lo que exige –y permite– dar un papel singularmente relevante a la posesión en materia de muebles, especialmente de *mercaderías*, es decir, de los muebles destinados al comercio.

En otros términos, tratándose de bienes muebles, la *regla diferencial* de la *Lex Mercatoria* respecto del Derecho común consiste en la protección de quien adquiere de buena fe y a título oneroso un bien mueble de su poseedor –especialmente si este es comerciante²⁸⁵– frente a las reclamaciones del *verus dominus*, lo cual incrementa la *circulabilidad* de tales bienes sin merma, *de facto*, de la seguridad del propietario o, en otros términos, aumenta la *liquidez* del derecho de propiedad sobre muebles sin merma, *de facto*, de su *seguridad*, lo cual aumenta su valor. Se trata, por lo tanto, de una solución creadora de capital, de una solución de suma positiva que facilita que aumente la cooperación. Con esta solución nadie pierde y todos ganan.

Tal *inversión de las reglas de protección* es una adaptación de las mismas a las especiales características de los bienes muebles, que, por un lado, imponen la existencia de asimetrías informativas generalizadas en relación a la identidad de sus titulares y, por otro, los convierte en especialmente aptos para el comercio.

Como observa NORTH²⁸⁶, la adopción de este conjunto de medidas –*Lex Mercatoria* o *Merchant Law*– alentó la expansión del comercio mobiliario. Por otro lado,

²⁸⁵ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* T. III. ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 235-236.

²⁸⁶ NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, págs. 165-167. Véase también JAY P. *La riqueza del hombre. Una historia económica de la humanidad*. ed. Crítica, Barcelona, 2002, págs. 102 ss. Pone de manifiesto cómo los condes de Champagne –un área de unos doscientos sesenta kilómetros cuadrados al sudeste inmediato de París y que comprendía las villas de Troyes, Provins, Lagny y Bar-sur-Aube– gozaban de suficiente independencia respecto de sus propios señores nominales, los reyes de Francia, como para poder desacatar las restricciones reales en materia comercial y ofrecer condiciones mercantiles –ley, orden e infraestructura para el mercado– que animasen a los mercaderes a hacer negocios en Champagne, y de este modo aportaban prosperidad a la región y sus bases impositivas, así como otros emolumentos extraordinarios en forma de peajes, arrendamientos, rentas, licencias, fianzas y multas a los ingresos de los condes. Otros gobernantes comenzaron a captar la moraleja obvia y propagaron, en adelante, un ambiente proclive al comercio en la Europa medieval, con mayor rapidez de la que hubiera sido posible en un imperio con una burocracia centralizada en el que no pudiera haber competencia constructiva alguna en la actividad económica.

los señores feudales reconocían la importancia de las ferias y mercados como fuente de ingresos y de ahí la importancia de proteger al adquirente de buena fe²⁸⁷.

Un elemento clave en esta evolución fue la progresiva aparición del Estado en el sentido moderno. Como argumentan NORTH y THOMAS²⁸⁸, el Estado moderno puede ser considerado simplemente como una organización que ofrece justicia y protección a cambio de ingresos. Hubo, por ello, un intercambio continuo entre las necesidades fiscales del Estado y su credibilidad en sus relaciones con los comerciantes y la ciudadanía en general. En la medida en que el Estado quedaba ligado por compromisos que lo obligaban a no confiscar bienes ni a usar su poder coercitivo para aumentar la

²⁸⁷ NORTH D.C. argumenta que la evolución de la situación desde el siglo XIII hasta el XVI puede medirse por la forma en que se trataba a los compradores inocentes en caso de que el transmitente no fuese el *verus dominus*. Según él, en el siglo XIII al comprador de estos objetos se le obligaba a devolverlos en cuanto se descubría una discrepancia a lo largo de la cadena de propietarios del bien. Cuando Edmund Coke fue nombrado magistrado en jefe en 1606, se reconoció al comprador final de un bien de buena fe como dueño del único título viable del bien –en algunos, pero no en todos los tribunales–legalizando toda compra legal a lo largo de la cadena de propietarios. NORTH D. C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, págs. 165-166.

En materia de muebles, sin embargo, el principio de protección de la confianza en que la posesión revela propiedad es un principio de origen germánico que rigió en amplias zonas –entre otras, España– hasta el siglo XIII, momento en el cual, por obra de la recepción del Derecho Romano la reivindicación mobiliaria reapareció plenamente y sin límites, salvo que la cosa mueble hubiese sido pignorada o dada en garantía.

Según VALLET DE GOYTISOLO J.B, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil y el requisito de la buena fe*, ADC, 1956, núm.2, pág. 362, en el Derecho francés, durante el siglo XVII, la práctica judicial y la doctrina jurídica reaccionaron contra una ilimitada reivindicación mobiliaria, con el fin de asegurar el comercio jurídico. El primer paso de esa reacción fue el reconocimiento de que los que compran una cosa en un mercado o en una venta pública no pueden ser sometidos a una acción reivindicatoria, a menos que el reivindicante satisfaga el precio que ellos hubiesen pagado por la cosa. Siguiendo esta misma línea, durante el siglo XVIII la práctica y la doctrina francesas consagraron la regla según la cual *possession vaut titre*. El Code Napoléon, por influencia de Pothier consagra la regla de irreivindicabilidad mobiliaria en el artículo 2279, salvo pérdida o robo.

En el Derecho Hispánico medieval existen textos que demuestran que fue recibido el principio germánico de la reivindicación mobiliaria a las cosas perdidas, hurtadas o robadas. Tales textos, sin embargo, como, en general los fueros, cayeron en desuso. Tales textos se destruyeron y se evaporaron tras la recepción romano-canónica.

De ello deduce DÍEZ-PICAZO que nuestra tradición jurídica posterior fue fiel a los principios romanistas hasta que el Código civil introdujo el artículo 464, inspirado directamente por el *Code Napoléon*. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* T.III., ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs.751 y 752.

²⁸⁸ NORTH D. C y THOMAS R.P. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1990, pág. 15.

incertidumbre, se posibilitaba la aparición de las instituciones necesarias para el desarrollo de mercados eficientes. ²⁸⁹

La regla de la reivindicabilidad ilimitada del Derecho común quedaba reducida, así, a los inmuebles y a determinados muebles, si bien, en este último caso, condicionada al pago al poseedor de la cantidad abonada por el mismo -muebles no adquiridos de un comerciante ni en subasta pública, o pignorados en una casa de empeño-²⁹⁰.

²⁸⁹ NORTH D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, pág. 167.

²⁹⁰ Estas reglas han pasado a los artículos 464 del Código civil y 324 del Código de comercio.

6. La transmisión de créditos: de la cesión de créditos a la circulación cambiaria

Al igual que el análisis de la evolución del sistema adquisitivo de las titularidades sobre bienes muebles y mercaderías, el análisis de la evolución del sistema adquisitivo de las titularidades sobre los derechos de crédito, - especialmente de los circunscritos al derecho a cobrar una determinada cantidad de dinero del deudor-, también resulta útil porque su evolución, dirigida a facilitar la circulación del crédito, ha generado soluciones normativas e institucionales -letra de cambio- que, influyeron notablemente cuando se pretendió facilitar la circulación de los bienes inmuebles y la creación de un mercado hipotecario.

Al igual que el régimen de circulación de los bienes muebles sigue reglas distintas en los ámbitos civil y mercantil, la circulación de créditos sigue reglas distintas según se siga el régimen del Derecho común, plasmado en el de la cesión de créditos del Código civil -artículos 1526 a 1536 del Código civil- o el régimen cambiario, plasmado en el régimen del endoso -artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque-, mercantil por cuanto la circulación de la letra de cambio -así como de los títulos valores, en general- constituye un acto objetivo de comercio, como es inevitable en una economía de mercado, denominada así porque el desarrollo de la especialización junto con el incremento y expansión de los intercambios exigen que se apliquen a la sociedad en general -en rigor, a los ciudadanos en general- reglas que anteriormente solo se aplicaban dentro de los mercados y/o entre comerciantes.

Estas reglas implican la prevalencia de la protección del tráfico jurídico sobre la protección de los propietarios, lo cual exige buscar soluciones normativas e institucionales que, al propio tiempo, minimicen los riesgos de los propietarios en el nuevo paradigma de prevalencia de la seguridad del tráfico jurídico, esto es, de protección de los adquirentes. En nuestro ordenamiento jurídico, el Código civil se inspira en el Derecho común para regular la cesión de créditos, mientras que el Código de comercio y la Ley Cambiaria y del Cheque, especialmente esta última, regulan la letra de cambio partiendo de la técnica desarrollada por los mercaderes en la Edad Media, por lo que haré

referencia a la evolución histórica refiriéndome simultáneamente a la regulación vigente en el ordenamiento jurídico español.

6.1. Los riesgos de la cesión de créditos bajo el Derecho común

Entre los elementos que integraban el activo de los comerciantes se hallaban los créditos que los mismos ostentaban contra terceros. Poder disponer de ellos y transformarlos en dinero efectivo para reinvertirlo en nuevas operaciones, o pagar mediante su cesión a terceros, eran posibilidades que permitían obtener un rendimiento de estos, que, en otros casos, deberían permanecer inmovilizados y estériles.

Sin embargo, tales operaciones no eran tan rápidas ni tan seguras como sería deseable, ya que eran muy pocas las seguridades que el Derecho Común ofrecía a los interesados en adquirir tales activos, pues sus principios y soluciones, en materia de transmisión de bienes y derechos eran fruto de una sociedad sin esas necesidades.

Los riesgos de la cesión de créditos se centran esencialmente en la posible divergencia entre la realidad material y la realidad formal o documental, ya sea porque (a) el transmitente no es el verdadero titular del derecho, o bien porque (b) el derecho tiene un alcance o contenido distintos de los que aparecen en el documento, o bien porque, (c) el cesionario ha pagado y el derecho de crédito se ha extinguido.²⁹¹

Bastará que, en un ejercicio de *ingeniería inversa*, nos proyectemos hacia el pasado, para que podamos constatar en sus exactas dimensiones la magnitud de los problemas a los que se tuvieron que enfrentar los mercaderes medievales y cómo trataron de superarlos con la técnica de lo que mucho tiempo después se denominarían títulos valores, especialmente, la letra de cambio. Dado que la regulación del Derecho común inspira el Código civil, me referiré simultáneamente a la regulación de esta materia

²⁹¹ Para una exposición pormenorizada de los riesgos de la cesión de créditos en Derecho Común, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título en RCDI*, núm 703, págs. 2076 a 2078.

contenida en el citado cuerpo legal. Como ponen de manifiesto GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA, los principales riesgos para el adquirente de un crédito, conforme a las reglas del Derecho común, son los siguientes:²⁹²

1) *Riesgo de inexistencia*, consistente en la posibilidad de que el crédito no exista realmente, de modo que el adquirente no pueda reclamar del deudor su cumplimiento.

En efecto, a diferencia de las cosas materiales, cuya realidad se constata por los sentidos, los bienes incorporales no pueden percibirse si no es intelectualmente. De ahí que el tercero pueda dudar de la propia existencia del derecho y, a la postre, erigir la desconfianza en un obstáculo para su transmisión.

2) *Riesgo de consistencia*, consistente en que el crédito revista características distintas de aquellas en las que el adquirente cree estar adquiriéndolo - v.gr. por ser de importe inferior-.

Admitida la existencia del crédito, la regla del Derecho común según la cual *nemo dat quod non habet*, determina que el crédito se transmita en las mismas condiciones en las que lo ostenta el transmitente, con independencia de que se manifieste algo distinto por el mismo. Por ello, el deudor podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que tiene frente al cedente.

En el Código civil español se encuentra una peculiar manifestación de este principio en el artículo 1198 del Código civil, cuya exégesis permite concluir que, pese a que para la transmisión de los créditos no es necesario el consentimiento del deudor, si se

²⁹² GIMENO-BAYÓN COBOS R/GARRIDO ESPA L., *Derecho cambiario*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág 18. Como afirman estos autores, nadie en su sano juicio adquirirá algo que ni tan siquiera sabe si existe, a no ser en condiciones sumamente favorables para el comprador. Como observa GAVIDIA SÁNCHEZ J.V, *La cesión de créditos*, pág. 30, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, la entrega del documento de crédito al cesionario no era un requisito para la transmisión del crédito, sino una obligación del cedente, cuyo cumplimiento permitía o facilitaba al cesionario el cobro del crédito. Era requisito para la producción del efecto traslativo cuando no había *cessio* expresa, es decir, declaración del cedente o acuerdo específico en transmitir.

La entrega del documento, sin embargo, no servía para acreditar, por sí sola, la existencia del crédito.

cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que se compense, como consecuencia de la citada regla.²⁹³

3) *Riesgo de pertenencia*, consistente en que el crédito no pertenezca al cedente, de modo que, en realidad, el adquirente no esté adquiriendo nada, en virtud de la misma regla anterior.

4) *Riesgo de liberación*, consistente en que el deudor quede liberado en virtud de un pago realizado al cedente. Estos riesgos perviven en la regulación contenida en el Código civil, tributaria de la tradición romanista. En efecto, hay que tener en cuenta que en virtud del principio de que los contratos son “*res inter alios acta*” y que en relación a terceros “*nec nocet nec prodest*” – reglas recogidas en el artículo 1257 del Código civil-, el deudor solo queda liberado de su deuda si paga “*a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre*”- artículo 1162 del Código civil-, por lo que el simple hecho de la transmisión de un crédito no impide al acreedor reclamar al deudor, ni a este pagar con efectos solutorios al primitivo acreedor, aun cuando este lo haya transmitido a un tercero. Por ello, el deudor queda liberado en virtud del pago hecho al cedente con anterioridad a haber tenido conocimiento de la cesión - artículo 1527 del Código civil-

5) *Riesgo de prueba*, consistente en la dificultad de probar ante el deudor la condición de acreedor; y finalmente

6) *Riesgo de insolvencia*, consistente en que el cesionario no pueda cobrar el crédito debido a la insolvencia del deudor.

Por todas estas razones, podía decir ASCARELLI, en expresión que ha devenido clásica, que quien adquiere un crédito, bajo la disciplina del Derecho común, adquiere, en cierto modo, una *caja de sorpresas*²⁹⁴.

²⁹³ GIMENO-BAYÓN COBOS R. y GARRIDO ESPA L, *Derecho cambiario*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 18.

²⁹⁴ ASCARELLI T, *Teoría General de los títulos de crédito*, ed. Jus, México, 1947, pág. 7.

6.2. El sistema de asignación de riesgos del Derecho común genera desconfianza en el cesionario y dificulta la cesión de créditos

Fijados los distintos riesgos que derivan del tráfico jurídico de titularidades sobre derechos de crédito, es preciso decidir a cargo de quien se ponen los mismos. Si se sitúan sobre el cesionario, se estará protegiendo fundamentalmente al deudor y, con ello, primando la seguridad jurídica: la cesión se produce entre terceros –*res inter alios acta*– y, por tanto, la posición del deudor permanece inalterada. Si, por el contrario, se hacen pesar sobre el deudor, se estará favoreciendo la protección del tráfico jurídico, pues, en ese caso, serán los adquirentes quienes no se vean afectados por las circunstancias concernientes al derecho objeto de transmisión.

Pues bien, el Derecho común atiende a la seguridad jurídica –deudor–, en detrimento de la seguridad del tráfico –cesionarios–. Y, por ello, sus medidas no son suficientes para atajar los referidos riesgos en la circulación del crédito.

Con el fin de facilitar la exposición analizaré la asignación de riesgos que en materia de cesión de créditos realiza nuestro Derecho vigente, inspiradas en y esencialmente coincidentes con las adoptadas históricamente por el Derecho común.

a) En cuanto al *riesgo de la existencia* del derecho, riesgo consustancial con la naturaleza incorporal del derecho de crédito y en relación al *riesgo de consistencia* de este, las normas contenidas en los artículos 1529 del Código civil y 348 del Código de comercio son claramente insuficientes.

En efecto, aunque el cedente responda de la existencia y contenido del crédito cedido, en la medida en que el mismo sea objeto de varias transmisiones y el adquirente no conozca al primitivo cedente, aumenta la desconfianza sobre la *existencia* –y, por lo tanto, *subsistencia* y *consistencia*– del crédito, lo cual se agrava porque, ante la eventual insolvencia del deudor cedido –probablemente desconocido para el cesionario–, el Derecho común no impone la responsabilidad de la misma al cedente que es con quien contrata y a quien conoce el cesionario. También es insuficiente la norma contenida en el

artículo 1198 del Código civil, pues viene a establecer que si bien no es necesario el consentimiento del deudor, si se cede sin su consentimiento un crédito existente pero compensable, el cesionario no podrá evitar que el deudor lo compense, lo que es una consecuencia lógica de que “*nemo dat quod non habet*”. Y el cesionario carece de medios para saber si, en el momento de la cesión, existen tales créditos.

b) En cuanto al riesgo de *falta de pertenencia*, la regla general del Derecho común es “*nemo dat quod non habet*”, por lo que el negocio es nulo, no hay adquisición, y ello determina toda una cadena de nulidades, solo consolidables mediante su reconocimiento por el verdadero titular o sus causahabientes “*mortis causa*” o por prescripción adquisitiva

c) En cuanto al *riesgo de liberación*, es decir, en cuanto al riesgo de que el cedente, pese a la cesión del crédito, proceda a su cobro²⁹⁵ válidamente y, por lo tanto, con efectos liberatorios para el deudor, el Código civil, para evitar actuaciones de mala fe, matiza la regla del artículo 1162 y en el artículo 1164 dispone que “*el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor*²⁹⁶.”

El problema está – como señalan GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA²⁹⁷ - en que *la naturaleza inmaterial del crédito impide que sea poseído materialmente* –por más que en ocasiones la tenencia de cierta documentación relacionada con el negocio jurídico del que nace permita presumirla- de tal forma que, para evitar que el pago sea realizado eficazmente al primitivo acreedor, es preciso destruir su *apariencia de titularidad*, y el mecanismo previsto por el Código civil, y también por el Código de comercio, es la notificación de la cesión –artículos 1527 del Código civil y 347.1 del Código de comercio-.

Ahora bien, en unos tiempos en los que la lentitud de los medios de comunicación exigía en ocasiones el transcurso de un largo periodo de tiempo para notificar la cesión,

²⁹⁵ GIMENO-BAYÓN COBOS R. y GARRIDO ESPA I, *Derecho cambiario*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 18 ss.

²⁹⁶ Lo que, como sostienen GIMENO-BAYÓN COBOS R./GARRIDO ESPA I, *Ibidem.*, interpretado “*a contrario sensu*” permite sostener que el pago hecho de mala fe a quien no esté en posesión del crédito no liberará al deudor.

²⁹⁷ *Ibidem.*

o, mejor dicho, para la recepción de la notificación por el deudor, el crédito, de hecho, devenía indisponible, a no ser que el adquirente se arriesgase a que, en el ínterin, el transmitente se le adelantase a cobrar del deudor o transmitiese el crédito a otro cesionario más diligente y, a la postre, a encontrarse con que, en el momento de pretender el cobro del crédito adquirido, el deudor ya hubiese pagado lo debido.

d) En cuanto al *riesgo de prueba*, el Derecho común, no ofrece tampoco ninguna solución satisfactoria en la medida en que, como señalan GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA la regla general es que los documentos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos, -artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, a lo que hay que añadir la exasperante lentitud de los procesos ordinarios.²⁹⁸

e) En cuanto al *riesgo de insolvencia del deudor*, a quien el cesionario puede no conocer puesto que él contrata con el cedente, la regla general del Derecho civil es que el cedente no responde –“*a menos que fuese anterior y pública*”-artículo 1529 del Código civil- o “*a no mediar pacto expreso que así lo declare*”-artículo 348 del Código de comercio-.

Estas soluciones no son las más idóneas para fomentar la circulación del crédito, porque apenas mitigan el riesgo para el adquirente.

En efecto, como exponen GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA, conforme a las reglas del Derecho común, recogidas por el Código civil, la oferta del titular de un crédito que quiere enajenarlo para, con el efectivo percibido, seguir operando, es la siguiente:²⁹⁹ (a) el derecho que pretende vender quizás no exista y, si existe, nada garantiza que su contenido se ajuste necesariamente a lo que él indica, ya que, v.gr.: puede compensar con deudas preexistentes; (b) si el deudor es insolvente, el adquirente no podrá reintegrarse de lo pagado para adquirir el crédito, ya que el transmitente no responde de la solvencia de aquel; (c) para que el deudor solo pueda quedar liberado pagando al cesionario y nada más que a él, el cedente debe comunicarle la cesión, ya que, de no

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*.

hacerlo, corre el riesgo de que si el deudor paga al transmitente y, a efectos del deudor, acreedor aparente, el pago tenga efectos liberatorios, y, por lo tanto, extintivos del crédito cedido; (d) a estos inconvenientes hay que añadir una serie de factores procesales, entre los que cabe destacar: (1) los documentos privados no hacen prueba contra su autor si no son reconocidos y (2) la exasperante lentitud de los procesos ordinarios.

Por ello, el deudor puede ignorar la cesión y oponer al cesionario todas las excepciones que pudiera tener contra el cedente, así como liberarse si, de buena fe, paga a este último antes de tener conocimiento de la cesión - artículo 1527 del Código civil-. Asimismo, si el cedente resulta no ser propietario del crédito, el cesionario no adquirirá nada, puesto que, con carácter general, no puede perfeccionar una adquisición *a non domino*.³⁰⁰

El fomento de la circulación del crédito requiere limitar al máximo y con el menor coste posible estos riesgos. El Derecho común, por un lado, no arbitra medios para que el cesionario pueda despejar estas incertidumbres, y, por otro, le asigna los riesgos derivados de las mismas, lo que dificulta la cesión de créditos y, por lo tanto, la optimización de una parte de los activos de los comerciantes. ¿Cómo solventó la *Lex Mercatoria* este problema?

6.3. La solución adoptada por la *Lex Mercatoria*: la inversión de la asignación de riesgos mediante la incorporación de los derechos de crédito a un documento –bien mueble- y el sometimiento de su régimen circulatorio al de las mercaderías. Del contrato de cambio a la letra de cambio

Como he expuesto anteriormente, entre los principios que desarrollaba la *Lex Mercatoria* se encontraba: 1-El desarrollo de títulos comerciales, como letras de cambio y pagarés y su transformación en los llamados *contratos abstractos*, en los que el documento no solamente era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el contrato y se le podía demandar *independientemente*. 2.- El desarrollo

³⁰⁰ DE DIOS MARTÍNEZ L.M, *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*. ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 145.

del concepto de negociabilidad de las letras de cambio y pagarés, por la cual quien hacía la transferencia de buena fe, tenía derecho a que le pagara el librador, aún cuando este pudiera oponer ciertas defensas –como la de fraude- contra el pagador original.

Con estas medidas se eliminaban gran parte de los inconvenientes que hacían del crédito un activo patrimonial difícilmente transmisible y, por lo tanto, de escaso valor.

Posteriormente, el perfeccionamiento técnico de la letra de cambio, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVI en que se introduce la *cláusula de endoso* que dota al endosatario de una posición jurídica distinta a la del endosante, inmune a las excepciones ajenas a él, así como el desarrollo de los títulos valores en general – especialmente los denominados cualificados o de fe pública, cuyo paradigma es, precisamente, la letra de cambio- culminarán el proceso.

La aparición y evolución histórica de los distintos documentos que fueron surgiendo para solventar los problemas del *cambio trayecticio* –contrato de cambio, pagaré cambiario, mandato de pago, cláusula de valor- y que, finalmente, desembocaron en la *letra de cambio* son muy significativas a este respecto.

Como observa EIZAGUIRRE ³⁰¹, en todo este proceso, la introducción y difusión de la *cláusula de endoso* –en torno a la segunda mitad del siglo XVI- es considerado el acontecimiento más importante de la evolución histórica de la letra de cambio y reviste una consecuencia de orden económico de primera magnitud. En efecto, en virtud de la misma, el endosante sella con su firma una garantía más de que la letra será pagada; en tanto que el endosatario ostenta una posición jurídica diversa del endosante, inmune a las excepciones ajenas a él. Hasta su aparición, la letra de cambio era únicamente el instrumento del contrato de cambio, que permitía obtener el pago en un lugar distinto del libramiento.

A partir de la consolidación del empleo del endoso será, además, un *instrumento de crédito*. Asimismo, desde que la letra se sustrae del ámbito del contrato de cambio, transformándose en documento circulante, el centro de gravedad jurídico se desplaza del

³⁰¹ EIZAGUIRRE J.M., *Derecho de los títulos valores*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs.79 ss.

contrato originario a la propia letra. En lo sucesivo, la comprensión del mecanismo de la letra o sistema cambiario exigirá tomar como punto de referencia principal las relaciones *ex charta*, trayendo a colación sólo excepcionalmente los fundamentos contractuales de las obligaciones expresadas en la letra de cambio. El Derecho cambiario asume de esta suerte la peculiar fisonomía cartular con que le conocemos ahora.

La introducción de la *cláusula de endoso* supone la *incorporación* del derecho al documento. Ello implica la inmunización del endosatario respecto de las excepciones ajenas a su propio negocio adquisitivo del documento y, por lo tanto, el sometimiento de la cesión de créditos a las reglas de circulación de las mercaderías, basadas en la protección de la posesión de buena fé —la posesión de buena fe equivale al título—.

Así, mediante la conversión de la cesión de créditos en una transmisión de mercaderías, se conseguía realizar, respecto de aquella, la misma inversión de las reglas de protección operada por la *Lex Mercatoria* para la transmisión de mercaderías respecto de la establecida por el Derecho común para la transmisión inmobiliaria, invirtiendo así la asignación de riesgos operada por el Derecho común, situándolos sobre el deudor, en lugar de sobre el cesionario.

De este modo, aumentaba la circulabilidad —*liquidez*— de los derechos de crédito sin aumentar, de hecho, los riesgos para el deudor porque tal mecanismo no se podía poner en marcha sin su consentimiento: es el deudor el que ha de emitir la letra que permite la incorporación a la misma del derecho de crédito contra él y el consiguiente sometimiento de la cesión de créditos al régimen cambiario.

El principal riesgo del deudor al emitir una letra como instrumento de pago de la obligación asumida en un contrato consiste en que la otra parte contratante no cumpla con lo que debe —falta de provisión— v.gr. compre una finca a plazos y firme las letras correspondientes antes de que la finca le sea entregada—. En este caso, únicamente puede oponer la excepción de falta de provisión al tomador, pero no a los sucesivos endosatarios. Este riesgo únicamente lo puede conjurar emitiendo la letra después de haber recibido la mercancía.

No obstante, la fuerte presunción de titularidad reconocida al tenedor de una letra repercute favorablemente en el deudor, normalmente librador y aceptante de la misma, en la medida en que simplifica considerablemente la labor de identificación del titular real del derecho, presupuesto de su liberación – norma recogida en el artículo 1162 del Código civil-. El deudor puede confiar, a este fin, exclusivamente en el tenor literal de la letra, debiendo acomodar su conducta a las exigencias de la buena fe, lo que también ha sido recogido por el Código civil en el artículo 1164.

Por lo que respecta al tenedor –cesionario en el Derecho común- no aumentan sus riesgos en relación a la posición del cesionario en el Derecho común, sino todo lo contrario.

Podría argumentarse, no obstante, que la legitimación por la posesión crea un riesgo nuevo a cargo del tenedor, en el caso de robo o sustracción. No es así, sin embargo, pues para que la posesión legitime al poseedor de la letra para el ejercicio del derecho incorporado, tal posesión ha debido obtenerse conforme a la ley de circulación del documento, esto es, por endoso, lo cual exige la posesión más la designación al final de una cadena ininterrumpida de endosos, lo cual debe ser comprobado por el aceptante conforme a los patrones de la buena fe para que el pago al poseedor sea liberatorio.

Además, para estos casos, así como para los de pérdida o extravío goza de un procedimiento edictal para su inutilización -artículos 132 a 135 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria-.

Todo ello hace que, en realidad, el tenedor de una letra de cambio se halle más protegido que el de una mercadería, ante los supuestos de robo, privación ilegal, pérdida o extravío. Ello se debe a que, en materia cambiaria, no se puede dar a la posesión exactamente el mismo alcance que en materia de mercaderías o de títulos al portador. La razón estriba en que, así como la titularidad de las mercaderías no se halla ordinariamente documentada, la regular cadena de endosos es, sin embargo, *conditio sine qua non* para que la posesión de la letra legitime el ejercicio del derecho que la misma incorpora. La fuerza de la posesión deriva del hecho de que para que el pago sea liberatorio para el aceptante, basta con que este compruebe la regularidad de la cadena de endosos y la

identidad de quien le presenta la letra al cobro conforme a las exigencias de la buena fe, sin poder exigir pruebas adicionales.

6.4. La incorporación del derecho al documento como instrumento necesario para incrementar la liquidez de los derechos de crédito sin incremento de los riesgos para el deudor ni para el cesionario

Para poder atribuir a la posesión regular de la letra en relación al derecho de crédito que refleja un alcance semejante- aunque no idéntico- al atribuido a la posesión de las mercaderías en relación a la titularidad de las mismas, y fundamentar en tal atribución un incremento de la *liquidez* de los derechos de crédito, sin incremento de los riesgos para el deudor ni para el tenedor, fue preciso recurrir a la técnica de la *incorporación* del derecho al documento, especialmente desarrollada tras la introducción de la cláusula de endoso.

En efecto, sin tal incorporación, la posesión regular del documento podría tener, a lo sumo, efectos probatorios de la titularidad del derecho de crédito, pero no serviría para fundamentar la aplicación del régimen jurídico de la circulación mobiliaria a la cesión de créditos, ni la consiguiente reasignación de riesgos respecto de la establecida por el Derecho común para la misma. Ello obliga a hacer una referencia, por somera que sea, a los efectos asignados a la denominada incorporación del derecho al documento cambiario.

Por ello, y para hacer frente a los riesgos inherentes al mismo, es por lo que el Derecho cartular se vale de la incorporación del derecho al documento –*charta*-, lográndose así la aplicación de normas similares a las del Derecho de cosas o, mas precisamente, aproximando, así, la circulación de un derecho de crédito a la de un derecho real sobre bien mueble.

La incorporación constituye un expediente teórico al que la doctrina cartular ha recurrido reiteradamente para explicar el régimen jurídico de los títulos valores cualificados.

La incorporación, siguiendo a PAZ-ARES, implica que “*la constitución, la transmisión y el ejercicio del derecho solo tienen lugar como consecuencia de la producción, de la tradición y de la presentación del título que lo documenta*”³⁰².

Como resalta el propio autor, dicha concepción sirve para poner de relieve que la condición de acreedor –la titularidad del crédito- está conectada a una determinada posición jurídico-real respecto del documento en el sentido de que, de la propiedad de este se deriva la titularidad de la pretensión frente al deudor, lo que equivale a decir que quien adquiere la propiedad del documento adquiere también la titularidad del crédito que el documento menciona o incorpora.³⁰³

De este modo, la solución del Derecho mercantil a la exigencia de que los derechos se transmitan de forma rápida y segura se logra mediante la técnica de la incorporación, porque, mediante ella, los derechos circulan eludiendo las reglas de la cesión de créditos, sometiéndose, en su lugar, a las reglas de transmisión de los bienes muebles.

El tráfico de derechos de crédito se convierte así, en cierto sentido, en un tráfico de derechos de propiedad sobre bienes muebles –protegido por el principio de tutela de

³⁰² PAZ-ARES C, en *La desincorporación de los títulos valor*, RDM, 219 (1996), pág. 10.

³⁰³ PAZ-ARES C, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005, págs. 169 ss. Esta orientación, de origen alemán, es, como señala el autor, la mayoritaria. En nuestro derecho, como observa, los argumentos fundamentales a favor de esta tesis los encontramos, por un lado, en el artículo 19 II de la Ley Cambiaria y del Cheque, y, por otro, en los artículos 14.I y 17.I de la misma ley; el primero porque consagra un sistema de adquisición *a non domino* del crédito basado en la adquisición *a non domino* del título; los segundos porque, lógicamente interpretados, parecen indicar que la adquisición de la letra es un presupuesto, y no una consecuencia de la adquisición del crédito. Obviamente, la expresión “incorporación” tiene un valor instrumental, como señalan los diversos autores, por lo que no se le puede otorgar un valor absoluto. Entre las limitaciones más importantes señala PAZ-ARES C: 1.-La existencia del derecho de crédito no depende necesariamente de la existencia del título (artículo 87 II de la Ley Cambiaria y del Cheque). 2.-La adquisición de la propiedad de la letra no trae consigo la adquisición del crédito incorporado cuando tal adquisición se produce en virtud de modos previstos en el derecho común, extraños al fenómeno de la circulación (ocupación, hallazgo, etc); 3.- ¿Se puede ceder el derecho sin entregar el título? Según Paz-Ares, es factible la transmisión meramente consensual del crédito cuando la transmisión se encauce a través de la cesión ordinaria del derecho común. 4.-El crédito se extingue por pago y no por la recuperación material del título. Sucede, sin embargo, que para evitar la discordancia entre legitimación y titularidad, la ley atribuye al pago un efecto adquisitivo de la titularidad del documento, de modo que el pagador –como el cesionario- puede reivindicar el título de quien lo posea, a no ser que lo haya adquirido *a non domino*, conforme al artículo 19.II Ley Cambiaria y del Cheque.

la posesión de buena fe-, cuyo régimen jurídico contiene grandes ventajas³⁰⁴, gracias a las cuales se dota de seguridad, facilidad y certeza a la transmisión de créditos.

6.4.1. Incorporación y ejercicio del derecho

En primer lugar, la incorporación determina que el derecho no puede ser ejercitado sin la posesión del documento³⁰⁵. Éste cobra, así, una especial trascendencia para que el acreedor y el deudor puedan, respectivamente, exigir y cumplir eficazmente la prestación, lo que permite conjurar el riesgo de liberación, lo cual se debe a que el documento viene a sustituir a la notificación de la cesión a que se refiere el artículo 1527 del Código civil.

Es más, la denominada cláusula de presentación necesaria despliega sus efectos no solo en relación con el acreedor, sino también en relación con el deudor. En efecto, en relación con el acreedor no puede hacer valer su derecho sin presentar el documento al deudor, aunque aporte pruebas de su derecho; pero, a su vez, le confiere la tranquilidad de que, en tanto esté en posesión del documento, el deudor no podrá cumplir con efectos liberatorios a favor de ningún tercero.

En relación al deudor, la cláusula le facilita el examen de la legitimación, al poder limitarla a quien le presente el documento, con exclusión de cualquier otra persona, aunque esta alegue, e, incluso, pruebe su extravío, sustracción o destrucción.³⁰⁶

³⁰⁴ BROSETA PONT M., *Manual de Derecho Mercantil* Vol.II, ed. Tecnos, Madrid, 2018, págs. 451 ss., señala la posesión de buena fe equivale al título; el adquirente poseedor de buena fe obtiene la propiedad del documento, incluso aunque hubiera adquirido de un tercero que, a su vez, hubiera adquirido ilegítimamente el título -artículo 464 del Código civil-, interpretado conforme a la tesis germánica-; la propiedad del documento confiere la titularidad del derecho incorporado; la simple posesión del documento legitima al poseedor para exigir del deudor el cumplimiento del derecho incorporado. Naturalmente, con todas las excepciones expuestas en la nota anterior y las que se derivan de la interpretación romanista del artículo 464 del Códigode comercio

³⁰⁵ DE DIOS MARTÍNEZ L.M, *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 147.

³⁰⁶ *Ibidem*, págs. 147 y 176. Naturalmente, hay que tener en cuenta las excepciones o limitaciones señaladas por Paz-Ares al principio de incorporación y que he señalado en nota anterior.

Pero, adicionalmente, la incorporación en sede de ejercicio determina que del documento se desprenda una apariencia de titularidad de la que deriva una eficacia legitimadora, cuya intensidad y características variará según el documento de que se trate y de la función que desempeñe en el tráfico. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*. Ello, a su vez, minimiza el riesgo de prueba.

En todo caso, la legitimación, como afirma DE DIOS MARTÍNEZ,³⁰⁷ no implica *necesariamente* una titularidad material sobre el derecho, sino una apariencia de titularidad, cuya finalidad es la de simplificar la prueba del mismo, su ejercicio, y, eventualmente, su circulación: el documento se concentra, de este modo, en el desenvolvimiento de la relación cartular, pero no equivale, *necesariamente* a la propiedad sobre el derecho cartularizado. Dicha equivalencia funcional se establece y se protege porque habitualmente coinciden apariencia y titularidad material, y, cuando excepcionalmente no coinciden, por la necesaria protección de la confianza del adquirente fundada en la apariencia.

6.4.2. Incorporación y circulación del derecho

En segundo lugar, la incorporación determina que la circulación del documento conlleva, a su vez, la del derecho³⁰⁸. Dependiendo del documento objeto de consideración esa circulación cartular puede conllevar, además, una especial protección de la posición de su adquirente, tanto en la esfera jurídico-obligacional, como en la jurídico-real. Estas tutelas, por su parte, permiten neutralizar, respectivamente, los riesgos de consistencia y pertenencia.

³⁰⁷ *Ibidem*, pág. 174. En el mismo sentido, PAZ-ARES C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2005, pág. 169.

³⁰⁸ DE DIOS MARTÍNEZ L.M., *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 147.

6.4.3. Incorporación y constitución del derecho

Finalmente, en cuanto a la constitución, la incorporación puede determinar que el nacimiento del derecho no se produzca sin la creación del documento, lo que, a su vez, permite hacer frente al riesgo de inexistencia.

Por lo que a la constitución del derecho se refiere, es esta una materia que ha sido objeto de una destacable controversia doctrinal, referida, en síntesis, a si la obligación cartular es autónoma y, por tanto, distinta de la relación subyacente, o si, por el contrario, se trata siempre de una misma obligación. De entre las orientaciones teóricas que se han ocupado del tema –causalista, mixta y cartular- es la cartular –esto es, la que atiende a la existencia de una obligación nueva y distinta- la que mayor aceptación parece tener³⁰⁹

La incorporación permite, pues, superar la mayoría de los riesgos anteriormente aludidos. Queda excluido el riesgo de insolvencia, pues este no se ve conjurado por la incorporación del derecho en el documento, sino por la especial regulación de determinados tipos de títulos-valor que, como los cambiarios, permiten al acreedor ejercitar la acción de regreso contra tenedores anteriores - artículo 50 de la Ley Cambiaria y del Cheque-.

6.4.4. La incorporación como técnica de intensidad graduable

Sin embargo, debe advertirse que esta no se presenta siempre con todas las facetas a que se acaba de hacer referencia. Por el contrario, la incorporación es, como observa DE DIOS MARTÍNEZ ³¹⁰, un fenómeno *escalable*, es decir, de *intensidad graduable*,

³⁰⁹ PAZ-ARES C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2005, pág. 50.

³¹⁰ DE DIOS MARTINEZ L.M., *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 148.

en función de las necesidades a satisfacer de protección del tráfico y, en tal sentido, de la función propia de cada documento.³¹¹

De este modo, en la medida en que los títulos valores cualificados tienden a proteger tanto la circulación como el ejercicio del derecho documentado, alcanzan el más alto grado de incorporación. Dicha incorporación es característica de los denominados títulos valores constitutivos.

Sin embargo, debe reconocerse que también en los títulos valores declarativos concurre, en cierto modo, una incorporación en sede de constitución, por cuanto, como afirma PAZ-ARES la producción del documento surte ciertos efectos sustantivos, al menos en el sentido de que modifica el régimen jurídico de los derechos mencionados³¹².

En los títulos valores cualificados la incorporación es sumamente intensa. Como es sabido, en éstos, el derecho se transmite junto con el título y se aúnan la protección y la circulación junto con la del ejercicio.

6.4.5. Las propiedades normativas que caracterizan la incorporación del derecho al documento en los títulos valores cualificados o de fe pública

Las propiedades normativas que caracterizan la incorporación son, escuetamente, las siguientes³¹³:

³¹¹ Esta misma idea es la que vienen a expresar algunos autores partidarios de la concepción amplia de título valor. Así, EIZAGUIRRE J. M. *La opción por el concepto amplio de título-valor*, RDBB, n° 57, 1995, pág. 21. Distingue entre *títulos de literalidad completa y de literalidad incompleta*, según que la descripción del derecho contenida en el documento sea o no suficiente para delimitarlo en relación a los adquirentes mediante actos de tráfico. En el primer caso se situaría, v.gr.: la letra de cambio, en el segundo las acciones de una sociedad anónima, ya que para conocer con exactitud la extensión del derecho que incorporan, es necesario consultar los correspondientes estatutos sociales. Esta idea es, como veremos después, sumamente importante para la caracterización de la inscripción como título-valor, y para el enfoque adecuado de las excepciones a la fe pública registral contenidas en la legislación vigente.

³¹² PAZ-ARES C. *La desincorporación del título-valor*, RDM, n° 219, 1996, págs. 13 ss

³¹³ Para una exposición por extenso de tales propiedades, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI núm 703, septiembre-octubre 2007, págs. 2085 ss.

6.4.5.1. Legitimación por la posesión:

6.4.5.1.1. En relación al tenedor

El poseedor del documento conforme a la ley de circulación del mismo goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho incorporado, quedando eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios.³¹⁴

Por ello, llegado el momento de hacer valer su pretensión, el tenedor queda dispensado del deber de acreditar su derecho con la amplitud que se desprende de la norma general sobre carga de la prueba del artículo 217 II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6.4.5.1.2. En relación al adquirente del documento cambiario

La apariencia de titularidad asociada a la posesión del documento –y la correlativa legitimación que se desprende de la misma- permite al adquirente de buena fe confiar en que el tenedor es el titular material del derecho y que, por lo tanto, tiene facultades de disposición. En el caso de la letra, al adquirente le basta para adquirir regularmente –al igual que al aceptante para que el pago sea liberatorio- con comprobar la regularidad aparente de la cadena de endosos y la identidad del tenedor por lo que resulta del

³¹⁴ Sin tener, por lo tanto, que recurrir a la serie de medios probatorios previstos en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para lo que la letra de cambio –y, en general, el título valor cualificado – a diferencia del título valor simple- sirve de instrumento único y suficiente. Véase EIZAGUIRRE J. M., *Derecho de los títulos valores*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. pág. 41. Afirma asimismo este autor que: “respecto de los títulos al portador, falta una base normativa clara en nuestro ordenamiento, dada la muy deficiente e incompleta regulación de esta clase de documentos por el Código de Comercio. La legitimación al portador hay que inferirla del artículo 545.f) 1ª del Código de Comercio”.

documento de identidad, con la diligencia exigida por los patrones de la buena fe – entendida como falta de dolo o culpa grave-.

La presunción que deriva de la posesión regular del documento es tan intensa que exime al adquirente de tener que realizar comprobaciones extracartulares sobre la titularidad del derecho. Es más, esa presunción es de tal naturaleza que, incluso, le permite consolidar, en el límite, una adquisición *a non domino* –artículos 19-2 de la Ley Cambiaria y del Cheque y 545 del Código de comercio-.

6.4.5.2. Literalidad y abstracción: la protección obligacional del adquirente del documento mediante la exclusión de excepciones

La literalidad es la característica de los títulos valores perfectos -denominados también completos, abstractos o de fe pública-, o sea, aquellos en los que se verifica por completo la incorporación del derecho al título³¹⁵.

Viene a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por el tenor literal del documento. En su sentido absoluto, significa que las relaciones entre el deudor y el tenedor que ha adquirido documento conforme a su ley de circulación se han de regular por lo que expresa el título mismo, cualquiera que fuese el contenido y el régimen del derecho incorporado según el negocio que lo hizo nacer, por lo que puede afirmarse que *“lo que no está en el título no está en el mundo”*.³¹⁶

³¹⁵ GARRIGUES J, *Curso de Derecho Mercantil*, T.I, ed. Imprenta Aguirre, Madrid,1976, pág 728.

³¹⁶ BROSETA PONT M., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.II, ed. Tecnos, Madrid, 2018, págs. 451 ss. Como afirma GARRIGUES J, *“También se designan estos títulos con el nombre de títulos de fe pública. Con esta expresión se caracterizan aquellos títulos cuya expresión literal es la que sirve de norma a favor del adquirente de buena fe. Quien de buena fe adquiere el título sobre su expresión literal adquiere el derecho documentado precisamente como aparece en el título. La fe en la escritura opera aquí milagros: se adquiere del derecho derivado del título, aunque jamás hubiese correspondido al transmitente o aun cuando se hubiese extinguido en él. Esto es muy importante desde el punto de vista de las excepciones oponibles por el deudor al adquirente de buena fe”*. GARRIGUES J, *Curso de Derecho Mercantil*, T.I, ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pág. 729.

La justificación de esta característica, como afirma DE DIOS MARTÍNEZ,³¹⁷ es contribuir a la agilización de la circulación de los derechos incorporados, mediante su protección, lo que constituye la función propia de los títulos valores cualificados.

La literalidad supone una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que, mediante la limitación de los medios de defensa del deudor, fortalece notablemente la posición del adquirente del título –confer.: artículos. 20 y 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque y 120 de la Ley de Sociedades de Capital-.

Así, frente a la regla prevalente en el Derecho común de obligaciones, según la cual el deudor puede oponer al nuevo acreedor cuantas excepciones respecto al acreedor precedente se hallan fundadas al tiempo de la cesión –principio de *oponibilidad ilimitada*–, la disciplina específica de los títulos valores cualificados se rige por el principio inverso de *oponibilidad limitada*, en cuya virtud el adquirente queda protegido frente a las excepciones fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título -abstracción personal-.

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pudieran afectar al derecho incorporado y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, en otro caso, quedaría expuesto.

Por tal razón, la propiedad normativa que desde el punto de vista del ejercicio del derecho caracteriza el régimen especial de los títulos valores cualificados puede ser enunciada, desde el punto de vista del acreedor beneficiario, como la *exclusión de excepciones*³¹⁸ aunque la misma no sea total.

³¹⁷ DE DIOS MARTÍNEZ L.M, *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 205.

³¹⁸ EIZAGUIRRE J.M., *Derecho de los títulos valores*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 44.

Como señala EIZAGUIRRE³¹⁹ en el ámbito de aquellos títulos valores que incorporan el derecho del tenedor al cobro de una suma de dinero –títulos cambiarios-, se puede distinguir entre *relaciones cartulares*, nacidas en virtud del negocio de entrega del título y *relaciones extracartulares* ajenas a la emisión del papel.

En el ámbito de las relaciones cartulares, la exclusión de excepciones se llega a explicar conforme al principio de apariencia jurídica, en cuya virtud solo los hechos capaces de destruir la apariencia creada por el título valor resultan oponibles al tercero de buena fe.

En el ámbito de las relaciones extracartulares, por el contrario, la exclusión de excepciones se justificaría, según el citado autor, en virtud de la relatividad o incomunicación de los contratos -artículo 1257 del Código civil-, conforme a los límites establecidos en los artículos 7.1 del Código civil y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque-. Parece, sin embargo, que ofrece un fundamento más sólido para explicar esta situación el artículo 1170 del Código civil, en sus reglas segunda y tercera.³²⁰

Ahora bien, para que tal protección se produzca, es preciso que el título haya circulado efectivamente por medios cartulares y el tenedor lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.³²¹

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ En este sentido PAZ-ARES C. en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R. y SALVADOR CODERCH P. (Dirs.), en el comentario al artículo 1170 del Código civil, en *Comentario del Código Civil* TI, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid 1991, pág. 222. En el comentario al artículo 1170, dice PAZ-ARES C.: “*En su función reguladora, el artículo disciplina lo que en la dogmática cambiaria y de los títulos-valor acostumbra a denominarse acción causal, es decir, la acción o pretensión derivada de la obligación causal que coexiste con la obligación cambiaria. En particular el artículo 1170 II y III contempla los límites que la existencia que un título cambiario impone al ejercicio de las acciones dimanantes del negocio causal, en cuya virtud se emitió o suscribió. Por medio de estos límites –que, en definitiva, se traducen en excepciones cambiarias frente a las acciones o pretensiones causales- el ordenamiento trata de coordinar la existencia y funcionamiento independientes de la obligación cambiaria (obligación ex titulo) y de la obligación subyacente (obligación ex causa). Cuatro son en concreto tales límites o excepciones: la excepción de entrega del título, el derecho a retener la prestación y a rescatar el título, la excepción de realización del título y la excepción de perjuicio del título*”.

³²¹ DE DIOS MARTÍNEZ L.M, *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 206 ss.

6.4.5.3. La autonomía del derecho incorporado: la protección jurídico-real del tenedor mediante la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada

Como observa BROSETA, la autonomía del derecho incorporado es un complemento y, a la vez, consecuencia del principio de literalidad, a cuyo través se tutela al adquirente en el orden jurídico-real, frente al riesgo de que el transmitente no sea titular o carezca de poder de disposición, posibilitando, en consecuencia, una adquisición *a non domino*³²².

Literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente –y no a título derivativo–, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente³²³. Como observa VICENT CHULIÁ³²⁴, el carácter autónomo del derecho solo aparece cuando el primer acreedor transmite el título a un tercero -esto es, cuando el título circula-. Entonces el deudor/emisor del documento, se ve imposibilitado de oponer al tercer tenedor del documento las excepciones derivadas del contrato de entrega del documento.

³²² BROSETA PONT tM. *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.II, ed. Tecnos, Madrid, 2018, pág. 452.

³²³ Por lo que se refiere a esta propiedad normativa y al alcance de los términos “literalidad” y “autonomía”, ha sido particularmente estudiado por la doctrina italiana con una especial reflexión sobre (1) la distinción entre la *literalidad completa –o perfecta o directa– y literalidad incompleta –o imperfecta o indirecta o por remisión–* para diferenciar aquellos títulos cuya literalidad es suficiente para delimitar el alcance del derecho incorporado de aquellos otros en los que no se da tal circunstancia y sobre (2) como una parte de nuestra doctrina ha hecho especial hincapié en explicar esta propiedad normativa a partir de las categorías de la teoría de la apariencia jurídica y de la abstracción. Véase LIBONATI B. *Titoli di credito e strumenti finanziari*, ed. Giuffrè, Milano, 1999, págs. 51-52. MARTORANO F., *Titoli di credito*, ed. Giuffrè, Milano, 1993, pag.13. PELLIZZI G.L., *La fattispecie “modo di credito”*, en *Studi sui titoli di credito*, ed. CEDAM, Padua, 1960, págs. 3 ss.

³²⁴ VICENT CHULIÁ F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol.III, ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 3239. Véase también, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, ed. Instituto Fernando el Católico, -reimpr- Zaragoza, 1986.

Esta posición, de origen creacionista, sin embargo, no es compartida por los defensores de la teoría de la apariencia jurídica como fundamento de la obligación cambiaria puesto que si el derecho se incorpora al título, no puede sostenerse que mientras el título se adquiere derivativamente –es decir, del *tradens*-, el derecho se adquiere originariamente – es decir, del primer deudor-.

Alegan que tal afirmación es contraria, en primer lugar, a las previsiones de las partes, para las cuales el objeto de la transacción es la transmisión del crédito – de hecho, el contenido de la declaración de voluntad del endoso y de la cesión ordinaria es exactamente el mismo- y, en segundo lugar, al artículo 17.I de la Ley Cambiaria y del Cheque según el cual “*el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio*”.

Por estas razones, concluyen, debe concluirse que la adquisición del derecho cambiario es derivativa y que, en consecuencia, no existen muchos derechos cambiarios en un solo título, sino un solo derecho, que es objeto de transmisión con el propio título como consecuencia de la incorporación - artículos. 14, 17, 19, 120, 123 y 125 de la Ley Cambiaria y del Cheque-.³²⁵

Esta característica también sirve para fundamentar la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

La agilidad y seguridad del tráfico quedarían seriamente restringidas si el tercero no pudiera confiar en la eficacia del acto de transmisión, obligándole a realizar indagaciones más allá de lo que consta en el propio título o, de otro modo, exponiéndole al ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del verdadero titular. La tutela jurídico-real se suma, así, a la jurídico-obligacional cerrando el círculo de la protección del adquirente³²⁶.

³²⁵ La teoría de la apariencia ha sido especialmente desarrollada entre nosotros como fundamento de la obligación cambiaria por PAZ-ARES C. Especialmente en *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, págs. 157 ss., ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005. Véase también ZURIMENDI ISLA A. *Los fundamentos civiles de la obligación cambiaria*, ed. Comares, Granada, 2004, págs. 80 ss.

³²⁶ DE DIOS MARTÍNEZ L.M, *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 231.

Ello significa que la disciplina especial de los títulos valores cualificados contiene una modificación sustancial del Derecho común de cosas en materia de reivindicación³²⁷.

Así, frente a la regla prevalente en Derecho común, consagrada en el artículo 348 II del Código civil e, incluso, en el artículo 464 del mismos, según la tesis romanista, la disciplina específica de los títulos-valores cualificados se rige por el principio inverso de *irreivindicabilidad* a favor del tercer adquirente de buena fe –artículos 545, números segundo y tercero, del Código de comercio y artículo 19 II de la Ley Cambiaria y del Cheque-³²⁸.

Aparte de otras cuestiones no menores, se plantea la de determinar quién es el adquirente que queda protegido por este principio de *irreivindicabilidad*.

Según EIZAGUIRRE³²⁹, el adquirente beneficiario de la protección debe ser, por regla general, un tercero; ajeno, por tanto, a la relación o tracto entre el titular y el transmitente, en el que se consuma la privación o del que deriva la desposesión voluntaria por el titular, que luego utiliza el transmitente en beneficio propio al contratar con el tercero. Conforme a este supuesto de hecho, la protección cartular se circunscribe, *stricto sensu*, al tercero, entendiendo, por tal, al subadquirente. Sin embargo, tras la doctrina sentada por las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 y 7 de septiembre de 2007 en relación a la fe pública registral consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, conforme a las cuales no es necesaria una transmisión intermedia para que

³²⁷ EIZAGUIRRE J.M. *Derecho de los títulos valores*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 47 ss.

³²⁸ Como señala el propio, EIZAGUIRRE, *Ibidem*, pág. 21, hay una fuerte discusión doctrinal en torno a la adecuada interpretación del artículo 464 del Código civil. Y no cabe icultar el avance de la llamada tesis germanista en la jurisprudencia reciente, partidaria de deducir del citado precepto, por el contrario, un apoyo de la irreivindicabilidad a favor del tercer adquirente de buena fe. Y cita en tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 1990 y la de 25 febrero 1992. Vease en todo caso una completa exposición de la cuestión a cargo de MIQUEL GONZÁLEZ J.M en el comentario al artículo 464 del Código civil, en PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R y SALVADOR CODERCH P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil TI*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid 1991, págs.1240-1249.

³²⁹ EIZAGUIRRE J.M., Eizaguirre J.M. *Derecho de los títulos valores*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 49 ss.

opere la misma, lo mismo cabe decir en relación a la circulación cambiaria, esto es, una vez incorporado el derecho al documento.

Una vez iniciada la circulación cambiaria, los adquirentes -no solo los subadquirentes- serían, por lo tanto, los beneficiarios de la apariencia generada por el Registro de la Propiedad -artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, el endoso -artículo 19 II de la Ley Cambiaria y del Cheque-, la posesión de los títulos al portador -artículo 545, números segundo y tercero, del Código de comercio- o los asientos del registro de anotaciones en cuenta -confer.: artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores-.

Adicionalmente, acudiendo al principio de rango superior de la *apariencia jurídica*, que informa la institución de la adquisición *a non domino* en su conjunto, es preciso integrar la figura de la relación de representación. Así sucede en el Derecho inmobiliario, como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1994 que confirmó la válida adquisición de una vivienda por quien contrató con el *falsus procurator* del dueño de aquella y, por lo tanto, carecía de la condición de subadquirente; no obstante lo cual, el Tribunal Supremo desestimó la reivindicación del dueño víctima de la privación. Solo así pueden explicarse cabalmente, además, cuestiones como la de la desposesión voluntaria del *dominus*, cuyo alcance resultaría de otro modo incomprensible.

6.4.5.4. A modo de conclusión

Este conjunto de propiedades normativas permite que la letra se sustraiga del ámbito del contrato de cambio, transformándose en *documento circulante* y hacen que el centro de gravedad jurídica se desplace desde el contrato originario a la propia letra.

Estas propiedades normativas hacen que las relaciones *ex charta* se conviertan en la referencia principal y que las relaciones derivadas del contrato originario unicamente operen entre las mismas partes originarias, sobreponiéndose, incluso, a las cartulares en caso de coincidencia -es decir, entre librador y tomador-.

Mediante estas propiedades normativas, se consigue una *simetría informativa funcional* entre endosante y endosatario, lo que fundamenta la confianza, dota de seguridad al derecho, facilita y agiliza la contratación y permite la conversión de la letra en instrumento de crédito.

Mediante estas propiedades, por último, el Derecho cambiario solventa los problemas a los que no daba una respuesta adecuada el régimen de la cesión de créditos propio del Derecho común

El Derecho cambiario asume, de esta suerte, su peculiar fisonomía cartular³³⁰.

³³⁰ EIZAGUIRRE J.M *Derecho de los títulos valores*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 84.

7. Evolución de los sistemas de adquisición de las titularidades sobre bienes inmuebles a título oneroso

7.1. Los riesgos en la transmisión inmobiliaria

Como todo tráfico jurídico-económico, también el inmobiliario comporta ciertos riesgos. Y, al igual que sucede en materia de transmisión de bienes muebles y de mercaderías así como de cesión de créditos, los principios del Derecho común tampoco son los más adecuados para facilitar la circulación de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. Tampoco para habilitarlos como activos económicos, pero no porque el Derecho común protegiese excesivamente al propietario frente al adquirente o acreedor, sino, precisamente porque se trataba de un sistema que no protegía suficientemente ni al propietario vigente, ni al adquirente –nuevo propietario- ni al acreedor hipotecario –potencial propietario- ni, por tanto, al deudor –figura habitualmente coincidente con la del propietario de turno-, el cual, como consecuencia de la insuficiente protección del derecho -en rigor, de su titularidad sobre el mismo-, se veía obligado a soportar unos intereses que compensasen tal incertidumbre –*prima de riesgo*- al acreedor.

Los riesgos de la transmisión inmobiliaria no son, sin embargo, exactamente los mismos que afectan a la cesión de créditos, debido a la diferente naturaleza de los respectivos derechos.

Así, mientras la *invisibilidad* propia de los derechos de crédito propicia un especial *riesgo de inexistencia*, por el contrario, la *especial visibilidad e inamovilidad* de los inmuebles hacen que tal riesgo disminuya grandemente en el tráfico de los mismos.

Del mismo modo, mientras en el tráfico de derechos de crédito apenas se plantean problemas relacionados con su titularidad, sin embargo en el tráfico de titularidades sobre derechos reales inmobiliarios –por definición, *iura in rem*-, algunos de los principales problemas se plantean como consecuencia de la posible existencia de derechos

confluyentes o contradictorios sobre los propios inmuebles objeto de tráfico, no todos ellos, además, susceptibles de posesión.

Hechas estas precisiones, podemos identificar los siguientes, como los principales riesgos de la transmisión inmobiliaria, bajo los postulados del Derecho común:

7.1.1. Dificultad de movilización

Gran parte de la propiedad estaba vinculada y en poder de las denominadas “manos muertas”. Instituciones como el mayorazgo sustraían al mercado las tierras sobre las que recaían. Todo el proceso de abolición de los señoríos jurisdiccionales y de desamortización en España, suponen el desarme jurídico de la propiedad feudal y su conversión en propiedad libre apta para el mercado³³¹.

Este problema se solventa mediante el largo proceso de desamortización que, en un sentido amplio, se extiende desde 1795 a 1855, lo que no permite deducir que exista una relación de causalidad entre el proceso desamortizador y la génesis del sistema

³³¹ DE VICENTE ALGUERÓ F.J., el capítulo correspondiente a *Agricultura y ganadería* en GONZÁLEZ RNCISO A., DE VICENTE ALGUERÓ F.J, FLORISTÁN IMÍZCOZ A. y TORRES SÁNCHEZ R., *Historia económica de la España moderna*, ed. Actas, Madrid, 1992, págs.73 ss. Una parte importante de la tierra es de las *manos muertas*, es decir, está vinculada a una determinada familia o institución, generalmente eclesiástica. Estas tierras vinculadas son privadas en cuanto a su titular, pero carecen de una característica fundamental del moderno concepto de propiedad privada: no pueden ser enajenadas total ni parcialmente, ni ser embargadas por deudas. La expansión del mayorazgo –convertido en institución del derecho civil castellano por las leyes de Toro (1505)- es uno de los fenómenos más notables de la época moderna.

Además, sobre determinadas tierras –*señoríos*- puede haber dos derechos claramente diferenciados y con titulares distintos: el *dominio eminente* –cuyo titular es generalmente un *señor* laico o eclesiástico con poder jurisdiccional- y el *dominio útil*, cuyo titular suele ser un campesino. Estas formas de dominio dividido adoptan diferentes formas en las diferentes regiones, tales como *foros* en Galicia, Asturias o León o *enfiteusis* en Cataluña y, en menor medida, en Valencia. En relación a la enfiteusis catalana, resulta fundamental la Sentencia Arbitral de Guadalupe –1486- que abolió la servidumbre personal de los payeses de *remena*, otorgándoles el dominio útil perpetuo de sus tierras a cambio de indemnizar a sus señores, los cuales, además, seguirán percibiendo rentas de origen feudal –v.gr. el laudemio o *llüisme*-

Por otro lado, las clases ricas urbanas –caballeros, comerciantes, profesiones liberales, rentistas en general- adquirirían tierras, sobre todo en las proximidades de las ciudades, para explotarla predominantemente mediante su cesión en arrendamiento. Los campesinos ricos también adquirirían tierras. Estas propiedades podían encontrarse tanto en tierras de realengo –bajo la jurisdicción directa de la Corona- como en tierras señoriales –bajo la jurisdicción directa de un señor-.

registral español. Me inclino por creer que la verdadera relación se da con la necesidad de potenciar el crédito territorial, desde postulados esencialmente fisiocráticos, lo que exige una propiedad segura y fácilmente transmisible³³².

7.1.2. Riesgo de pertenencia

El sistema vigente no servía para asegurar al adquirente que estaba adquiriendo del *verus dominus*. En efecto, sin un sistema mínimamente efectivo de publicidad³³³,

³³² En este sentido, GALLEGO DEL CAMPO G., *Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX*, RCDI, mayo-junio 1986, núm. 574, págs. 637-652, así como, del mismo autor, *Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español*, en *Historia de la propiedad en España*, siglos XV-XX, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 577 ss. En su opinión el establecimiento de los registros de la propiedad en España no dependió causalmente de la decisión política desamortizadora, ni fue concebido tampoco como específico instrumento de defensa de los adquirentes de bienes desamortizados-(pág. 580-. En el mismo sentido, PARDO NÚÑEZ C.R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI, núm. 614, pág. 112.

Coincido plenamente con estas opiniones. En efecto La exposición de motivos del proyecto de ley para la reforma de la legislación hipotecaria de 11 de Febrero de 1858, es de una claridad meridiana: “*Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en prestamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas*”. Asimismo, la “Exposición de 6 de Junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria” :”...*Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble ,ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación...la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados*”. En un sentido distinto, FIESTAS LOZA A. *La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados* en Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), núm. 53, 1963, págs. 333 ss.

³³³ Para hacerse una idea de la absoluta ineffectividad de los diferentes sistemas de publicidad arbitrados históricamente, merece la pena transcribir la siguiente intervención del conde de TORREANAZ en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909:

“*En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezara a aplicarse el Registro. Después, una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo al obligar a registrar... La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció ya otra regla, diciendo que la fecha inicial la del título de escribano del Registro de Censos ... Más tarde se volvió a la ... retroactividad ... a partir de 1539 ... auto del Consejo de Castilla de 1713 ... Por último, en 1768 se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuese menester llevarlos a los Tribunales ... Esto mismo fue reformado por el propio Consejo...en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre ..., es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861, si bien dándose prórrogas constantemente...: 10 de abril de 1872, 23 de agosto de 1784, 14 de amyó de 1787, 31 de julio de 1789, Circulares de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc. ...”.*

por rudimentario que fuese, y con la facultad concedida al *dominus* de reivindicar su propiedad de quien quiera que la poseyese, incluso aun cuando hubiese adquirido de buena fe y a título oneroso, lejos de dotar de seguridad a las propiedades, hacían que ningún propietario –o ninguno que creyese serlo- pudiera sentirse seguro.

El único indicio acerca de la propiedad era la posesión pública y pacífica. Una de las principales armas que el ordenamiento concedía al propietario en defensa de su derecho –la posibilidad de reivindicarlo de quien lo poseyese, aun cuando lo hubiese adquirido a título oneroso y de buena fe- se convertía, paradójicamente, en el principal flanco vulnerable de su propio derecho. De hecho, la prueba de la propia propiedad, en tales condiciones, devenía una empresa casi imposible, una auténtica *probatio diabólica*; en consecuencia, la misma dificultad, al menos, acarrea para un tercero que intentase estar seguro de que adquiriría del *verus dominus*.

7.1.3. Riesgo de consistencia

Tal riesgo –hoy prácticamente olvidado gracias a nuestro moderno Registro de tráfico- consistía, esencialmente, en el denominado *crimen stellionatus*, esto es en la ocultación por el vendedor al comprador del verdadero estado de cargas –“estado civil”, lo llamaría después la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861-.

El hecho de que el adquirente no pudiese conocer con seguridad el verdadero estado de cargas, debiéndose fiar al efecto de las manifestaciones del transmitente y de sus propias averiguaciones, junto con la convicción de que el vendedor ajustaría –al igual que el propio comprador- su conducta a los postulados del autotinterés, eran una fuente de desconfianza difícilmente vencible, el mayor obstáculo para la contratación, muy especialmente entre extraños.

Todavía en 1869, la Sentencia de 2 de abril de ese año, permite la subsanación mediante la inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio.

A todo ello hay que añadir la notable cantidad de hipotecas generales y ocultas - y, en general, los *overriding interests*- que pesaban sobre la propiedad inmueble y cuya erradicación sería uno de los objetivos básicos de la Ley Hipotecaria de 1861.

El sistema instaurado por la Pragmática de Carlos III había fracasado, excepto en Cataluña, como señala CONGOST³³⁴. El texto de la Pragmática de 31 de Enero de 1768 –cuidadosamente preparado por Campomanes y Floridablanca³³⁵-, comenzaba por reconocer el problema que intentaba atajar: en los juzgados y tribunales se admitían indistintamente escrituras registradas y no registradas, de lo que se seguían numerosos pleitos y perjuicios para los compradores e interesados en los bienes hipotecados “*por la ocultación y oscuridad de las cargas*”. A fin de erradicar tal problema, la Pragmática ordenaba que ningún juez pudiese juzgar por instrumentos no registrados, organizando las Contadurías de modo que se asegurase la efectividad de la medida³³⁶, si bien con

³³⁴ Como señala CONGOST R., un estudio sobre los Oficios de Hipotecas debería tener en cuenta la distinta acogida y la importancia desigual de esta institución en las diferentes regiones españolas. Así, señala, con razón, que representaba una novedad en los territorios de la Corona de Aragón. Sin embargo, todo parece indicar que la reacción de los notarios de Cataluña ante la creación del Registro de Hipotecas fue más bien entusiasta. Enseguida, además, los colegios notariales de Barcelona y de Girona presentaron a la Real Audiencia de Cataluña una serie de dudas al respecto, y el tribunal catalán pidió las respuestas pertinentes al Consejo de Castilla, que fueron recogidas en un nuevo decreto de la Audiencia Real de 1774.

Como señala esta autora, son precisamente estas disposiciones de 1774 las que convirtieron la experiencia del Oficio catalán en una experiencia única en España. En efecto, se disponía que se registrasen tanto los instrumentos que contuvieran “obligación especial de bienes” como “obligación general”, lo que amplió notablemente la tipología documental registrada en los Oficios de Hipotecas catalanes y aumentó espectacularmente el volumen de los libros. Los escribanos habían insistido, sobre todo, en la necesidad de inscribir los capítulos matrimoniales –que incluían disposiciones sobre herencias-, así como los contratos de compraventa. La razón por la cual solicitaban la inscripción de todos los contratos de compraventa era muy práctica: era la mejor manera de *proteger los derechos de los compradores de bienes* – de hecho, los hombres de la Real Audiencia habían escrito en 1769: “*Conviene que los contratantes, de manera mutua, conozcan o puedan conocer sus haberes, parece que todas las ventas de bienes inmuebles deberían ser registradas, sean o no gravados...*”-.

Este proceso se halla en íntima relación con el interés de los dueños directos en ejercer un control más rígido sobre los movimientos de sus enfiteutas, si bien la complicidad entre éstos y los escribanos impidió que ese control fuera total -v.gr. las firmas de los señores directos y la clausura de las escrituras por parte de los escribanos no fueron estimadas como indispensables para la inscripción de actas notariales en los libros del Registro de Hipotecas- CONGOST. R. *Tierra, Leyes, Historia- Estudios sobre la gran obra de la propiedad*-, ed. Crítica, Barcelona, 2007, págs, 172 ss.

³³⁵ *Ibidem*, págs. 170 ss.

³³⁶ Como señala CONGOST R., *ibidem*, Campomanes y Floridablanca parecían haber reflexionado sobre las razones del mal funcionamiento de experiencias anteriores y habían propuesto un plan muy detallado para hacerles frente. Así, los Oficios estaría situados en las cabezas de partido; dispondrían de un libro o de varios libros –uno para cada pueblo-, distribuyendo los asuntos por años “*para que fácilmente pueda hallarse las noticias de las cargas*”. En estos libros se “*tomaría razón*” de “*todos los instrumentos de imposiciones, ventas de bienes raíces, o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obra pía, y*

escaso éxito, como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que, en uno de sus más conocidos pasajes, afirma:

“...nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales”.

7.1.4. Riesgo de pérdida del derecho

En efecto, en el Derecho común rigen, entre otros, dos principios esenciales. A saber: (1) el principio según el cual *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet* – donde encuentra su fundamento la esencial regla “*ubi rem meam invenio ibi vendico*”- y (2) el principio de *relatividad contractual* o de eficacia relativa del contrato., según el cual “*res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*”. Estos principios serían recogidos por los artículos 348 y 1257 del Código civil, respectivamente.

Como consecuencia del primer principio, el adquirente puede verse privado de su derecho, (a) si su transmitente ha incumplido –en todo o en parte- las obligaciones derivadas del contrato en virtud del cual adquirió el derecho –principio de oponibilidad de excepciones, derivado del más amplio *nemo plus iura-*; (b) si su transmitente no era el

generalmente todos los que tengan expresa hipoteca ó gravamen, con expresión de ellos, ó su liberación y redención”. El instrumento que se mostraría sería la primera copia que el escribano habría entregado; en caso de perderse, se sacaría una copia con la autoridad del juez competente.

En la “*toma de razón*” se deberían hacer constar los nombres de los contratantes, su vecindad, la calidad del contrato, y los bienes raíces gravados, dejando claro que por bienes raíces se entendían también censos, oficios y otros derechos perpetuos que pudieran constituir hipotecas. Una vez registrada la escritura, el escribano encargado de la Contaduría –el más antiguo del distrito- anotaría en ella lo siguiente: “*Tomada la razón en el Oficio de Hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy*”. El interesado podía mostrarla luego al escribano, para que hiciera constar en el protocolo la toma de razón. En caso de que se presentase la redención de un censo o se liberase una hipoteca, se haría constar al margen si la escritura estaba registrada; si no lo estaba, se tomaría razón de la escritura de redención o liberación en el libro de registro.

verus dominus, pues el principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* – y su consecuencia necesaria “*ubi rem meam invenio ibi vindico*”- habilita a este para reiperseguirlo incluso aun cuando se halle en poder de un tercero que lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.

Como consecuencia del segundo principio, el adquirente no puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, por el mero hecho de que su transmitente le haya exhibido el contrato del que derive su adquisición, pues, en virtud del principio de *eficacia relativa*, todo contrato, respecto de terceros, *nec nocet nec prodest* porque es *res inter alios acta*; lo que significa que el contrato, por sí solo, carece de capacidad para suministrar un título esgrimible frente a terceros –y mal puede alguien proclamarse propietario sin un título que le habilita para defender su propiedad frente a todos y, por tanto, para *conservarla*-.

En consecuencia, en tal situación, ningún propietario podía estar seguro de su derecho: en cualquier momento podía ser víctima de cualquier reclamación de procedencia insospechada. De hecho, el único signo fiable de que su transmitente era *verus dominus* era, además del contrato del que derivaba su adquisición, el hecho de que viniera disfrutando de una pública y pacífica posesión en concepto de dueño

7.1.5. Dificultad para probar la titularidad de su derecho por el propietario

La dificultad para probar la titularidad del propio derecho de propiedad se deduce de todo lo expuesto. De hecho, el único modo que quedaba al alcance del propietario era obtener una sentencia firme de adquisición por usucapión.

Todo ello configuraba un estado de cosas en el que todo lo referente al derecho de propiedad inmobiliaria se hallaba sumido en la más exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias o de nulidad, todas

ocultas, lastraban la tierra de modo que convertían el tráfico de inmuebles en un juego de azar³³⁷.

Por todo ello, puede decirse –como decía Ascarelli del régimen civil de la cesión de créditos- que quien adquiriría una propiedad inmueble en tales condiciones adquiriría, en cierto modo, una *caja de sorpresas*³³⁸.

7.2. Las especiales dificultades para superar el conflicto entre la seguridad de las titularidades inmobiliarias y la liquidez de las mismas en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida

La tarea de encontrar, también para las titularidades sobre bienes inmuebles, una solución que facilite su *circulabilidad* sin merma de su *seguridad* – en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida sobre la identidad de los titulares de *iura in rem* sobre los mismos, así como sobre la extensión de éstos, es decir, la tarea de organizar un mercado de tierras y, en general, un mercado inmobiliario- no es fácil. Presenta mayores dificultades que en materia mobiliaria y que en materia de cesión de créditos

Las dificultades se hallan relacionadas, por un lado, (1) con las características específicas de los bienes inmuebles, las cuales impiden conferir a la posesión de los mismos idéntico alcance jurídico que el concedido por la *Lex Mercatoria* a la posesión mobiliaria; por otro,(2) con la especial función política asignada a los derechos de propiedad sobre la tierra, singularmente durante el Antiguo Régimen y (3) con el régimen jurídico del derecho de propiedad sobre la tierra como consecuencia de su función política. Veamos cada uno de estos aspectos.

³³⁷ PARDO NÚÑEZ C.R. *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm, 614, pág. 112.

³³⁸ ASCARELLI T., *Teoría General de los títulos de crédito*. ed. Jus, México, 1947, pág. 7.

7.2.1. Las características específicas de los bienes inmuebles impiden fundamentar en su posesión la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada y la consiguiente inversión de las reglas de protección del derecho de propiedad sobre los mismos establecidas por el Derecho común

He expuesto anteriormente cuáles fueron las técnicas desarrolladas por los mercaderes –posteriormente apoyadas por los señores feudales y por el Estado- para alentar la expansión del comercio mobiliario, así como para posibilitar la circulación de los derechos de crédito.

Cuando, siglos más tarde, se intente dotar a los inmuebles de la aptitud jurídica precisa para poder ser utilizados como mercancías y como garantía de créditos, el Estado acabará inspirándose, finalmente, en las mismas técnicas empleadas por los comerciantes siglos atrás en materia de mercaderías y de cesión de créditos. Pero, en materia de inmuebles – más propiamente, de derechos sobre la tierra- la empresa se revelará mucho más compleja.

En efecto, tratándose de titularidades inmobiliarias, la inversión de las reglas de protección de la propiedad mobiliaria operada por la *Lex Mercatoria* respecto de las establecidas por el Derecho común, por un lado, aumentaba su circulabilidad, pero, por otro, no incrementaba *de facto* los riesgos de pérdida del derecho para el dueño, pues la facilidad con la que los muebles pueden ser ocultados y destruidos, unida a la frecuente carencia de pruebas documentales de las transacciones con los mismos, los hace, de hecho, irrevindicables en buen número de supuestos.

Además, las probabilidades de que haya titularidades dominicales concurrentes sobre un mismo bien mueble son escasas, y aún menores las de que haya derechos reales limitados en cosa mueble ajena, pues los derechos reales limitados en cosa ajena son un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario³³⁹, por lo que, en materia mobiliaria,

³³⁹ Destaca DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T.III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 204, que una gran parte de los derechos limitados o limitativos necesitan los bienes inmuebles como soporte material. Tal es el caso de las servidumbres, los censos, la enfiteusis, la superficie y la hipoteca clásica o tradicional. Ello es así hasta el punto de que en materia mobiliaria solo existe normalmente el derecho real de garantía consistente en la prenda -ampliada

normalmente, el poseedor es el dueño, lo que permite sentar el principio de que, en materia de bienes muebles, la posesión de buena fe equivale al título, dotándolo de una especial eficacia –derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada- cuando se ha adquirido de un comerciante.

Las características específicas de los bienes inmuebles, sin embargo, impiden asignar a la posesión de los mismos un alcance semejante al que se asigna a la posesión en materia mobiliaria como signo revelador de la *identidad* del titular del derecho de propiedad y, en consecuencia, impiden fundamentar en la misma la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada y la consiguiente inversión de las reglas de protección de los derechos de propiedad sobre la tierra, semejante a la operada por la *Lex Mercatoria* en materia de bienes muebles –en relación a las reglas de protección del Derecho común-.

Dicha inversión, sin embargo, es necesaria para posibilitar un incremento de la *liquidez* de los derechos reales sobre los bienes inmuebles sin merma de la *seguridad* de la que, *de facto*, goza el titular de los mismos. Pero, para que dicha inversión de las reglas de protección produzca los efectos deseados, esto es, la superación del conflicto o dilema entre seguridad y liquidez de los derechos en un entorno de información escasa y asimétricamente distribuida sobre la titularidad de los *iura in rem* recayentes –y, en su caso, concurrentes – sobre los bienes inmuebles, es necesario encontrar un procedimiento –distinto del basado en la posesión- que permita neutralizar dichas asimetrías informativas sin merma de la seguridad de los derechos del propietario.

Si se derogara la regla de reivindicabilidad ilimitada sin haber encontrado el procedimiento de neutralización de las asimetrías informativas sobre la identidad de los titulares de los *iura in rem* recayentes –y, en su caso, concurrentes-, sobre bienes inmuebles, el resultado sería una disminución del valor de los mismos, como consecuencia de su inseguridad, difícilmente compensable por el aumento de valor debido al incremento de liquidez derivado de la derogación de dicha regla, lo que tendría

hoy a la llamada hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión-. Y si en parte el derecho real de usufructo puede recaer en bienes de naturaleza mueble, es cierto también que en la mayor parte de los casos -con la significativa excepción de los usufructos sobre títulos valores- este derecho recae también sobre bienes inmuebles.

como consecuencia una pérdida neta de capital. Y, como sabemos, la misión del Estado es la creación neta de capital, esto es, de riqueza, no su destrucción.³⁴⁰

Imaginemos que se establece, en materia inmobiliaria, la regla de la reivindicabilidad limitada fundamentada en que la posesión de buena fe equivale al título, con el mismo alcance que tiene dicha regla para las mercaderías. En tal situación, la buena fe consistiría en comprobar que quien desea vender es poseedor a título de dueño y, en su caso, el documento –normalmente contractual- del que deriva su posesión. Hechas estas comprobaciones, si adquiere del poseedor a título oneroso, se convertiría en dueño, despojando de su derecho, en su caso, al *verus dominus*, el cual únicamente conservaría una acción indemnizatoria –en el orden civil- contra el poseedor que se ha hecho pasar por dueño –además de la correspondiente acción penal-, pues la regla de la reivindicabilidad limitada conlleva una inversión de las reglas de protección del derecho de propiedad –singularmente del *ius disponendi*- respecto de las establecidas por el Derecho común. Así pues, tratándose de bienes inmuebles, la cuestión se complica

Las insuficiencias funcionales de la posesión³⁴¹ resultan, pues, decisivas en materia inmobiliaria. Desde luego, tales insuficiencias se dejan sentir menos en sociedades más primitivas, compuestas por comunidades pequeñas, integradas por un número relativamente pequeño de sujetos entre los que hay un alto grado de conocimiento recíproco, con unos niveles de especialización y de división del trabajo rudimentarios, con un volumen de circulación inmobiliaria escaso, pues los inmuebles se utilizan preferentemente para producir para la propia subsistencia en lugar de para comerciar. En tal contexto, la posesión pública y pacífica del bien y de un modo continuado por quien se presenta como dueño puede ser un indicio relativamente confiable de que el poseedor es el *verus dominus*, si no en la generalidad sí en la inmensa mayoría de los casos. Debemos tener en cuenta, además, que en las sociedades primitivas, integradas por grupos relativamente pequeños, las diferentes formas de lo que podríamos llamar propiedad eran mas o menos colectivas o comunitarias.

³⁴⁰ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Estado, Propiedad, Mercado*, RCDI núm. 708, págs. 1497-1591. Asimismo DE SOTO H. *El misterio del capital*, ed. Península, Barcelona, 2001.

³⁴¹ A tales insuficiencias funcionales se refiere MORALES MORENO A.M. en el Prólogo a la monografía de JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, CORPME, 2004.

Sin embargo, en una economía de mercado, caracterizada por una amplia densidad contractual impersonal, en la que los bienes cambian de manos con frecuencia y, además, son utilizados como garantía para el crédito, la situación es distinta.

Considerando tales circunstancias, no se puede conceder a la posesión, en materia de derechos sobre la tierra, y, en general, sobre inmuebles un papel tan relevante como en materia de derechos sobre bienes muebles. Si en éstos, propiedad y posesión son funcionalmente lo mismo y, por lo tanto, se puede organizar un sistema de circulación de mercaderías basado en la presunción de que el poseedor es el propietario –porque así suele ser en la realidad y por que, en los casos en que no lo es, el propietario difícilmente puede evitar que el poseedor se comporte como dueño -ya que, si lo hace, difícilmente se halla en condiciones de ejercitar con éxito la acción reivindicatoria-, sin embargo, no sucede lo mismo tratándose de bienes inmuebles.

7.2.2. Función política de los derechos de propiedad sobre la tierra durante el Antiguo Régimen

A estas dificultades hay que añadir, en segundo lugar, las derivadas de la especial *función política* de los derechos de aprovechamiento sobre la tierra, singularmente durante el Antiguo Régimen, entendiendo por tal el periodo correspondiente al feudalismo y al absolutismo³⁴², hasta el pleno triunfo de la revolución liberal. Y aún después de consolidada esta, hasta el desarrollo de la economía industrial en sustitución de la economía agraria.

³⁴² Como observa GENET, pueden distinguirse dos tipos de feudalismo: en primer lugar, el tipo clásico de feudalismo señorial, donde la autoridad pública se repartía en el seno de las clases dominantes, de manera que las rentas pueden ser aseguradas por el señor feudal y por sus hombres dentro de la extensión del feudo o señorío; en segundo lugar, el feudalismo de Estado, caracterizado por la aparición de una autoridad pública que se va concentrando y extendiendo junto con las señoriales que van perdiendo importancia y que constituye la transición hacia el Estado Moderno. Lo que GENET considera feudalismo de Estado, se correspondería con lo que usualmente denominamos absolutismo. GENET J Ph. *La genèse de l'Etat moderne. Culture et société politique en Angleterre*, ed. Presses Universitaires de France, 2003, págs. 11-12.

7.2.2.1. Propiedad y Señorío en el Antiguo Régimen

Durante las edades media y moderna, podemos observar una íntima conexión entre señorío y propiedad sobre la tierra³⁴³, o, más ampliamente, entre poder político y poder sobre los recursos más valiosos, durante esos siglos casi todos ellos vinculados a la tierra. Puede afirmarse que la forma de visibilizar quién ostentaba el poder político era visibilizar quiénes ostentaban la propiedad sobre la tierra, especialmente cuando la misma iba unida al ejercicio de funciones jurisdiccionales o, más generalmente, señoriales.

Ello se debía a que no existía todavía una organización a la que se le hubiese atribuido el monopolio del uso legítimo de la violencia –es decir, el Estado weberiano-. Ante la ausencia de tal organización, el problema endémico de la violencia –desatada por la necesidad de acceso a los recursos escasos necesarios para la supervivencia- se gestionaba mediante la formación de una coalición dominante cuyos miembros poseían privilegios especiales, privilegios que desempeñaban la función de ser incentivos creíbles para que los miembros de la élite decidiesen cooperar entre ellos en lugar de luchar entre sí, con la consiguiente disipación de rentas.³⁴⁴. Puede afirmarse, por ello, que tales privilegios desempeñaban la función de evitar un proceso de disipación generalizada de rentas.

Entre estos privilegios, de acceso limitado, destacaban, especialmente, los derechos de propiedad sobre la tierra, la cual constituye el activo primario de las sociedades agrarias.

³⁴³ Este fenómeno –esencial- es puesto de manifiesto especialmente por PESET REIG, el cual, a su vez, pone de manifiesto cómo buena parte de la bibliografía actual ha separado ambas realidades, sobre todo a partir de la Edad Moderna, presentando Señorío y propiedad sobre la tierra como dos mundos diferenciados. En su opinión, ello se debe a que en Castilla y Andalucía la estructura señorial evolucionó de forma precoz, lo que ha dado lugar a que los estudios se hayan centrado en la propiedad de las tierras y su explotación sin referirse demasiado a las reliquias señoriales ni al poder jurisdiccional que los señores continuaban disfrutando, mientras que en Cataluña o en Valencia, la mejor conservación de viejos mecanismos feudoseñoriales ha producido una amplísima bibliografía acerca de estas cuestiones. Véase PESET REIG M. *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Edersa, 1988, págs. 177-179.

³⁴⁴ NORTH D.C, WALLIS J.J. y WEINGAST B.R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge University Press, 2009, págs. 18-19.

7.2.2.2. Los imprecisos contornos de los derechos de aprovechamiento concurrentes sobre la tierra: función de la imprecisión

Como pone de manifiesto la generalidad de los autores, es muy difícil definir el concepto de derecho de propiedad sobre la tierra –si es que puede hablarse de tal- en el Antiguo Régimen por su carácter “confuso y vago” –BARRIO GOZALO ³⁴⁵-, debido a que recaían sobre la misma “derechos concurrentes de muy diferente naturaleza y alcance y de contornos no siempre bien definidos” en expresión de MARCOS MARTÍN-³⁴⁶.

Esta situación de concurrencia de derechos de aprovechamiento de contornos imprecisos es característica de la propiedad sobre la tierra del medievo. Así, en relación a Inglaterra, por ejemplo, BOGART y RICHARDSON han puesto de manifiesto la extraordinaria complejidad creada por la concurrencia sobre la tierra de (1) los derechos derivados del sistema hereditario inglés, –conocidos como *strict settlements*, de los que conocía el Tribunal de la Cancillería- y (2) los derivados de los actos y negocios realizados por los tenedores de la tierra –, denominados *real states* y de los que conocían los tribunales del *common law*-³⁴⁷. Estos derechos entrecruzados involucraban a numerosos individuos, incluyendo el *landholder*, su familia en sentido amplio, los beneficiarios adicionales designados por anteriores *landholders*, y todos los herederos

³⁴⁵ Según BARRIO GOZALO M. *La propiedad eclesiástica en la España del antiguo régimen*, en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*. Coords: DE DIOS S., INFANTE J, ROBLEDO R., TORIJANO E., ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 19, la confusión se acrecienta en algunas regiones como Galicia o Cataluña donde parece que la propiedad territorial se concibe como un agregado de distintos derechos parciales concurrentes.

³⁴⁶ MARCOS MARTÍN A. *Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares* en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, Coords: DE DIOS S., INFANTE J, ROBLEDO R., TORIJANO E., ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 136-137, 19, así como así como pág. 139 en relación a las cargas que pesaban sobre la tierra.

³⁴⁷ Sobre evolución y configuración del *Common Law*, entre otros, PLUCKNET TH, F.T, *A Concise History of Common Law.*, ed. Little. Brown and Company, Boston, 1956. AJANI G., ANDERSON M., ARROYO AMAYUELAS E, PASA B. *Sistemas jurídicos comparados*, ed. Universidad de Barcelona, 2010.

potenciales –incluidos los no nacidos-. Todos tenían derechos sobre los flujos de renta derivados de la tierra.

Estas complicadas lindes de los derechos entrecruzados impedían a los *property holders* usar los recursos conforme a su deseo. No podían hipotecar la tierra, ni arrendarla, ni enajenar gran parte de esta. En consecuencia, tenían que dedicarse a las labores tradicionales. Los *landholders* no podían talar árboles ni extraer minerales a menos que estuviesen explícitamente autorizados para ello. Tampoco podían utilizar recursos para mejorar las infraestructuras sin consentimiento de todos los que tenían intereses en la tierra. En caso de obtener un acuerdo, este carecía de respaldo legal y podía ser discutido en los tribunales. Obtener acuerdos para la transferencia era particularmente problemático.

El Tribunal de la Cancillería velaba por la seguridad de los intereses de todos los beneficiados intergeneracionales con preferencia sobre los derechos de los compradores. Éstos, además, se encontraban con una grave dificultad añadida: la falta de información pública acerca del contenido de los *settlements* –algo así como sus estatutos-. Estos se hallaban en poder del *landtenant* y, como mucho, podía existir alguna otra copia en poder de alguna otra parte.³⁴⁸

La inexistencia de una organización a la que se le hubiese atribuido el monopolio del uso legítimo de la violencia –Estado-, hacía que determinados miembros de la élite dominante –los más relevantes- se especializasen en la violencia, es decir, en suministrar protección, si bien todos los individuos debían estar preparados para defender sus derechos por la fuerza de las armas³⁴⁹.

La ambigüedad, la falta de contornos precisos de los derechos de propiedad sobre la tierra, desempeñaban, sin embargo, una función importante en este contexto. En efecto,

³⁴⁸ BOGART D. RICHARDSON G., *Making property productive: reorganizing rights to real and equitable estates in Britain, 1660-1830*, *European Review of Economic History*., abril 2009. 13, 3-30, págs. 4-5 y 11.

³⁴⁹ NORTH D.C, WALLISJ.J. y WEINGAST B.R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History-EREH-*, ed. Cambridge University Press, 2009, págs. 18-19. La razón estriba en que los especialistas en violencia pueden proporcionar protección a pequeños grupos de clientes, pero la mayor amenaza contra un especialista en el uso de la violencia es otro especialista.

la tierra es el activo primario de las sociedades agrarias, susceptible, además, de una rica variedad de usos, lo que concedía unas amplias posibilidades para que la coalición dominante se autoestructurase de diferentes modos para determinar las relaciones de sus miembros entre sí y de ellos con el resto de la economía.

Así, la flexibilidad en los derechos de control sobre la tierra derivada de la falta de claridad de estos servía como instrumento para equilibrar los intereses dentro de la coalición, especialmente entre sus miembros más prominentes, como afirman NORTH, WALLIS y WEINGAST³⁵⁰, y también para aumentar el poder sobre quienes no formaban parte de la elite dominante. En efecto, la indefinición jurídica juega siempre a favor de quien ostenta el poder político.

7.2.2.3. Los privilegios de la élite dominante en materia de derechos de propiedad sobre la tierra

Todo ello configura un conjunto de privilegios a favor de la élite dominante en materia de derechos de propiedad sobre la tierra. Por lo que se refiere a España, tales privilegios pueden sintetizarse en los siguientes, según PESET REIG³⁵¹:

a) Mediante las amortizaciones y las vinculaciones o mayorazgos se aseguraba la conservación de los patrimonios en las grandes familias o en la Iglesia. La vinculación, si bien podía ser utilizada por simples hidalgos, y aún por no nobles que aspiraban a serlo, pues no existía límite, era esencialmente un arma en manos de la alta nobleza.

³⁵⁰ *Ibidem*, págs. 78-79 y 100. Observan estos autores que al menos a partir del siglo XIII –*Quia Emptores*– una parte de las instituciones del Derecho inglés sobre la tierra evolucionaron para dotar de mayor seguridad al derecho de propiedad sobre la tierra, pero la evolución se produjo de manera que permaneció la ambigüedad acerca de quién era el verdadero propietario a la hora de vender o tras la muerte. Desde nuestra actual perspectiva, percibimos tal ambigüedad como una grieta del sistema, pero, sin embargo, ello facilitaba a la coalición dominante usar el control sobre la tierra para estructurar y ajustar la distribución del poder político y económico al cambio de circunstancias.

³⁵¹ PESET REIG M. *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Edersa, 1988, pág. 23.

La institución del mayorazgo se extendió entre los siglos XIV y XIX. Según PESET REIG, el mayorazgo es un acto de disposición de bienes mediante el cual, el cabeza de este determina unir un conjunto de bienes y los reserva a sus descendientes en un orden de sucesión preestablecido, determinando su imposibilidad de enajenarlos por cualquiera de los sucesivos poseedores y sin que se puedan ejecutar por deudas. El origen del mayorazgo parece estar en las mercedes de Enrique II –primer monarca de la dinastía bastarda de los Trastámara- que se atrajo a la primera nobleza con sus donaciones. Para paliar un tanto las mercedes enriqueñas, sus sucesores permitieron la constitución de mayorazgos familiares, para que, en caso de no haber descendencia, revirtiesen a la corona. Durante el siglo XV se multiplicaron, se regularon en las Leyes de Toro de 1505 y cada vez fueron más numerosos, formándolos, incluso, la nobleza baja y quienes no eran nobles³⁵².

b) Exención de impuestos de las rentas procedentes de la tierra. La exención de impuestos de los nobles operaba a favor de todo el estamento, pero, sobre todo, como la Hacienda Real se basaba en el tráfico de bienes y se centraba sobre las ciudades, dejaba sin gravar la renta de la tierra –los diezmos y las cargas señoriales la alta nobleza y de la Iglesia-. El monarca fue perdiendo su carácter feudal progresivamente, sus rentas de la tierra, para apoyarse en otro tipo de impuestos procedentes de la burguesía³⁵³

c) La nobleza, que, en general, poseía una situación privilegiada, lograba a través de sus jurisdicciones, un poder en sus señoríos que les aseguraba su posición: nombraba a las autoridades y resolvía sus conflictos. En este contexto, no había tercero independiente que decidiese en caso de conflicto entre los señores y los campesinos.

En el sistema inglés de tenencia de la tierra, por ejemplo, múltiples individuos tenían intereses sobre una misma extensión de tierra. En los más altos niveles de tenencia, los tenedores en jefe poseían sus tierras en *freehold* aunque poseyeran muchas de ellas en concepto de caballeros o en otros conceptos relacionados con los servicios militares. Muchos de los tenedores que derivaban su tenencia de estos tenedores poseían, a su vez, la tierra, en *freehold*. Todos estos individuos podían acudir a los tribunales reales para

³⁵³ *Ibidem*, pág. 170.

resolver sus disputas sobre la tierra. En lo más bajo de la escala social, los villanos y los *copy holders* no tenían acceso a los tribunales reales. Únicamente podían acudir a los tribunales de los *Manors* del señor cuya tierra poseían. No consiguieron acceder a los tribunales reales hasta 1660.

En la Península, las cosas eran parecidas. La nobleza, en general, gozaba de una situación privilegiada en todos los órdenes. En sus conflictos surgieron dos justicias distintas. Los conflictos de los grandes señores entre sí o de éstos con obispos u órdenes los decidía el Rey. Los conflictos entre los campesinos los decidía el señor –el Rey si tenían lugar en territorios de realengo-. Los conflictos entre el Señor y los campesinos los decidía el Rey –aunque también a este nivel el poder de un noble o de un monasterio era muy grande³⁵⁴ y podía resultar decisivo. No obstante, en los territorios de la Corona de Aragón, al menos hasta los Decretos de Nueva Planta en Valencia de 29 de junio de 1707, los señores conservaron el poder de nombrar jueces para todo lo relacionado con la enfiteusis.³⁵⁵

Como observa PESET REIG, conforme el poder regio se fue haciendo más fuerte fueron desapareciendo, en mayor o menor medida, este tipo de facultades señoriales, especialmente porque un ejército real las fue haciendo innecesarias o fueron quedando implícitas en el poder del monarca.³⁵⁶ No desaparecerán completamente, sin embargo, hasta la abolición de los señoríos jurisdiccionales en 1837. Ello supuso la unificación de la condición jurídica de los españoles y les colocó bajo la autoridad exclusiva del Estado³⁵⁷.

³⁵⁴ *Ibidem*, págs. 169-188.

³⁵⁵ RUIZ TORRES P. “Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen”, en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, pág. 19. Coords: DE DIOS S., INFANTE J, ROBLEDO R., TORIJANO E. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 334.

³⁷⁴ PESET REIG M. *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Edersa, 1988. pág. 159.

³⁵⁷ La supresión de los señoríos se articula fundamentalmente a través de la Ley de 26 de agosto de 1837, aunque, con anterioridad, el Decreto de 6 de agosto de 1811 había previsto la abolición del régimen señorial y durante el trienio se había aprobado la Ley de 23 de mayo de 1823. Mediante estas normas se sentaron las bases jurídicas para la transformación de los dominios señoriales en propiedad particular, cuyo resultado será la desaparición de las jurisdicciones y de las prestaciones personales y, en definitiva, el fin del régimen señorial en España. Sin embargo, ya desde mediados del s. XVIII era evidente la escasa rentabilidad de los derechos jurisdiccionales y personales de los señores, frente al incremento del valor de la tierra, por lo que los señores fueron aumentando paulatinamente sus propiedades, como si de algún modo intuyeran lo que se avecinaba. Véase DOMÍNGUEZ ORTIZ, A. *Régimen señorial y reformismo borbónico en Sociedad*

7.2.2.4. Función de la regla de la reivindicabilidad ilimitada en este contexto: la acción reivindicatoria como instrumento de defensa del *statu quo*

Es fácil comprender que, en ese contexto, los derechos de propiedad sobre la tierra son, esencialmente, una cuestión central de poder: revelan quiénes forman parte de la elite dominante y, además, quién es quién dentro de la misma. La función esencial de la propiedad sobre la tierra es la de proporcionar poder y rentas procedentes de la misma a los miembros de la nobleza –a quienes se equiparán los miembros del clero-.

El estímulo del comercio de fincas no forma parte de las prioridades de la nobleza y, por lo tanto, no impulsará reforma alguna en este sentido, a pesar de la exasperante oscuridad y confusión reinantes en materia de derechos de aprovechamientos sobre la tierra, de la enormidad de las asimetrías informativas existentes que dificultaban el comercio con la misma o su utilización como garantía para la obtención de créditos mediante el recurso a la figura del censo consignativo.

En este contexto, además, la acción reivindicatoria se revelaba como un arma poderosa para defender el derecho de propiedad sobre la tierra, que en su inmensa mayoría pertenecía a la nobleza, a la iglesia y, con el tiempo, a los no nobles que habían ido invirtiendo parte del dinero obtenido con el comercio en tierras, compradas en gran parte a los pueblos.

No es aventurado pensar que el comercio de tierras entre nobles y demás miembros de la elite no sufría las mismas asimetrías informativas³⁵⁸ que entre los no miembros y que respecto de los conflictos que pudieran surgir en las transacciones entre

y *Estado en el siglo XVIII español* pág. 440. Barcelona 1984. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ P. *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2008, págs. 96-98.

³⁵⁸ VICENS VIVES J. *Historia Económica de España*, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987, págs. 267-268.

miembros de la elite y los demás, éstos no iban a ser decididos por terceras partes independientes.

Ciertamente, entre los miembros de la élite dominante, las relaciones son personales, basadas en un alto grado de conocimiento recíproco, o, en su defecto, en una fácil cognoscibilidad, debido a los lazos que facilitaban las relaciones personales. En tal situación, la regla de la reivindicabilidad ilimitada no obstaculizaría el comercio intra-élite. Por otro lado, los conflictos internos entre los miembros de la citada élite en lo relativo a la titularidad sobre las tierras solían resolverse mediante el recurso a la guerra entre señores. GENET³⁵⁹, en relación a Inglaterra, observa que la organización compleja de la transmisión de tierras en el seno de la aristocracia entraña mecánicamente lo que denomina *land wars*, reguladas por el *Common Law*, que es, básicamente, un *Land Law*. Probablemente, ello se debe, sobre todo, a la inexistencia de una autoridad central suficientemente fuerte para arbitrar los conflictos en el seno de la aristocracia.

Algo parecido sucedía en España. En efecto, Según VICENS VIVES³⁶⁰, durante el siglo XV, la propiedad y las rentas de la tierra habían pasado en toda España, tanto en Castilla como en la Corona de Aragón, de mano en mano. Nadie, hacia 1476, podía decir en la mayor parte de España, “esto es mío” y “esto es tuyo”, porque bastaba la suerte de una batalla, el favor de un soberano, el cambio de bando, para que la propiedad de una persona fuera confiscada y pasara a otra. Era un caos general. Los Reyes Católicos restablecieron la paz y estabilizaron la propiedad. Este hecho es muy importante, porque la propiedad, tal como la dejaron los Reyes Católicos, sufrió en los siglos inmediatos, hasta las leyes desamortizadoras del XIX, escasas variaciones

La presencia de asimetrías informativas y la inexistencia de una justicia independiente, por lo tanto, solamente obstaculizaban el comercio inmobiliario –incluida la utilización de inmuebles como garantía- entre los individuos que no formaban parte de la elite dominante, elite que era en sí misma, el equivalente del Estado moderno.

³⁵⁹ GENET J-Ph, *La genèse de l'Etat moderne. Culture et société politique en Anglaterrre*, ed. Presses Universitaires de France -PUF-, 2003, págs. 80 ss.

³⁶⁰ VICENS VIVES J. *Historia Económica de España*, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987, págs. 267-268.

En este estado de cosas, no era posible organizar un comercio inmobiliario recurriendo a las mismas técnicas utilizadas siglos atrás por los comerciantes para alentar el comercio con bienes muebles, esto es, la inversión de las reglas de protección de la propiedad, pues ello implicaba privar a los propietarios, en su inmensa mayoría miembros de la elite dominante, de la posibilidad de utilizar la acción reivindicatoria en caso de que un tercero de buena fe y a título oneroso adquiriese un inmueble de su propiedad de quien se hubiese hecho pasar por dueño.

7.2.2.5. Las necesidades fiscales de la Corona como condicionantes fundamentales de la evolución institucional

Las soluciones institucionales que fueron alumbrándose durante este período respondieron, por ello, esencialmente, a los intereses de la coalición dominante, singularmente a los de la Corona, a medida que el poder real se fue imponiendo.

Por las razones expuestas, las diversas soluciones institucionales que fueron alumbrándose no contemplaron, por regla general, el debilitamiento de la acción reivindicatoria mediante la exclusión de su ámbito de aplicación de las adquisiciones efectuadas por terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Como excepciones a este principio pueden citarse: 1) La roboración, según la concepción de FERNÁNDEZ ESPINAR³⁶¹ conforme a la cual esta convertía en inatacable la adquisición y 2) la purga introducida en el Reino de Mallorca en 1321. Conforme a ella, las adjudicaciones de bienes raíces hechas por los tribunales, cumplidas las solemnidades exigidas y con justa causa, fueron consideradas firmes de manera perpetua, sin que contra ellos se admitiese demanda o reclamación alguna. Posteriormente, a través de un Ordenamiento de 20 de

³⁶¹ FERNÁNDEZ ESPINAR R., *La compraventa en el derecho medieval español*, AHDE, T.XXV, 1955, pág. 458. Según ROCA SASTRE, sin embargo, “*la finalidad dominante de esta publicidad era la difusión de los actos de enajenación onerosa a los fines del ejercicio del retracto gentilicio, pero, en el fondo, todos estos medios respondían a un criterio opuesto a toda idea de clandestinidad*”, ROCA SASTRE L y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1955, pág.146.

diciembre de 1413, se extendió esa misma protección a los compradores de bienes inmueble, en cuya adquisición no hubiera mediado intervención judicial alguna³⁶².

El mantenimiento de la acción reivindicatoria ilimitada en un entorno de contratación impersonal dificulta el desarrollo del comercio, especialmente del inmobiliario. Sin embargo, no puede afirmarse que dificultara de un modo decisivo el comercio entre los miembros de la coalición dominante, por varias razones. En primer lugar, porque tal comercio no era posible en relación a la mayor parte de la propiedad sobre la tierra, puesto que se hallaba vinculada o amortizada³⁶³. En segundo lugar, porque, probablemente, las asimetrías informativas existentes dentro de la coalición eran escasas y fácilmente solucionables, ya que su número tenía que ser relativamente reducido, y, además, durante el antiguo régimen, propiedad y señorío eran realidades íntimamente unidas. La acción reivindicatoria no era, por ello, un instrumento al servicio del sistema de derechos de propiedad, -tal y como se entendería posteriormente, tras la revolución liberal, - sino un instrumento al servicio de los propietarios en tanto que miembros de una coalición dominante, instrumento que podía ser utilizado contra el resto de la sociedad, pero no viceversa, o difícilmente, debido a las potestades jurisdiccionales de los señores.

³⁶² MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, especialmente. ed. Thomson-Civitas, 2008, págs. 65-67.

³⁶³ Sobre este particular, véase LOPEZ GUÁLLAR M y TATJER MIR M., *Observaciones sobre la historia de los Oficios de hipotecas en Cataluña (1768-1861)*, en R.C.D.I, núm. 560, 1984, págs. 132-133. Hay que tener en cuenta, además, que, según VICENS VIVES J., hacia 1500, los nobles poseían el 97% del suelo peninsular, por propiedad directa o por jurisdicción, lo que significa que el 1,5% de la población poseía la casi totalidad del territorio, y el tres por ciento restantes se lo habían de repartir unos cuatro o cinco millones de castellanos. En Castilla se reunieron las Cortes de Toledo en 1480 y se reconoció la necesidad de poner en la Hacienda. Se hicieron los cálculos y se comprobó que se debían enormes cantidades de maravedís. Entonces se decidió expurgar las mercedes y los juros de heredad que detentaba la nobleza. De este modo, los nobles, que debían poseer unos 63 millones de maravedís de renta, debieron ceder unos treinta millones. Ahora bien, en Castilla la reducción fue muy superficial: la nobleza perdió la mitad de las rentas injusta y violentamente usurpadas a partir de 1464, pero fue autorizada de manera explícita a conservar las propiedades, mercedes y juros que poseyera con anterioridad a las conmociones del reinado de Enrique II y completadas durante el de Juan II. Como estas usurpaciones eran las más importantes, puede afirmarse que la Ley de 1480 no hizo sino ratificar el absoluto predominio social y económico de la clase nobiliaria sobre el Estado y el resto del país. Del 97% que pertenecía a la nobleza, el 45% pertenecía a obispados, dignidades eclesiásticas, cabildos, canongías, aristocracia urbana y caballeros. El resto pertenecía a los grandes y eran verdaderos latifundios. Así pues, la reforma social de los Reyes Católicos fue nula porque, además, sucedió lo siguiente: primero, confirmaron y extendieron la facultad de establecer mayorazgos (Leyes de Toro, 1504) o sea el derecho de transmisión hereditaria que vinculaba la propiedad a un primogénito; segundo, aprobaron una política de enlaces matrimoniales que solo podía producir la concentración de la propiedad en manos de los que ya la detentaba, y, tercero, practicaron en Granada una política favorable a la aristocracia. VICENS VIVES J. *Historia Económica de España*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987, pág. 269.

A su vez, los intereses de la monarquía eran esencialmente fiscales y a corto plazo, lo que le inducía a adoptar las soluciones que le rindiesen mayores beneficios fiscales en el menor tiempo posible. La concesión de monopolios y de privilegios era una fuente de ingreso relativamente barata de obtención de ingresos fiscales. En cambio, la creación de un mercado abierto implicaba notables dificultades para identificar a los beneficiarios y negociar con ellos, al tiempo que se multiplicaban las dificultades e incertidumbres a la hora de establecer y recaudar el impuesto. En consecuencia, la monarquía optó por mantener una estructura ineficiente de derechos de propiedad, a cambio de obtener ingresos fiscales acomodados a los intereses de los grupos con mayor poder de negociación, singularmente la Mesta.³⁶⁴

Ello significaba que las soluciones institucionales alumbradas durante el Antiguo Régimen nunca persiguieron, en última instancia, facilitar la creación de un mercado inmobiliario, sino aumentar los ingresos fiscales de la Corona, sin alterar los intereses de la coalición dominante.

Sería preciso esperar al costoso triunfo –en España– de la burguesía sobre la nobleza para que las soluciones institucionales dirigidas a corregir las asimetrías informativas respondiesen a los intereses de la nueva clase dominante, esta sí interesada en fomentar el comercio de las tierras y en la utilización de las mismas como activos económicos. Es este proceso el que explica los orígenes del Registro de la Propiedad en España³⁶⁵.

³⁶⁴ Esta es la razón por la cual los Reyes Católicos no siguieron una política de desarrollo a largo plazo de la agricultura, como se habría podido conseguir si se hubiesen recortado los privilegios monopolísticos de la Mesta y fomentado el derecho de propiedad sobre las tierras susceptibles de ser cultivadas. La urgente necesidad de ingresos le dificultaba esperar unos años para que el fomento de la agricultura diera sus resultados, por lo que los Reyes Católicos prefirieron seguir la vía cómoda de sus predecesores y recaudar dinero de algo tan tangible y fiscalizable como las ovejas. Véase NORTH D. C y THOMAS R. P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, ed. Siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 202. Asimismo, VICENS VIVES J., *Historia económica de España*, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987, págs. 276-277.

³⁶⁵ PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, nº. 527, 1978, págs. 695-716. Señala Peset lo siguiente -pág.695-: “Una cosa es evidente cuando se estudia la historia de estos registros: su aparición debe situarse en 1768, cuando la pragmática de 31 de enero del Rey Carlos III organiza y regula los oficios o contadurías de hipotecas. Antecedentes más antiguos carecen de relevancia, por tratarse de realidades diversas que poseen sentido en otra época...Es posible que existan otros tipos de registros -registros de censos- o que se conserve la hipoteca como doctrina romana, que inspira la legislación de Castilla o de los reinos aragoneses, más las realidades sociales y económicas son muy

Es necesario ser conscientes de este proceso ³⁶⁶ para poder entender adecuadamente la racionalidad interna de la evolución de las instituciones generadas progresivamente en nuestro país con la finalidad de neutralizar los efectos perversos de la *información incompleta y asimétricamente distribuida* sobre el desarrollo de los mercados hipotecario e inmobiliario.

Ello explica por qué, durante el Antiguo Régimen, no se alteraron *de hecho* las normas de circulación de bienes inmuebles y de protección del derecho de propiedad sobre los mismos establecidas por el Derecho común. Tan solo se combatieron las limitaciones del Derecho común en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida para neutralizar la información incompleta sobre la identidad de titulares de derechos reales sobre los mismos, y, aún así, débilmente, mediante la adopción de medidas paliativas de tales insuficiencias, tales como el recurso a formas notorias de contratación establecidas por los diferentes fueros, las cuales fueron desapareciendo progresivamente, tras la recepción del Derecho romano justiniano, cuya única técnica publicitaria, la *traditio* era motoriamente insuficiente como instrumento de difusión pública de los cambios de titularidad, especialmente, una vez que fueron admitidas las diferentes formas simplificadas de *traditio*³⁶⁷.

A partir del siglo XVI³⁶⁸, la Corona utilizará las necesidades de seguridad jurídica de los prestamistas –los cuales recurrieron al censo consignativo como

diversas y no es posible remontar los orígenes del registro de la propiedad, en España, a épocas anteriores al siglo XVIII”.

³⁶⁶ Una descripción amplia de este proceso puede verse en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. Especialmente, págs. 58 ss.

³⁶⁷ Como señala ZAMORA MANZANO J.L. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en Derecho Romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pág. 191, en Derecho romano, la *mancipatio* y la *in iure cessio* incorporaban formas de publicidad destinadas a hacer llegar al conocimiento de terceros la realización de la transmisión, pero los verdaderos problemas comenzaron con la *traditio* y, concretamente, con sus formas simbólicas, que derivaron en un retroceso de la publicidad.

³⁶⁸ La desaparición del préstamo a interés como institución crediticia a raíz de la prohibición de la usura –prohibición definitiva para Castilla en 1348– condujo a que desde el siglo XVI se generalizara en Castilla el censo consignativo como instrumento de crédito. La Pragmática de 1539 fue la respuesta del monarca a la solicitud formulada por los Procuradores –es decir, los representantes de la alta burguesía de las ciudades– en las Cortes de 1538 –las primeras a las que no asistieron los representantes del clero ni de la

consecuencia de la prohibición de la usura- ³⁶⁹para intentar aumentar sus ingresos fiscales, no para fomentar el comercio inmobiliario ni el crédito, aunque el fomento de este último fuera la razón alegada.

A tal fin se crearon los Registros de Censos y Tributos, mediante la Pragmática de 1539, los cuales, además de no proporcionar seguridad jurídica alguna a los acreedores - pues no garantizaban que el censo se hubiese impuesto por el *verus dominus*-, prohibían la utilización del documento no inscrito, es decir, del documento que no había pagado los tributos correspondientes, como prueba ante los tribunales.

Tales registros, en consecuencia, no fueron instrumentos dirigidos a la corrección de asimetrías informativas y consiguientes incertidumbre. Diversamente, fueron simples instrumentos de recaudación fiscal al servicio de la Corona, utilizando para ello la estrategia de dificultar la prueba de sus derechos a quienes no habían pagado los correspondientes tributos, lo cual contribuyó poderosamente a empeorar la situación, es decir a extender y agudizar las asimetrías informativas existentes.

En efecto, la inseguridad de los derechos sobre la tierra y la escasez de facultades debido a los privilegios de la Mesta³⁷⁰ para cuantos no formaban parte de la élite dominante, no les compensaba pagar unos tributos que ni tan siquiera les servirían para poder acreditar sus derechos sobre la tierra, sino tan solo para no verse privados de la

nobleza, - lo cual demuestra el interés que tenían los compradores de censos, es decir, los burgueses, en la publicidad de los censos e hipotecas. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P. *De la publicidad contractual contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. págs.75-80. PESET REIG M. *Del censo consignativo a la hipoteca a finales el antiguo régimen*, 211-238. Asimismo, TELLO ARAGAY E. “Crisis del antiguo régimen y crisis del sistema crediticio: el fin de los censos consignativos en España (1705-1885)”, págs. 239-269. Estos dos últimos trabajos en *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*. Coords.: DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R., TORIJANO E., ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007. Véase asimismo SERNA VALLEJO M. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*., ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, pág. 102.

³⁶⁹ PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, n.º. 527, 1978, pág. 696.

³⁷⁰ Para un adecuado conocimiento de la organización, influencia y privilegios de La Mesta, véase KLEIN J., *La Mesta, Estudio de la historia económica española 1273-1836*, ed. Alianza Universidad, 1979.

posibilidad de utilizar los documentos de compra o adquisición ante los tribunales. En esta misma línea se inscribieron todas las reformas registrales del antiguo régimen³⁷¹.

Estas normas fueron ampliamente incumplidas con el beneplácito de los tribunales, lo que supuso la generalización de la clandestinidad inmobiliaria en España, fenómeno que contribuyó a incrementar las asimetrías informativas existentes en el ámbito inmobiliario, ya de por sí gravemente obstaculizadoras del comercio con inmuebles y de la utilización de estos como activos económicos.

Por ello, podía afirmar con razón VICENS VIVES que, acuciada la monarquía por necesidades fiscales siempre en aumento, la política fiscal fue cercando cada vez más estrechamente las arcas de los contribuyentes hasta el punto de sacrificar la Economía a la Hacienda y los intereses de sus súbditos a sus propios intereses.³⁷²

³⁷¹ Hasta la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, las reformas más destacadas fueron las siguientes: 1) La Cédula de 7 de abril de 1589 que modificó el régimen jurídico de los Registros de Censos y Tributos creados en 1539, configurándolos como oficios enajenables. 2) La creación en 1646 de la Contaduría de hipotecas de Madrid, a solicitud de Antonio Pérez Rocha, la cual serviría de modelo para las posteriores, según. 3) La creación de los Oficios de Hipotecas, cuyas fuentes normativas más relevantes son: 3.1.-El Auto acordado de 11 de diciembre de 1713, 3.2.-La Instrucción formada de orden del Consejo, para el método y formalización que se deben observar en el establecimiento del Oficio de Hipotecas en todas las Cabezas de Partido del Reyno al cargo de sus Escribanos de Ayuntamiento, de 14 de agosto de 1867 y 3.3.- La Pragmática Sanción de 31 de enero de 1768. Tienen como punto de partida la Pragmática de 1539 y se inspiran, en diferentes aspectos, en los títulos de contadores de hipotecas, especialmente el concedido a Antonio Pérez Rocha en 1646. Posteriormente, sufrieron dos importantes modificaciones que alteraron su naturaleza y su objeto material. A saber: a) Por Edicto de 11 de Julio de 1774, se amplió el objeto de los Oficios de Hipotecas de Cataluña, incluyéndose la obligación de registrar las obligaciones generales de bienes –muy frecuentes en Cataluña- y las transmisiones de dominio por título de compraventa; b) La segunda modificación se produjo como consecuencia de una serie de disposiciones fiscales de la segunda mitad del siglo XIX –R.D. de 31 de diciembre d 1829, RO de 29 de Julio de 1830 y RD de 23 de mayo de 1845, las cuales ampliaban considerablemente el objeto de los oficios por razones fiscales. SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 165 ss.

³⁷² VICENS VIVES J. *Historia Económica de España*, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987, págs. 403-404.

Así, tanto las Contadurías de Hipotecas³⁷³ – a partir de la Contaduría de Hipotecas de Madrid, en 1646- como, posteriormente, los Oficios de Hipotecas³⁷⁴ constituyeron un auténtico fracaso, por tener como fin la satisfacción de las acuciantes necesidades fiscales de la Corona, como escribió FLORIDABLANCA en 1787 “*en todas partes se lleva la primera atención el punto de la Hacienda por ser esta el alimento del Estado*”³⁷⁵

Puede decirse, por ello, que hasta la aparición de la fisiocracia y del liberalismo como doctrinas económicas, hasta la aparición de la consideración de la tierra y del comercio con ella como fuente de riqueza, no se producen las reformas institucionales necesarias para posibilitar un auténtico mercado inmobiliario e hipotecario. Todo este proceso, junto con la carencia de títulos justificativos de gran parte de sus propiedades expandidas explican por qué la nobleza fue uno de los principales grupos opositores a la Ley Hipotecaria de 1861 y contribuyó a la contrarreforma registral operada por la Ley de 1869.

³⁷³ Según SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, pág. 165, el origen de la institución se debe a la iniciativa de un particular, ANTONIO PÉREZ ROCHA, quien, a principios de 1646 solicitó de la Corona la creación de una Contaduría de Hipotecas en la Villa de Madrid y la merced de ocupar el cargo de Contador General de Hipotecas de la Villa. A partir de ese momento y sin que se suprimieran de forma expresa los Registros de Censos y Tributos, empezaron a implantarse estos nuevos Registros en la Corona de Castilla. Sorprende de esta nueva institución que la Corona nunca llegara a elaborar una norma general que estableciera su régimen jurídico. No obstante, puede afirmarse que el régimen establecido para la Contaduría de Madrid sirvió de modelo para las demás.

³⁷⁴ El régimen jurídico de los Oficios de Hipotecas se contiene en tres disposiciones: (1) El Auto Acordado de 11 de septiembre de 1713, (2) La Instrucción formada de orden del Consejo, para el método y formalidades que se deben observar en el establecimiento del Oficio de Hipotecas en todas las Cabezas de Partido del reino al cargo de sus Escribanos de Ayuntamiento, de 14 de agosto de 1767 y (3) la Pragmática sanción de 31 de enero de 1768. Tienen como punto de partida la Pragmática de 1539 y se inspiran, en diferentes aspectos, en los títulos de Contadores de Hipotecas, especialmente el concedido a Pérez Rocha en 1646. Con el establecimiento de los Oficios de Hipotecas se unificó el régimen de publicidad inmobiliaria en la Península, con la excepción de Navarra, que los incorporó en 1817 -Ley de 19 de marzo de 1817. MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. ed. Thomson-Civitas, 2008, págs. 87-88.

³⁷⁵ MOÑINO y REDONDO DE FLORIDABLANCA J, *Obras originales del Conde de Floridablanca y Escritos Referentes a Su Persona*. ed. Wentworth Press, 2018, pág. 242.

8. El sistema francés tras 1789: transmisión *solo consensu* y publicidad como requisito de oponibilidad

8.1. La regla de la transmisión *solo consensu* como instrumento de reasignación de riesgos con la finalidad de facilitar el comercio. Su insuficiencia

El sistema de transmisión consensual del dominio basado en una justa causa, introducido en Francia por el *Code civil* tiene su origen en la concepción justiniana de la *traditio* romana, causal pero ya simplificada y aligerada en sus formas, hasta el punto de llegar a confundirse con la propia *iusta causa*, concebida, eso sí, como el negocio precedente de naturaleza obligatoria pero de finalidad traslativa del dominio.³⁷⁶

³⁷⁶ Señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El sistema registral francés*, en RCDI, números 426-427, noviembre-diciembre, 1963, págs. 721 a 795, y publicado en GÓMEZ GÁLLIGO J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.II, Ed. Thomson-Civitas 2009, Madrid, págs. 5135-5136. que las transmisiones y gravámenes –hipotecas incluidas- se realizaban o constituían sin publicidad. Incluso había desaparecido prácticamente la necesidad de la tradición, a través de la cual se producía un cierto anuncio a terceros de que se había operado una modificación en la titularidad; la tradición corporal quedaba sustituida por tradiciones simbólicas, tradiciones fingidas –*constitutum possessorium*- y, sobre todo, por la cláusula *dessaisine-saisine*- que llegó a ser cláusula de estilo en las escrituras de transmisión. No obstante, en ciertas regiones, sí había una cierta organización de la publicidad. Así, en los países del *nantissement* –regiones del norte de Francia, vinculadas en otro tiempo a la Corona española, como Flandes- y en los países del sistema de *appropriance par bannies* –Breñaña-.

En relación a los primeros, regía un sistema procedente de la institución feudal de la investidura: el adquirente de cualquier inmueble sometido al feudo necesitaba la investidura señorial. Decaído el feudalismo se conserva la institución pero con características distintas: para que los cambios en la titularidad de los inmuebles afectaran a terceros se requiere la publicación en un Registro público. El sistema se manifiesta en los edictos de dos soberanos de España –el de Carlos V, de 10 de febrero de 1538 y el de Felipe II de 6 de diciembre de 1586, y resulta próximo al que intentó establecer en España la pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539.

En relación a los segundos –Breñaña- las adquisiciones se publicaban mediante pregones, en tres domingos consecutivos, y si los titulares de derechos reales no hacían valer sus derechos en cierto plazo, las fincas resultaban purgadas de ellos. En 1626 se estableció que los contratos habían de hacerse constar en la Secretaría del Tribunal.

En general, respecto de las donaciones, en 1539 se estableció que para que las donaciones pudieran tener efecto se requería la insinuación o publicación en un Registro llevado en la Secretaría del Tribunal. Se trataba, con tal publicidad, de conservar los patrimonios dentro de las familias, obstaculizando las liberalidades, que, debidas muchas de ellas a motivos inmorales, resultaban más fáciles sin su manifestación pública.

En rigor, el cambio que introduce el *Code civil* consiste en prescindir de la *traditio* y configurar el negocio causal como directamente dispositivo. Así, el artículo 1138 del *Code civil* antes de la reforma llevada a cabo por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016 disponía:

“La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. La entrega convierte al acreedor en propietario y pone la cosa bajo su riesgo desde el instante en el que debió ser hecha, a menos que el deudor no incurra en mora en la entrega, en cuyo caso la cosa queda bajo el riesgo de este último”

Tras la citada reforma, el artículo 1196 del *Code civil* dispone:

“En los contratos que tienen por objeto la enajenación de la propiedad o la cesión de otro derecho, la transmisión se opera desde el momento de la perfección del contrato.

La transmisión de la propiedad conlleva la de los riesgos de la cosa. No obstante, los riesgos recaen sobre el deudor de la obligación de entregarla desde el momento en que incurre en mora, conforme al artículo 1344-2 y bajo reserva de las reglas previstas en el artículo 1351-1”

Esta misma regla se reitera al regular la compraventa. Así, el artículo 1583 del *Code civil* dispone:

“La compraventa se perfecciona entre las partes, y la propiedad es adquirida de derecho por el comprador en relación al vendedor desde que se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque ni la cosa haya sido entregada ni el precio pagado”.

Por ello, el artículo 1599 del *Code civil* sanciona con nulidad la venta de cosa ajena. Igualmente en materia de donación, al disponer el artículo 938 que:

“La donación debidamente aceptada se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados se transmitirá al donatario, sin necesidad de tradición”

Todo ello con la finalidad de facilitar el comercio jurídico, incluido el inmobiliario, como exigían los intereses de la nueva clase que había tomado el poder con la revolución, la burguesía, con su concepción de la propiedad como un derecho individual, exclusivo, esto es, fundamentador de la atribución exclusiva al *dominus* de los rendimientos de un bien, y libremente disponible, esto es, de libre transferencia y de configuración flexible y fluida de cada una de las facultades que lo integran.

En el Derecho romano regía la regla *periculum est emptoris*, en lugar de la regla *res perit domino*, lo que situaba el riesgo de pérdida o destrucción de la cosa durante el lapso temporal entre la perfección del negocio obligacional y la consumación de la *traditio* en el comprador³⁷⁷. Con la conversión de la compraventa en un negocio dispositivo y, en general, con el establecimiento del sistema de transmisión de la propiedad en el momento del consentimiento contractual, se introdujo la regla *res perit domino*: los riesgos los soportaba el *emptor* pero desde el momento en el que se convertía en propietario respecto del vendedor y no antes.

Según DE PAGE, en realidad, lo que preocupaba al legislador francés era, sobre todo, resolver el problema de la asignación de riesgos más que el problema del sistema de transmisión de la propiedad y ello explica “*la imposibilidad lógica de hacer depender un derecho real, es decir, absoluto, de un contrato que es un acto relativo*”³⁷⁸.

Ciertamente, la introducción del sistema de transmisión de la propiedad *solo consensu* complementado con la regla *res perit domino* fortalecía la posición del comprador: soportaba los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa adquirida desde el momento de convertirse en propietario respecto del vendedor y no antes.

³⁷⁷ En el cumplimiento de la obligación de entrega, el vendedor respondía por culpa. Así, si la entrega se hace imposible sin su culpa, el contrato se considera resuelto, y el comprador, por su parte, no queda obligado a pagar el precio; puede repetirlo si ya lo pagó. Pero la responsabilidad del vendedor se agrava cuando se trata de una cosa mueble, pues incumbe al vendedor el conservarla hasta hacer la entrega y responde de ella por custodia, quedando a cargo del comprador tan sólo la pérdida por fuerza mayor – *periculum est emptoris*-. Naturalmente la responsabilidad por custodia cesa cuando el comprador incurre en mora para recibir la posesión que le ofrece el vendedor. D’ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 544-545.

³⁷⁸ Así, DE PAGE H., *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, T. VI, Ed. Bruylant, Bruselas, 1962, pág. 80.

Pero ello no implicaba el recurso a ninguna imposibilidad lógica: el *ius in rem* lo es por su propia naturaleza sea quien sea su titular y sea cual sea el sistema transmisivo. En el sistema establecido por el *Code civil*, el comprador se convierte en propietario frente al vendedor *solo consensu*, sin necesidad de *traditio*; para convertirse en propietario *erga omnes* se requiere que el *venditor* tenga poder de disposición, sin lo cual es imposible devenir propietario en ningún sistema.

En el Derecho romano, el poder de disposición debía tenerlo el *tradens*, en el Derecho del *Code*, el *venditor*. En el Derecho romano, regía en el intervalo entre *emptio* y *traditio*, la regla *periculum est emptoris*. En Derecho francés, desaparece dicho intervalo y, en consecuencia, se consagra la regla *res perit domino*.

Este sistema -desde la perspectiva del comercio- mejoraba la del Derecho común, pero no lo suficiente porque no desaparecían las incertidumbres esenciales -identidad del titular del *ius disponendi* y de las cargas que pesan sobre el bien y que son preferentes al derecho de un eventual adquirente-. Para resolverlas, es necesaria la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada con ciertos requisitos -como había hecho la *Lex Mercatoria* con las compras de mercaderías y con las cesiones de crédito-

Ahora bien, para que la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada -y su inevitable consecuencia, la inversión de las reglas de protección del derecho adquirido respecto de las establecidas por el Derecho común ,de configuración romanista- produzcan los efectos deseados, esto es, dotar de seguridad al contratante situado en posición de adquirente sin, al menos, disminuir la seguridad jurídica del *verus dominus*, es preciso que el contratante situado en posición de transmitente sea el *verus dominus* o una persona legitimada por el mismo para disponer.

Pero resolver esta incertidumbre con seguridad en un entorno de contratación impersonal no es posible sin una intervención directa del Estado. Y Francia, si bien organizó un sistema institucional que mitigase las consecuencias funestas para el desarrollo del comercio inmobiliario derivadas de la permanencia de esta incertidumbre, no se atrevió a dar el paso decisivo.

8.2. La publicidad registral como requisito de oponibilidad de las transmisiones inmobiliarias

En efecto, el legislador francés optó por una intervención institucional que estimulase fuertemente la publicación de los negocios traslativos de la propiedad en el ámbito inmobiliario, e, incluso, de actos distintos, no solamente por razones de seguridad jurídica, esencial para el desarrollo del comercio inmobiliario, sino, sobre todo, muy probablemente, por razones fiscales, como lo sugiere el hecho de que todo el sistema francés de *publicité foncière* se integre dentro de la estructura del Ministerio de Finanzas, lo cual se debe al hecho de que el sistema francés de publicidad inmobiliaria ha tenido desde su origen, como señalan RIPERT y BOULANGER , un fuerte componente fiscal³⁷⁹.

En el periodo revolucionario se promulgaron dos leyes fundamentales - de 9 Messidor año III -27 de junio de 1795- y 11 Brumario año VII -1 de noviembre de 1798- que implantaron un sistema en cuya virtud se requería la transcripción para que las transmisiones fuesen oponibles a terceros y, además, se establecieron para las hipotecas las exigencias de publicidad y de especialidad.

El *Code civil*, sin embargo, significó un franco retroceso en el sistema registral. En cuanto a las transmisiones, suprimió la necesidad de la transcripción para la oponibilidad, pues apenas había otra excepción que la establecida para las donaciones. En cuanto a las hipotecas, respetó la necesidad de inscribir las hipotecas convencionales, pero permitía ciertas hipotecas generales y tácitas –de la mujer casada, de los menores-, así como otras importantes cargas ocultas preferentes –los privilegios-³⁸⁰.

³⁷⁹ “Nuestro sistema de publicidad ha conservado el carácter fiscal que le fue imprimido desde el origen”, afirman RIPERT R. y BOULANGER J., *Traité de droit civil*, t. III, ed. LGDJ, Paris 1958, n° 181.

³⁸⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés”, en RCDI, números 426-427, noviembre-diciembre, 1963, págs. 721 a 795, y publicado en GÓMEZ GÁLLIGO F.J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.II, ed. Thomson-Civitas 2009, Madrid, pag. 5137. Como

Este sistema no daba seguridades ni a los adquirentes ni a los acreedores hipotecarios. Como observa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ³⁸¹, fue la necesidad de fomentar y desarrollar el crédito hipotecario, necesario para la realización de las grandes obras, la que impulsó el desarrollo del sistema registral francés.

En efecto, el Decreto de 28 de febrero de 1852 creó el *Crédit Foncier* – Banco Hipotecario- y la Ley de transcripciones de 23 de marzo de 1855 vinieron impuestos por la necesidad de dar mayores seguridades a adquirentes y acreedores hipotecarios, sin las cuales no podría desarrollarse un mercado hipotecario. Dicha ley significó, en cuanto a la transcripción, una vuelta al sistema registral revolucionario: las transmisiones y constituciones de derechos reales susceptibles de hipoteca no consignadas en el Registro no pueden oponerse a los terceros que consignent registralmente sus derechos. Dicha ley, sin embargo, excluyó de la transcripción los actos *mortis causa*. Posteriormente, el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 extendió la transcripción registral a las transmisiones *mortis causa* y a las sentencias declarativas, lo que permitía una cierta organización del tracto sucesivo, no exigido aún, sin embargo, como requisito para la transcripción. La norma no precisaba, sin embargo, los efectos de la falta de transcripción.

Posteriormente, el Decreto-Ley de 17 de junio de 1938 ordenó la transcripción de los mandamientos de embargo y decidió que, a partir de esa transcripción, la parte embargada no puede ya enajenar válidamente su inmueble ni gravarlo con derechos reales

observa ALVAREZ CAPEROCHIPÍ J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, 1986, págs. 22-23, la publicidad quedó restringida a una mera reserva del rango hipotecario para las hipotecas voluntarias, sin garantizar al acreedor frente a las hipotecas legales tácitas –a favor de la mujer casada o de los hijos menores, artículo 2134- ni frente a la posibilidad de que el propio hipotecante hubiese vendido la finca hipotecada –una decisión del Consejo de Estado de 11 de fructidor del año XII (29 de agosto de 1805) estableció que la venta, aun posterior, impedía la transcripción de una hipoteca-. Este estado de cosas fue relativamente mejorado por el código de procedimiento que permitió en su artículo 834 a los acreedores hipotecarios que no hubieran transcrito su derecho antes de la enajenación de un inmueble, la inscripción de este hasta que el comprador inscribiera su contrato de compra durante los quince días siguientes a esa transcripción. El sistema del *Code Napoléon* y del código de procedimiento era, con todo, notoriamente insuficiente, y las quejas doctrinales eran unánimes. No existía seguridad de la propiedad del deudor, podían existir cargas ocultas a las que estaban afectos los bienes comprados –hipotecas tácitas- y, en consecuencia, por ello, no existía seguridad en los créditos hipotecarios voluntarios.

³⁸¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés”, GÓMEZ GÁLLIGO J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. II., ed. Thomson-Civitas 2009, Madrid, pág. 5137.

y que todas las enajenaciones o constituciones no publicadas antes de la publicación del mandamiento de embargo son inoponibles a los acreedores embargantes.

8.3. La reforma del sistema de publicidad registral inmobiliaria del Decreto Ley de 4 de enero de 1955 y normas posteriores

Este sistema presentaba graves limitaciones y, como consecuencia, resultaba insatisfactorio. Por ello, fue reformado en profundidad, pero sin alterar su naturaleza, por el Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 ³⁸² y algunas normas complementarias.³⁸³

Las características esenciales del sistema introducido por el Decreto-Ley de 4 de enero de 1955, a los efectos que aquí interesan,³⁸⁴ son las siguientes:³⁸⁵

³⁸² Las razones alegadas por la Exposición de Motivos eran el desarrollo moderno de las ventas de casas por pisos, de los prestamos a la construcción, de los trabajos de concentración parcelaria y reparcelación de solares y, en suma, la multiplicación de las operaciones inmobiliarias, hacían sentir vivamente los defectos de tal régimen.

³⁸³ El Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 contiene los preceptos fundamentales del nuevo sistema, modifica, además, muchos artículos del *Code civil*. Posteriormente, se dictó el Decreto de 14 de octubre de 1955, en ejecución del anterior, con valor del reglamento. Por Ley de 7 de agosto de 1957 se autoriza al Gobierno a modificar el Decreto de 4 de enero de 1955, para conseguir la plena eficacia del nuevo régimen de publicidad inmobiliaria, y a poner la legislación vigente en armonía con el nuevo sistema. Con este fin se dictan el 7 de enero de 1959 tres ordenanzas distintas. Las ordenanzas núms. 71 y 89 de 1959 armonizan con el nuevo sistema diferentes códigos y leyes particulares. La número 89 da también nueva redacción a diferentes preceptos del *Code civil* y del Decreto de 4 de enero de 1955. La número 90 de 1959 modifica diversos artículos del Decreto de 14 de octubre de 1955. Por otra parte, el Decreto de 4 de enero de 1955 y el propio *Code civil* habían sido, además, modificados en algunos artículos por la Ley de 4 de agosto de 1956. El Decreto de 5 de septiembre de 1960 modifica los Decretos de 1955, y la Ley de 6 de enero de 1960, el Código Civil. Ha habido, además, reformas posteriores. Ahora bien, hay que advertir que en esta materia se está muy lejos de la simplificación legislativa. Hay un enorme cúmulo de disposiciones que afectan a la materia registral e hipotecaria, contenidas en los distintos códigos y leyes especiales, o en disposiciones específicas de las más distintas épocas. Se han dictado, además, instrucciones o resoluciones oficiales para ordenar el funcionamiento del Registro. La última reforma, en el momento de escribir estas líneas, ha sido la llevada a cabo por la Ordenanza de 15 de septiembre de 2021. Véase PEÑA PERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés”, en RCDI, números 426-427, noviembre-diciembre, 1963, págs. 721 a 795, y publicado en GÓMEZ GÁLLIGO F.J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.II, ed.Thomson-Civitas 2009, Madrid, pág. 5139.

³⁸⁴ Los efectos que interesan al objeto de este estudio son los que hacen referencia al sistema transmisivo francés de bienes inmuebles y a la función que desempeña el Registro dentro del mismo. No interesa, por lo tanto, una descripción detallada del sistema registral francés.

³⁸⁵ GARCÍA GARCÍA J.M. en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 343.

8.3.1. Actos sujetos publicación

El Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 amplió los actos sujetos a publicación,³⁸⁶ hasta al punto de que se ha llegado a afirmar que el legislador trata de “*amontonar en el Registro actos cuya eficacia no puede depender en nada de su publicidad*”³⁸⁷. Ello hace que el efecto de la falta de publicación no sea siempre la inoponibilidad del acto, lo que significa una diferenciación de efectos de la publicación difícil de explicar.

Si bien esta gran amplitud de los actos publicables ha sido alabada por algunos autores³⁸⁸, sin embargo, el hecho de que la sanción por la no publicación no sea siempre

³⁸⁶ Para una enumeración de los actos sujetos a inscripción obligatoria., véase GARCÍA GARCÍA J.M. en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 344-345. Asimismo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés”, en RCDI, números 426-427, noviembre-diciembre, 1963, págs. 721 a 795, y publicado en GÓMEZ GÁLLIGO F.J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.II, ed. Thomson-Civitas 2009, Madrid, págs. 5145-5147.

³⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. en “El sistema registral francés”, en RCDI, números 426-427, noviembre-diciembre, 1963, págs. 721 a 795, y publicado en GÓMEZ GÁLLIGO F.J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.II, ed. Thomson-Civitas 2009, Madrid, págs. 5159. RIPERT G. BOULANGER J. J, *Traité de droit civil*, T. III, Ed.; LGDJ, Paris, 1958, pág.48.: “*Habiendo dejado de ser el medio técnico de arbitrar los conflictos de intereses privados que nacen con ocasión de la transmisión, la transcripción ha devenido una institución de policía civil*”.

³⁸⁸ En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés”, en RCDI, números 426-427, noviembre-diciembre, 1963, págs. 721 a 795, y publicado en GÓMEZ GÁLLIGO F.J. *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T.II, ed. Thomson-Civitas 2009, Madrid, pág. 5151, sostiene que la doctrina se ha excedido en sus críticas al sistema francés, ya que no ha tenido en cuenta las necesidades del tracto sucesivo, ni de la concordancia entre el Registro y el Catastro, tan cuidada por el legislador francés. De otra parte, afirma, es de gran interés público –paz social, tráfico inmobiliario, acreedores, regímenes conyugales, sucesiones, concentración parcelaria, legitimación procesal, derivaciones fiscales, estadística, política inmobiliaria, etc- un completo instrumento informativo de la propiedad inmueble. En el mismo sentido GARCÍA GARCÍA J.M, en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 343, el cual se manifiesta favorable puesto que no hay inconveniente en distinguir los efectos sustantivos propios de la inoponibilidad, en determinados supuestos, de los efectos meramente informativos que se dan en otros casos, a lo que hay que añadir que hay casos en los que la publicidad es obligatoria y, en otros, facultativa.

No puedo compartir la opinión de estos autores. Por lo que se refiere al tracto sucesivo, en efecto, sus exigencias, deben ser satisfechas, pero solamente respecto de aquellos derechos que necesiten de la publicidad para ser oponibles a terceros conforme al sistema transmisivo francés y no en los demás casos. En cuanto a la concordancia con el Catastro, no sirve de nada al tráfico inmobiliario. Lo que este necesita es la concordancia con la realidad, lo que no asegura el Catastro francés –véase ÁLVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Civitas, 1986, pág. 24-. Además, la búsqueda de concordancia supone atribuir al Catastro un monopolio descriptivo que encarece y retrasa el procedimiento registral, sin que aporte valor añadido apreciable a la seguridad del tráfico jurídico. En cuanto a los demás

la inoponibilidad sino, en ocasiones, sanciones pecuniarias, sugiere que la razón de tal amplitud hay que buscarla en motivaciones fiscales, sobre todo si tenemos en cuenta la obligatoriedad de la publicación³⁸⁹ y que la sanción por el incumplimiento de esta obligación, no es siempre la inoponibilidad del título no inscrito, sino, sanciones pecuniarias³⁹⁰, lo que neutralizaría las razones aducidas en favor de tal amplitud de actos inscribibles, razones que se reducen, en realidad, a que el Registro facilita información sobre múltiples aspectos de los inmuebles. Estas razones quedarían, además invalidadas porque el Registro sigue sin suministrar lo fundamental: la identidad de los titulares de dominio sobre el inmueble, pues el Registro francés, sigue privado de los efectos de legitimación y de fe pública registrales.

beneficios públicos implicados, sin entrar en si lo son o no, no deben hacerse caer sobre el registro, cuya finalidad es dotar de seguridad y de agilidad al tráfico jurídico, con la finalidad de desarrollar los mercados hipotecario e inmobiliario. El Estado francés suministra una débil seguridad jurídica registral, pero, a cambio, instrumenta un sistema de control efectivo de los impuestos territoriales. Sin embargo insiste en esta línea el Informe *Pour une modernisation de la publicité foncière* de la Comisión de Reforma de la *Publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia el 12 de noviembre de 2018”, en el cual se puede leer -pág-23-:

“Más allá de su misión de resolución de conflictos, la publicidad inmobiliaria permite así hoy día una visión casi exhaustiva del estatuto jurídico del inmueble, tanto en lo referente a su historia como a su condición actual. Gracias a la publicación de las operaciones traslativas -adquisiciones, sucesiones, expropiaciones- el registro es un reflejo fiel de la genealogía de la propiedad. También permite hacerse una representación del estado del inmueble y de su valor, considerando que están inscritos los arrendamientos de larga duración, las cargas, el reglamento de copropiedad, o, incluso, si catalogación como monumento histórico.

En sí misma considerada, esta función informativa, reviste importancia a diversos efectos. Permite facilitar el comercio jurídico de los inmuebles: los inversores potenciales o los prestamistas desean poder conocer la situación del inmueble, y en particular el importe del pasivo que pesa sobre el inmueble. Aunque la información solo se dirige a los particulares es igualmente útil para la Administración que puede tener interés en conocer particularmente la nacionalidad de los adquirentes, a fin de informarse, a título de orden público, sobre “el volumen de adquisiciones realizadas por extranjeros del territorio nacional”. Puede consultarse en <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000725.pdf>

³⁸⁹ Según el Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 la inscripción es obligatoria con carácter general, si bien hay ciertas excepciones, entre las que destacan las promesas unilaterales de venta, las promesas unilaterales de arrendamientos de más de doce años, las convenciones relativas al ejercicio de servidumbres legales y las demandas judiciales que tiendan a la realización de una convención por documento auténtico. El plazo ordinario para solicitar la publicación es de tres meses. Merece destacarse que no son los particulares los obligados directamente a promover la publicación, sino los notarios, procuradores, oficiales judiciales y autoridades administrativas que intervengan o autoricen los actos sujetos a publicación –artículo 32-. Incumplidos los plazos, responderán por daños y perjuicios los autorizantes del acto sujeto a Registro. Respecto de las resoluciones judiciales, responderán los procuradores y *huissiers* y, en su caso, responderá la propia Administración. Para que haya lugar a esta responsabilidad debe tratarse de actos que no requieran de la publicación para su oponibilidad a tercero, excepto en un caso: el legatario que publicó su legado podrá reclamar daños y perjuicios por los gastos causados a consecuencia de no haberse inscrito la transmisión que del objeto legado hizo el mismo testador después del testamento –art-30-, según el Decreto-Ley de 1955.

³⁹⁰ Se trataba de una multa de 50 francos según el Decreto-Ley de 1955, montante que había devenido irrisorio. Por esta razón, la ley de 6 de abril de 1998 la suprimió, sustituyéndola por la responsabilidad por falta, la cual conlleva una sanción reducida y, además, requiere demostrar que la falta de publicidad ha ocasionado un perjuicio.

8.3.2. Exigencia de titulación auténtica

El requisito de titulación auténtica se trata de una exigencia que fue introducida por el Decreto-Ley de 4 de enero de 1955: “*Todo acto sujeto a publicidad registral debe ser extendido en forma auténtica*”. Hoy, además, viene establecida esta exigencia, tras la reforma de 2011, en el *Code civil*, cuyo artículo 710-1 dispone que “*Todo acto o derecho debe, para dar lugar a las formalidades de la publicidad inmobiliaria, resultar de un acto recibido en forma auténtica por un notario ejerciente en Francia, de una decisión jurisdiccional o de un acto auténtico emanado de una autoridad administrativa*”.³⁹¹

Por exigencias de la mecánica registral, los documentos referentes a actos publicables deben cumplir ciertos requisitos relativos a la identificación del acto, de las partes, de los bienes y las referencias registrales necesarias para la comprobación del enominado efecto relativo, –artículo 32 del Decreto de 14 octubre de 1935-.

³⁹¹ El número 3 del citado artículo establece ciertas excepciones, de modo que no se requiere documento auténtico, en el sentido de notarial, para “*citaciones judiciales, mandamientos de embargo, diferentes actos de procedimientos que se relacionan, entre ellos et sentencias de adjudicación, documentos que contienen limitaciones administrativas al derecho de propiedad ouservidumbres administrativas, pleitos verbales establecidos por el catastro, documentos de agrimensura elaborados por un geometra et modificaciones provenientes de decisiones administrativass o de sucesos naturales*”.

Según el Informe de la *Comission de Réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia el 12 de noviembre de 2018, estos documentos no son auténticos en el sentido del número primero del artículo 701 del *Code civil*, si bien en un sentido funcional lo son. De acuerdo con nuestro sistema, se trata de documentos públicos administrativos -pág.27-.

Respecto al acto contiene el que corresponde a cada operación, sin más especialidades. La designación e identificación de las partes es fundamental en el sistema francés, por fundarse todavía en una publicidad personal, lo que exige evitar errores que luego pueden producir que no se posible la publicidad. Por eso, el artículo 5º del Decreto dice que “*todo documento o resolución judicial sujeto a publicidad... debe contener los apellidos, nombres propios en el orden del Registro Civil, domicilio, fecha y lugar de nacimiento y profesión de las partes, asi como el nombre de sus cónyuges*”. Debe acompañarse una certificación o extracto del acta de nacimiento a estos efectos. Las personas jurídicas también deben ser designadas e identificadas con la sede social, el número de inmatriculación o registro de comercio para las sociedades mercantiles, etc. Por lo que se refiere a la designación de los bienes, debe acompañarse un extracto o cédula catastral reciente respecto a su naturaleza, situación, identificación catastral. GARCÍA GARCÍA J.M. en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 353. PIEDELIÈVRE S., « La publicité foncière », en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de GHESTIN J., ed. L.G.D.J, París, 2000, págs. 58-65.

8.3.3. Respeto del denominado efecto relativo de la publicidad inmobiliaria

Es una de las innovaciones fundamentales introducidas por el Decreto-Ley de 4 de enero de 1955, cuyo artículo 3 dispone:

” No podrá publicarse en el fichero inmobiliario ningún acto o resolución judicial sujeto a publicidad registral si el título del disponente o último titular no ha sido previamente publicado en el Registro, conforme a las disposiciones del presente Decreto”.

La expresión efecto relativo es generalmente criticada por la doctrina francesa³⁹². El Informe de la *Comission de Reforme de la Publicité foncière de 2018 - Pour une modernisation de la publicité foncière-* la califica de “denominación oscura” tras la que se oculta una regla simple: ningún acto relativo a un derecho real inmobiliario puede ser publicado sin que el título del agente haya sido publicado previamente. Por ello, propone cambiar dicha denominación por la de “*la condición relativa a la publicidad del título anterior*”³⁹³. Con ello se pretende evitar la ruptura de la cadena de mutaciones de la propiedad. El fichero inmobiliario deviene, de este modo, una herramienta útil que puede ayudar a reconstruir la genealogía completa del inmueble.³⁹⁴

³⁹² THÉRY P., *Sûretés et publicité foncière* ed. PUF, 1998, pág.-440: “La expresión misma es criticada generalmente. A decir verdad, suena extrañamente cuando se piensa que la publicidad asegura la oponibilidad erga omnes de los actos...”

³⁹³ *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 70.

³⁹⁴ *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág 32. Observa el Informe que, durante un tiempo, los conservadores de hipotecas adoptaron una práctica que debilitaba la fiabilidad del sistema, consistente en que *aceptaban publicar actos para los cuales los derechos del disponente habían sido un día objeto de publicación aunque no fuera el último titular inscrito en el fichero inmobiliario*” Tras el *arrêt Hedreul* de 12 de junio de 1996 de la *Court de Casation*, se acabó con esta práctica. La *Association mutuelle des Conservateurs des Hypothèques* decidió en 2005 aplicar la visión del Tribunal sobre el efecto relativo no solo a las inscripciones en el fichero inmobiliario sino también a las publicaciones -pág. 32-. Aunque ello refuerza la fiabilidad del sistema, sin embargo, no evita las dobles cadenas de titularidades. La *Comission de réforme de la publicité foncière* propone consagrar legislativamente la doctrina de la citada sentencia -pág 70-. Hay que tener en cuenta, además, que el fichero inmobiliario no produce ningún efecto jurídico, como resulta claramente de la sentencia de la *Court de Casation* de 15 de octubre de 2015. Sorprendentemente, el Informe de la *Comission de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière-* se opone a dotar a dicho fichero de efectos jurídicos, vedando que el sistema francés evoluciones hacia un sistema de folio real como el vigente en Alsacia y Lorena -págs. 66 a 69-.

Esta condición, afirma el citado Informe, desempeña también una función de sanción indirecta de la obligación de publicar para los actos que, pese a estar sometidos a la obligación de ser publicados, no son sancionados con la inoponibilidad. El contratante potencial, ante la imposibilidad futura de publicar su propio acto y, en consecuencia, de oponerlo a los terceros puede optar por no concluir la operación³⁹⁵.

Como consecuencia, si el encargado del servicio registral observa que el título del último titular negocial no aparece registrado, ni se solicita tampoco la publicación registral de tal título simultánea con la del que se presenta, invita al que promovió la publicación a provocar en el plazo de un mes la del título de quien trae su derecho, procediendo, en su caso, contra este o sus causahabientes, o contra el autorizante o autoridad administrativa obligados a promover la inscripción – artículo 36 del Decreto de 14 octubre de 1955-. Si el título del transmitente o último titular es anterior al uno de enero de 1956, se puede proceder a la inscripción, una vez acreditada esta circunstancia.

Existen también otros supuestos en los que no se exige el requisito de la previa publicación. Se trata de aquellos supuestos en los que el derecho del disponente ha sido adquirido sin título –según la expresión literal del artículo 3 del Decreto de 14 de octubre 1955-, como los de prescripción, accesión o consolidación de la propiedad por fallecimiento del usufructuario. En estos casos, el documento debe contener una declaración precisando las condiciones de adquisición o de consolidación del derecho. En caso contrario, el Registrador -conservador- debe denegar, bien la presentación, bien la práctica de la inscripción.

Este requisito, pese a las apariencias, no merece una crítica favorable porque no responde a las necesidades reales del sistema francés ni a la lógica interna del mismo. Se trata de un sistema que no informa sobre la existencia, extensión ni origen de los derechos. La introducción del efecto relativo no subsana esa deficiencia y, además, puede constituir una rémora en muchos supuestos para la publicación, con la consiguiente inseguridad

³⁹⁵ *Rapport de la Comisión de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 33.

para quien adquiere y no puede publicar y el consiguiente detrimento en la seguridad del tráfico y del crédito territorial.

Se trata de un requisito tomado del sistema de Alsacia y Lorena. Como afirma PIEDELIÈVRE³⁹⁶, conforme a los principios generales de la *publicité foncière* el registrador publica sin verificar la legalidad de fondo, por lo que la garantía es necesariamente menor que la que resulta de los *livres fonciers* –es decir, de Alsacia y Lorena-. El hecho de que una persona publique un derecho que adquiere de un *auctor* no purga en absoluto el vicio que podía existir en el derecho de este.

Ciertamente, no parece tener sentido exigir el tracto sucesivo, sin dotar a las publicaciones de los efectos de legitimación y fe pública, ni atribuir al registrador competencias calificadoras de fondo.³⁹⁷

A todo ello hay que añadir, como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,³⁹⁸ que el legislador no ha prestado atención a la forma de solucionar los supuestos de interrupción del tracto, lo que puede ocasionar múltiples dificultades en la práctica, sea por un exceso de optimismo en la eficacia de los estímulos y sanciones establecidos para promover la publicación, sea porque ya se prevé la excepción en favor de la usucapión. Sin embargo, no siempre será fácil recomponer la cadena, ni conveniente esperar a la usucapión.

Por último, es posible y aún obligado, en el sistema francés, registrar una doble serie de transmisiones sobre una misma finca, porque no rige el criterio de prioridad concebido como incompatibilidad formal, sin perjuicio de su eventual trascendencia

³⁹⁶ PIEDELIÈVRE S., « La publicité foncière, » en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de GHESTIN J., Ed. L.G.D.J, París, 2000, pág. 55.

³⁹⁷ No solo eso, sino que las escasas competencias calificadoras de los conservadores franceses se han ido restringiendo paulatinamente. Véase *Informe de la Comisión de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 44.

³⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, en “El sistema registral francés”, recogido en GÓMEZ GÁLLIGO J, *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario T.II*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pág. 5156.

sustantiva³⁹⁹. Ello es una consecuencia de que no rijan la legitimación ni la fe pública registrales ni, por lo tanto, la calificación registral se extienda a la validez del acto o negocio. En el sistema francés el hecho de que conste inscrito un título no significa por sí solo nada respecto a la posible validez de otro que llega después al Registro y que sea incompatible con el primeramente publicado.⁴⁰⁰

8.3.4. Eficacia sustantiva de la publicación: la inoponibilidad de los títulos no publicados frente a los publicados

Para entender adecuadamente la significación de la *inoponibilidad*, es necesario hacer referencia previamente a la noción de oponibilidad, la cual puede definirse como “*la aptitud de un derecho, de un acto -convencional, juicio, etc-, de una situación de derecho o de hecho, de hacer sentir sus efectos en relación a terceros (...) no sometiéndolos directamente a las obligaciones nacidas de estos elementos (...) sino forzándoles a reconocer la existencia de los hechos, derechos y actos denominados oponibles, a respetarlos como elementos del orden jurídico y a someterse a sus efectos, bajo reserva de oponerse cuando la ley les conceda ese derecho*”⁴⁰¹.

Aunque, como señala WINTGEN⁴⁰², la noción de oponibilidad es utilizada frecuentemente para designar los efectos obligatorios de un acto en relación a las partes, en materia de publicidad inmobiliaria interesa más bien para referirse a los efectos del acto en relación a terceros. En este sentido, sería una aptitud del acto para forzar a los

³⁹⁹ Como observa SUQUET-COZIC M. *Publicité foncière*, ed.: Francis Lefebvre, 2014, pág. 112, no es imposible que se creen, todavía hoy, varias cadenas de propiedad paralelas como, por ejemplo, cuando una venta es anulada mientras que el adquirente había ya revendido el inmueble por medio de un acto publicado.

⁴⁰⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, en “El sistema registral francés”, recogido en Gómez Galligo J, *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* T.II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pág. 5157.

⁴⁰¹ CORNU G. (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 3ª ed. PUF, 2002.

⁴⁰² WINTGEN R., *Étude critique de la notion d’opposabilité. Les effets du contrat a l’égard des tiers en droit français et allemand.*, ed. LGDJ, 2004, pág. 1.

terceros a reconocer su existencia y hacerse respetar⁴⁰³- de ahí la idea de completar el principio del efecto relativo de las convenciones *-res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest-* por el principio de oponibilidad, lo que permite explicar los efectos del contrato en relación a terceros a pesar de los términos categóricos del principio de relatividad contractual contenidos en el artículo 1165 del *Code civil*, antes de la reforma llevada a cabo por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, lo que convierte a la oponibilidad en un principio de Derecho contractual. Esta idea ha sido recogida por el *Code civil* tras la citada reforma. En efecto, se mantiene el principio de relatividad contractual. Así el artículo 1199 párrafo primero dispone: “*El contrato solo crea obligaciones entre las partes*”, pero se adiciona el principio de oponibilidad. Así, el artículo 1200 del *Code civil*, en su párrafo primero, dispone: “*Los terceros deben respetar la situación jurídica creada por el contrato*”.

Como afirma WINTGEN,⁴⁰⁴ desde 1804 las constituciones y transmisiones de derechos reales se rigen por el principio *solo consensu*. El consensualismo, no obstante, se halla severamente limitado por el juego de la publicidad inmobiliaria, la cual es una condición necesaria para que las convenciones constitutivas o traslativas de derechos reales sean oponibles a terceros, de modo que, frente a tercero, la transferencia se produce por efecto de la publicación.⁴⁰⁵

Desde esta concepción, la consecuencia lógica de la falta de publicación de los citados actos, con independencia de cualesquiera otras sanciones, es su inoponibilidad en

⁴⁰³ WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat a l'égard des tiers en droit français et allemand*, Ed. LGDJ, 2004, pág.2. Según este autor. el principio de oponibilidad no es consagrado por los textos. Ha sido elaborado por la doctrina francesa, a principios del siglo XX, para precisar el principio del efecto relativo, contenido -entonces- en el artículo 1165 del *Code civil*, No obstante, las convenciones pueden, vgr.: transmitir derechos y pueden ser invocadas a favor o en contra de terceros. Según WINTGEN la idea fue lanzada por E. JUILLE, *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, ed. C. Robbe, Lille, 1904, retomada por L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 1933, Son decisivas para el éxito de la teoría, las obras de A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, ed. L. Dalloz, Paris, 1938 y de S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, Toulouse 1939.

⁴⁰⁴ WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat a l'égard des tiers en droit français et allemand*. LGDJ, 2004 pag. 203. En el mismo sentido GHESTIN J. en el prefacio al libro de WINTGEN R., págs. VI a VIII.

⁴⁰⁵ En este mismo sentido PIEDELIÈVRE J. y PIEDELIÈVRE S., *La publicité foncière*, Ed. Lextenso, Defrénois, 2014, pág. 295.

relación a terceros. Descartada la no adquisición como sanción a la falta de publicación, la consecuencia más relevante es, por ello, destacar la inoponibilidad.

La inoponibilidad es la pieza esencial del sistema registral francés⁴⁰⁶. Esta consecuencia viene establecida en el artículo 30 del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955. Significa que el acto – o resolución- no publicado o publicado tardíamente, sin perjuicio de producir plenos efectos *inter contrahentes*, solo producirá efectos frente a terceros desde la fecha de su publicación, que pasa a ser la relevante a estos efectos. Mientras tanto, tales terceros pueden desconocer la existencia de tal acto –o resolución-, pues, siendo la función fundamental de la publicidad registral la de darles a conocer la existencia de tal acto o resolución, los mismos no han sido publicados y, por lo tanto, a sus efectos, es como si no existieran. Como afirma GARCÍA GARCÍA⁴⁰⁷, la no publicación de un acto lo hace inoponible respecto al titular negocial que publica su título. Lo no publicado es inoponible a lo publicado.

La regla de inoponibilidad se complementa con la de oponibilidad, entendida como prioridad en sentido formal, conforme a la cual cuando dos personas pretenden haber adquirido del mismo sujeto derechos concurrentes sobre un mismo inmueble, es preferido el que ha sido más diligente en la publicación. Esta regla se contiene en el artículo 30 del Decreto de 4 de enero de 1955:” *Son igualmente inoponibles, aunque hayan sido publicados, cuando, decisiones, privilegios o hipotecas, invocadas por esos terceros, han sido anteriormente publicados*”. La fecha de la inscripción es la que determina también el rango hipotecario, conforme a lo dispuesto por el artículo 2337 del *Code civil*, reformado por la Ordenanza n.º: 2021-1192, tras la cual dispone:

“La garantía es oponible a los terceros desde su publicación

Es igualmente oponible por la desposesión por el acreedor, o por un tercero acordado del bien objeto de garantía o del título que, tal como un conocimiento de embarque, lo representa.

⁴⁰⁶ MARTY G., RAYNAUD P., JESTAZ Ph., *Les sûretés. La publicité foncière*, ed. Sirey, París, 1987, n.º 648, pág. 449.

⁴⁰⁷ GARCÍA GARCÍA J.M. en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 347.

Cuando la garantía ha sido regularmente publicada, los caushabientes a título particular no se pueden prevalecer del artículo 2276⁴⁰⁸.

8.3.4.1. Requisitos para que la oponibilidad despliegue sus efectos

Procede ahora examinar los requisitos para que la inoponibilidad opere en el sistema francés.

8.3.4.1.1. Debe tratarse de títulos a los que la ley impone la publicación para su oponibilidad frente a terceros

Además de los previstos a estos efectos por disposiciones particulares, con carácter general, la norma se refiere a las transmisiones o constituciones del dominio o derechos reales por actos *inter vivos*, o por resolución judicial, incluidos los actos que establecen restricciones al *ius disponendi*⁴⁰⁹. Tampoco puede prevalecer la resolución, revocación, anulación o rescisión por causa procedente de convención no publicada antes que la adquisición del tercero -artículo 30, 1 del Decreto 4 de enero de 1955-.

Los arrendamientos que excedan de doce años y que no se hayan inscrito deben ser reducidos, en beneficio del tercero, a doce años, e igualmente no podrán oponerse al

⁴⁰⁸ Tras la reforma llevada a cabo por la Ley n.º: 2008-561 de 17 de junio, dicho artículo dispone:

“Tratándose de muebles, la posesión equivale al título.

No obstante, aquel que ha perdido o al cual le han robado una cosa puede reivindicarla durante tres años a contar desde el día de la pérdida o del robo contra aquel en cuyas manos la encuentre; quedando a salvo el recurso de este último contra aquel de quien la ha obtenido”

⁴⁰⁹ Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés.”, recogido en GÓMEZ GÁLLIGO J., *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* T.II, ed. Thomso-Civitas, Madrid, 2009, pág. 5170.

tercero el pago o cesión de rentas o alquileres no vencidos por más de tres anualidades -- artículo 30, 3 del Decreto 4 de enero de 1955-⁴¹⁰.

Por el contrario, son oponibles a terceros aunque no se hayan publicado, los siguientes actos⁴¹¹: las declaraciones notariales de herederos o sucesores a título universal, los actos jurídicos y decisiones judiciales de carácter declarativo, las limitaciones administrativas del derecho de propiedad y la derogación de estas limitaciones, los actos relativos a la designación de persona o descripciones de fincas y los arrendamientos de doce o menos años de duración.

8.3.4.1.2. Debe tratarse de títulos, provenientes del mismo *auctor*

Como he expuesto, La regla de inoponibilidad se complementa con la de oponibilidad, en el sentido de prioridad en sentido formal, conforme a la cual cuando dos personas pretenden haber adquirido del mismo sujeto derechos concurrentes sobre un mismo inmueble, es preferido el que ha sido más diligente en la publicación, conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto de 4 de enero de 1955.

Sólo a partir de la publicación, el documento que contiene el derecho del adquirente es oponible a terceros, entendiendo por tales los adquirentes de este *enajenante* que no hayan procedido a la publicación⁴¹². De este modo, entre adquirentes sucesivos de un *mismo enajenante*, no se prefiere al primer contratante situado en posición de adquirente, sino al primero que haya publicado la adquisición.

⁴¹⁰ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.III. Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 344, añade: 1.- Las denominadas *attestations notariées* que constaten la transmisión o constitución de derechos reales a favor de un legatario, no a favor de un sucesor a título universal. 2.- Los reglamentos de comunidad de propietarios. 3.- Los supuestos de actos condicionales de efectos relativos, entre los que se incluyen no solamente las condiciones resolutorias, sino también las suspensivas.

⁴¹¹ *Ibidem*, pág. 347.

⁴¹² CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 107. En el mismo sentido WEILL A., TERRÉ F. y SIMMLER Ph., *Droit Civil. Les biens*, ed. Dalloz, Paris, 1985, pág. 342.

8.3.4.1.3. No se requiere que la adquisición sea a título oneroso, pero si lo es *mortis causa* ha de serlo a título singular

La transmisión no publicada es inoponible incluso al adquirente del mismo inmueble por legado particular hecho por el causante en testamento posterior a la enajenación. En cambio, el conflicto entre dos causahabientes universales del mismo causante no puede resolverse por el principio de inoponibilidad, por la misma razón por la que esta no opera a favor del sucesor universal.⁴¹³

8.3.4.1.4. Se plantea la cuestión de si el tercero ha de serlo de buena fe para que no le sean oponibles los documentos no publicados

La cuestión que se plantea es la de si el tercero puede resultar amparado aunque adquiriera de mala fe, entendida como conocimiento de la existencia de un título anterior no publicado.

En este punto, la jurisprudencia francesa ha evolucionado siguiendo tres etapas, como señala el Informe de la *Comission de réforme de la publicité foncière*.⁴¹⁴

En una primera etapa, el conocimiento por un segundo adquirente de la existencia de un título anterior no inscrito no impedía que dicho título le fuera inoponible, conforme declaró la sentencia de la *Court de Cassation civil* de 7 de diciembre de 1925, siguiendo la fórmula del Decreto del 5 de Thermidor del año XIII, en aplicación de la Ley de Brumario del año VII: “*No hay fraude en aprovechar una ventaja ofrecida por la ley;*

⁴¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M, en “El sistema registral francés”, recogido en GÓMEZ GÁLLIGO J., *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* T.II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pág. 5169. También GARCÍA GARCÍA J.M *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.III. Ed. Civitas Madrid, 2002, pág. 347.

⁴¹⁴ *Rapport de la Comission de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, págs. 80-84.

corresponde al adquirente culparse a sí mismo si no ha usado una diligencia igual para transcribir su acto”.

El único límite a esta regla era el *consilium fraudis* entre el vendedor y el segundo comprador para despojar de su adquisición al primer adquirente. En este caso, autores y jurisprudencia estaban de acuerdo en que el segundo adquirente no podía invocar la inoponibilidad conforme a la regla *fraus omnia corrumpit*⁴¹⁵.

A partir de los años sesenta del pasado siglo se inicia una segunda etapa, en la que la jurisprudencia, espoléada por una parte de la doctrina⁴¹⁶, considera que la protección de un segundo adquirente conocedor de la primera transmisión era contraria a la moral. La decisión de la *Court de cassation* de 22 de marzo de 1968 inició el giro, confirmada por la de 30 de enero de 1974, conforme a la cual: “*La adquisición de un inmueble con conocimiento de su cesión precedente a un tercero es constitutiva de una falta que no permite al segundo adquirente invocar a su favor las reglas de la publicidad inmobiliaria*”. De este modo, el conocimiento de una transmisión anterior no publicada podía caracterizar la falta del segundo adquirente en el sentido del artículo 1382 del *Code civil*. Tales decisiones fueron confirmadas por otras posteriores⁴¹⁷, abriéndose así un nuevo periodo en el que se impone una concepción moral y subjetiva de la publicidad inmobiliaria sobre la concepción preventiva y objetiva de la misma.

Finalmente, se abre una tercera etapa, cuando esta concepción se incorpora al *Code civil*, concretamente al artículo 1198, tras la reforma llevada a cabo por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016.

⁴¹⁵ GOBER M., *La publicité foncière, cette mal aimée*, Études Flour, Ed. LGDJ, Defrenois, 1979, págs. 221 ss.

⁴¹⁶ Parece ser que el inspirador de este cambio fue J MAZEAUD, en su comentario a la decisión de la Court de Cassation civil de 22 de marzo de 1968. *Rapport de la Comisión de réforme de la publicité foncière -Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág.81, nota 407.

⁴¹⁷ Court de Cassation civil. 3^e, 3 de octubre de 1974 ; Court de Cassation civil. 3^e, 15 de febrero de 1978 ; Court de Cassation civil 3^e, 20 de marzo de 1979 ; Court de Cassation civil 3^e, 28 de mayo de 1979 ; Court de Cassation civil 3^e, 16 de diciembre de 1980 ; Court de Cassation civil 3^e, 22 de mayo de 1990.

Antes de dicha reforma, el artículo 1141 del *Code civil* solo se refería a bienes muebles, disponiendo: “*Si la cosa que se ha obligado a dar o a entregar a dos personas sucesivamente es puramente mobiliaria, aquella de las dos que ha sido puesta en posesión real es preferida y deviene propietaria aunque su título sea de fecha posterior, siempre que la posesión sea de buena fe*”.

Tras la reforma, esta regla se convierte en el párrafo primero del artículo 1198 del *Code civil*, al cual se le añade un párrafo segundo, que dispone:” *Cuando dos adquirentes sucesivos de derechos sobre un mismo inmueble adquieren su derecho de una misma persona, quien ha sido el primero en publicar su título de adquisición en forma auténtica en el fichero inmobiliario, es preferido aunque su derecho sea posterior, a condición de que sea de buena fe*”.⁴¹⁸

Como destaca la *Comission de réforme de la publicité foncière*⁴¹⁹ en su informe, esta solución normativa incurre en una grave confusión, al ser el artículo 1198 una norma de Derecho contractual. En efecto, la buena fe contractual⁴²⁰, que implica una lealtad entre las partes contratantes, no es asimilable a la buena fe del Derecho de bienes, la cual consiste, simplemente, en el conocimiento efectivo de una situación dada.

⁴¹⁸ La *Comission* considera especialmente relevante para esta incorporación legal el caso resuelto por la decisión de la *Court de Cassation* de 12 de enero de 2011, cuyas circunstancias merecen ser recordadas por no ser del todo infrecuentes. Se celebró una primera venta en documento privado, pero el adquirente encontró dificultades para elevarlo a público -*acte authentique*-, requisito para la publicación de la venta. Como consecuencia, demandó al vendedor, pero no publicó dicha demanda -no fue anotada preventivamente, en terminología española-. Quince días después se publicó la venta del mismo inmueble a un segundo comprador. Los jueces se inclinaron por quien primero publicó, a pesar de ser el segundo adquirente, sin considerar si conocía o no la primera venta, siguiendo el criterio objetivo clásico., *Informe de la Comisión de réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 82. En este caso, el primer adquirente no había publicado su título, pero no por decisión propia sino por imposibilidad, debido a la falta de colaboración del vendedor para elevar a público su título privado de compra. La *Court de Cassation* no tuvo en cuenta esta circunstancia y ello fue decisivo para inducir una modificación legal.

⁴¹⁹ *Rapport de la Comission de réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 83.

⁴²⁰ A la buena fe contractual se refiere el artículo 1104 del *Code civil*, conforme al cual:” *Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe. Esta disposición es de orden público*”.

Redacción tras la reforma llevada acabo por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016.

Ello da lugar a un doble sistema de oponibilidad, uno fundado sobre la regla de conflicto inmobiliario -orden de las publicaciones- y otro sobre el conocimiento efectivo -psicología-. La Comisión rechaza esta situación por tres razones.

En primer lugar, porque, por generoso que sea, este doble sistema priva, en realidad, a la publicidad inmobiliaria, de su razón de ser histórica, que era precisamente la de tener que sondear las almas para regular los conflictos entre titulares de derechos concurrentes, como era todavía el caso en el *Code civil* de 1804. Lo propio de un sistema de publicidad con fin de oponibilidad entre los que traen causa de un mismo transmitente es no admitir ningún equivalente. Por sus consecuencias prácticas, la reserva de la buena fe va en contra del objetivo de previsibilidad para el cual está concebida la institución.

En segundo lugar, porque el razonamiento adolece de un vicio fundamental, cual es el de asignar a la publicación la sola función de informar a los terceros. Sin embargo, la publicación es mucho más que eso. Significa que el adquirente pone públicamente la mano sobre el bien y manifiesta la voluntad de oponer su derecho. Bajo este ángulo, la publicación es análoga a la entrada en posesión⁴²¹

En tercer lugar, porque el primer adquirente que no publica ha aceptado el riesgo, por su negligencia, de que su derecho no sea oponible a los terceros, es decir, no sea oponible en un eventual conflicto a quien traiga causa de su vendedor. A menos que sea víctima de una colusión fraudulenta, no se percibe fácilmente la razón por la cual una publicidad de hecho podría suplir el incumplimiento de una publicidad legal obligatoria.⁴²²

⁴²¹ La *Comission* cita a diferentes autores que sostienen esta tesis. L. AYNÉS, diversas obras, entre las que cabe destacar, junto con P. CROCQ, *Droit de Sûretés*, ed. LGDJ, 2017; DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, dir. AYNÉS L., ed. Economica, 2007; EMERICH Y., *Droit commun des biens: perspective transsystème*, ed. Yvon Blais, Montréal, 2017, págs. 73-74.: “La posesión puede también ser (re)definida como el poder de hecho sobre una cosa o el ejercicio de un derecho que comunica a los tercerosmla voluntad de ser titular del mismo y la intención de excluirlos. Una tal definición permite insitir en el papel de la comunicación a los terceros de la posesión”.

⁴²² Afirma la *Comission* que, puestos a encontrar objeciones a su opinión, puede alegarse que que la ausencia de publicación de la primera enajenación raramente es una elección libre o se debe a una negligencia imputable exclusivamente al adquirente, como es el caso de la decisión de la Court de Cassation de 12 de enero de 2011. *Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, pág. 84.

Por todas estas razones, la Comisión se muestra favorable a la derogación de los términos “a condición de que sea de buena fe” del segundo párrafo *in fine* el artículo 1198 del *Code civil* en la redacción dada por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016. El único caso admisible sería el de colusión fraudulenta.

En esta misma línea, WINTGEN sostiene que entre el fraude caracterizado por un verdadero desprecio de la ley y la perfecta buena fe hay una amplia gama de situaciones intermedias, lo cual plantea la cuestión de dónde debe situarse la barrera de la ilicitud. Dada la multitud de factores que entran en consideración es una cuestión que carece de una respuesta uniforme. Para permitir a un juez proceder a una apreciación circunstanciada, bastaría con reemplazar, en Derecho francés, el criterio del conocimiento por el del fraude. La noción de fraude es suficientemente adaptable para tener en cuenta todas las particularidades que puedan plantearse⁴²³

8.3.4.1.5. Especial referencia a las hipotecas

La Ordenanza n°. 2021-1192 de 15 de septiembre ha llevado a cabo una importante reforma de las *sûretés* en Francia, reforma que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022.

Tras la reforma de 1955, rigen los principios de *publicidad* -incluso para las hipotecas legales, con unas pocas excepciones a favor de créditos especialmente privilegiados, artículo 2418 del *Code civil*-, si bien la inscripción no tiene carácter constitutivo *inter partes*, y de *especialidad* –artículos 2414, 2417, 2421 y 2423 del *Code civil*-, sin que este último principio abarque la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas que respondan de un solo crédito - artículo 1412 del *Code civil*-, quizás porque rige el principio de indivisibilidad de la hipoteca – artículo 2391 del *Code civil*-. La reforma introdujo en Francia en materia hipotecaria los principios publicidad y especialidad que había introducido la Ley Hipotecaria española

⁴²³ WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat a l'égard des tiers en droit français et allemand*, ed. LGDJ, 2004, pág. 191.

de 1861 y por las mismas razones⁴²⁴. Tales principios se mantienen tras la reforma llevada a cabo por la Ordenanza nº 2021-1192 de 15 de septiembre

La inscripción de la hipoteca no es constitutiva *inter partes*, sino que solamente es necesaria para ser oponible a terceros. En materia de hipotecas rige también el principio de prioridad, pero con las excepciones señaladas anteriormente. Las hipotecas convencionales requieren escritura pública -artículo 2409 del *Code civil*-

Así, resultan protegidos los terceros adquirentes que reúnan las condiciones ordinarias para que los títulos no inscritos no les sean oponibles. Es más, de haber adquisición de tercero ya inscrito, no podrá inscribirse la hipoteca –artículo 2422 del *Code civil* -.

Por último, en caso de ejecución, quedan purgadas todas las hipotecas, sean de rango inferior o sean de rango superior a la que se ejecuta; es más, la purga de hipotecas se produce aunque se trate de la ejecución de un simple crédito no privilegiado. El importe del inmueble, una vez abonadas al tercer poseedor las mejoras que se le deban, se distribuirá entre los distintos acreedores, según su rango –*droit de préférence*- determinado por arreglo amistoso unánime, o, en otro caso, por procedimiento especial – *procédure d'ordre*- regulado por el Código de Procedimientos Civiles de Ejecución. El procedimiento de purga ha sido simplificado por la reforma llevada a cabo por la Ordenanza nº 2021-1192 de 15 de septiembre, la cual ha consagrado una subsección dentro del *Code civil*-artículos 1461 a 1472- dedicada al mismo.

⁴²⁴ Como expone PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., “El sistema registral francés.”, recogido en GÓMEZ GÁLLIGO J., *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* T.II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009, págs. 5175- 5176, antes de 1955, en Francia se exigía que la hipoteca convencional se refiriera a inmuebles determinados, pero la jurisprudencia había entendido la exigencia con gran amplitud y así se consideraba válida la hipoteca que recayera sobre todos los inmuebles que una persona poseyera en un determinado municipio o distrito hipotecario, a condición de indicar sumariamente la naturaleza de tales bienes. Por otra parte, las hipotecas legales, los privilegios generales –hecha exclusión de los muebles del deudor- y la hipoteca judicial afectaban a todos los inmuebles presentes y futuros del deudor, y, además, en las hipotecas legales se sufrían también los peligros de la indeterminación del crédito garantizado.

Como resalta LEGEAIS, la purga permite evitar las consecuencias derivadas para los adquirentes de la existencia de derechos reales de garantía sobre el inmueble⁴²⁵. La consecuencia puede ser, sin embargo, que algún acreedor pueje y pague más que lo pagado por el adquirente y este se quede sin el bien adquirido.

8.3.4.2. La inoponibilidad conlleva una quiebra del principio *solo consensu*

La inoponibilidad, conlleva una quiebra del sistema de transmisión *solo consensu* en el ámbito inmobiliario. Si, en caso de conflicto entre adquirentes de una misma cadena, un segundo adquirente que adquiere de un titular transcrito y transcribe su negocio traslativo es preferido a un primer adquirente que también adquirió del mismo titular transcrito pero no publicó su negocio traslativo, entonces no puede afirmarse que el sistema adquisitivo francés sea, en materia inmobiliaria, *solo consensu*.

Si los terceros pueden ignorar las consecuencias de un acto o de una decisión que no han sido publicados en los libros de *publicité foncière*, entonces es difícilmente sostenible que la transmisión se opere *solo consensu*. *Inter partes* la transmisión tiene lugar *solo consensu*, pero si el transmitente es un titular con su negocio adquisitivo transcrito –*titular negocial transcrito*– el adquirente queda protegido mediante una regla de propiedad frente a otros posibles adquirentes negociales del mismo transmitente sólo si transcribe primero su negocio adquisitivo. Respecto de otros posibles terceros, ni siquiera le protege la publicación de su propio negocio adquisitivo.

⁴²⁵ LEGEAIS D. *Droit des sûretés et garanties du crédit*, ed. LGDJ, Paris, 2021, pág. 403. SÉJEAN CHAZEL C., *La réalisation des sûretés réelles*, en *Revue des contrats*, 2021, diciembre, Tirada especial, pág. 62, subraya que el artículo L322-14 del Código de Procedimientos Civiles de ejecución preve, tras la reforma, que el pago del precio de venta del inmueble o su consignación, así como de los gastos de la venta, conlleva la purga de pleno derecho de las “*hipotecas y privilegios*” que lo gravan. A partir del 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor de la reforma, el efecto de purga automática propio de la venta por embargo se extiende a toda garantía publicada del principal del constituyente –*chef du constituant*–. Vease también, sobre la reforma operada por la Ordenanza n.º. 2021-1192 de 15 de septiembre, GRIMALDI M., *Présentation générale de la réforme*, en *Revue des contrats*, 2021, diciembre, Tirada especial, págs.4-9. Houtcieff D., *La sûreté réelle pour autrui* en *Revue des contrats -RDC-*, 2021, diciembre, Tirada especial, págs.44-50., SAVOURÉ D., *La fin des privilèges immobiliers spéciaux*, *Revue des contrats*, 2021, diciembre, Tirada especial, págs. 51-56.

No es esta la única quiebra del sistema de transmisión – o de adquisición- *solo consensu* del sistema francés. Este principio también quiebra en el caso de venta de cosas genéricas, en los casos en los que las partes difieren la transmisión de la cosa a un momento posterior y en el caso de conflicto entre adquirentes de un bien mueble del mismo *auctor*.⁴²⁶

Incluso en relación a los propios bienes inmuebles, el sistema de transmisión *solo consensu*, puede considerarse, desde otra perspectiva, como algo excepcional o meramente residual, sin que pueda considerarse, hoy, un principio general del Derecho positivo francés.⁴²⁷

⁴²⁶ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 103- 107. A) En el caso de venta de cosa genérica se entiende que la transmisión tiene lugar cuando se ha realizado la determinación, que en la mayor parte de los casos tiene lugar en el momento de la entrega. Pero se entiende que, incluso en el caso de la venta de cosa genérica el contrato es el que transmite la propiedad pues la indeterminación del objeto ha sido un obstáculo para que el efecto traslativo se produjera inmediatamente –DE PAGE *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, T. IV, Bruselas, 1951, nº 21, pág. 42-. Como la tradición suprime ese obstáculo, es en ese momento en el que se verifica la transmisión, pero ello porque la tradición supone un procedimiento de especificación del objeto, y no porque signifique que la causa de la transmisión deje de ser el contrato – COLIN A. y CAPITANT H., *Curso elemental de Derecho Civil, t. II, Vol. II*, traducida por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1984, pág. 728- Lo mismo ocurre en el caso de venta de objetos situados en relación alternativa; B) Para la aplicación de la regla *solo consensu* del *Code* es necesario que la cosa sea actual. Si es una cosa futura, la adquisición de la propiedad por parte del comprador se aplazará hasta el momento de la creación de la cosa –CARBONNIER J., *Droit Civil. Les biens, t IV*, ed. PUF, Paris, 1991, nº 109, pág. 184-.C) También queda excluida la aplicación del artículo 1138 -actual artículo 1196- del *Code* en los casos en los que sean las partes las que difieran la transmisión a un momento posterior. A este respecto se pueden plantear dos situaciones: 1) El transmitente es propietario pero se retarda el momento de la transmisión, en virtud, v.gr.: de un pacto de reserva de dominio, o bien, 2) en el caso en el que el transmitente no sea dueño, pero se obligue a adquirir la propiedad para transmitírsela con posterioridad al otro contratante –RIPERT G.y BOULANGER J., *Traité de Droit civil, tII*, París, 1857, nº 2.450, pag. 860-. Cada vez es más frecuente que el efecto traslativo del contrato vaya cediendo a favor de una transferencia de propiedad diferida, hasta el punto de que hoy se cuestiona si la venta todavía transmite la propiedad, especialmente en materia inmobiliaria. D) En el caso de conflicto entre dos adquirentes de un bien mueble del mismo *auctor* el *Code* sigue el mismo criterio que el Derecho Romano, es decir, prefiere al que haya adquirido la posesión de buena fe. Así, el artículo 1141 -actual 1198- del *Code* dispone: “*Si la cosa que se está obligado a dar o a entregar a dos personas sucesivamente, es puramente mobiliaria, es preferida aquella de las dos que haya tomado posesión real y sigue siendo propietaria aunque su título sea posterior en fecha, con tal que la posesión sea en todo caso de buena fe*”. Ello significa que entre dos adquirentes sucesivos de un mismo bien mueble, se prefiere o se mantiene en la adquisición, no al que fue primero en el contrato –que, en su virtud, habría sido primero en la adquisición- sino el primero en la posesión real si era de buena fe.

⁴²⁷ Véase SAINT-ALARY-HOUIN C., *Reflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, Melanges Raynaud, Ed. : Dalloz : Sirey, Paris, 1985, pág. 733. Afirma que “ *el principio de transmisión solo consensu comienza a declinar, sobre todo en las transacciones inmobiliarias, de tal forma que se puede dudar incluso de su realidad...no pudiéndose considerar hoy un principio general del Derecho positivo francés*”. En el mismo sentido THÉRY P., *Sûretés et publicité foncière*, ed. PUF, 1998, pág. 147, así como para una exposición de las demoras y cláusulas más frecuentes en la contratación inmobiliaria, pág. 148.

8.3.5. Otros efectos derivados de la publicación

Cabe destacar, el denominado efecto de mutación catastral. Como destaca GARCÍA GARCÍA ⁴²⁸, la inscripción registral también produce el importante efecto de que, en virtud de esta, es posible hacer constar en el Catastro el cambio de titularidad producido. El artículo 2 del Decreto-Ley de 4 de enero de 1955 establece:

“No cabe mutación catastral por razón de modificación alguna de la situación jurídica de un inmueble si el acto o resolución judicial en que se constata no ha sido previamente publicado en el fichero inmobiliario”.

8.4. La imposibilidad del sistema registral francés de suministrar al verdadero titular o persona legitimada para disponer

La publicación, en Francia, no goza de las propiedades normativas de legitimación ni –sobre todo- de fe pública registral, por lo que no forma parte del proceso adquisitivo ni permite conocer quién es el dueño o persona con poder de disposición de la que hay que adquirir. Produce únicamente los efectos de oponibilidad de los documentos publicados frente a los no publicados, en los términos expuestos, y la atribución al documento de la fecha relevante respecto de terceros, que es la de la publicación y no la que consta en el propio documento. La publicación de un documento no impide que se publique, posteriormente, otro documento contradictorio, sin que ello implique la cancelación de la publicación practicada con anterioridad, si bien ello viene matizado por la introducción del efecto relativo. El Registro no publica derechos sino documentos

⁴²⁸ GARCÍA GARCÍA J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.III, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 350.

En consecuencia, el Registro francés no permite a un potencial adquirente identificar *ex ante* al verdadero titular o a la persona con poder de disposición, sino tan solo, en su caso, al grupo de personas que poseen títulos oponibles – aun cuando ninguna de ellas fuera el *verus dominus*- lo cual sirve para disminuir los costes de investigación acerca de la identidad de la persona de la que hay que adquirir. En efecto, solo deben preocuparle los títulos publicados pues los no publicados de la misma cadena transmisiva no le son oponibles, si bien el Registro, por sí solo, no le permite identificar cuál de los adquirentes publicados es el legitimado para disponer, bien por ser el propietario en el caso de serlo alguno de ellos, bien por ser el de mejor derecho entre los titulares publicados. Si no adquiere del mismo y, posteriormente, es objeto de una reivindicatoria, el conflicto se decidirá conforme a las reglas del Derecho civil entre los diversos titulares publicados.

El Derecho francés sí contempla, sin embargo, un procedimiento de depuración *ex ante* de privilegios e hipotecas, conocido con el nombre de purga, el cual, historicamente, sirvió también para depurar titularidades.⁴²⁹

En efecto, en el Derecho francés, el tercer adquirente de la finca hipotecada tiene la facultad de liberarla ofreciendo y pagando a los acreedores el precio de la finca- artículos 1461 a 1472 del *Code civil*-. El precio ofrecido debe ser notificado a todos los acreedores hipotecarios. Cada acreedor puede, bien aceptar la valoración que implica el precio, o bien pedir que la finca pase a pública subasta comprometiéndose entonces a quedarse, en caso necesario, con la finca por el precio ofrecido y un diez por ciento más.

Al acreedor hipotecario se le da cuanto podía esperar del inmueble en el momento de la purga, pero, evidentemente, sufre un cierto menoscabo, en cuanto que se le paga antes del vencimiento del crédito. Por otro lado, la purga garantiza la adquisición, pero

⁴²⁹ La purga constituía desde los siglos medievales una de las técnicas previstas en el Derecho francés para proteger a los adquirentes de bienes inmuebles frente a reclamaciones posteriores en relación con la existencia de derechos reales anteriores al momento de su adquisición. En el s. XVIII se renovó esta práctica a través del Edicto de 2 de febrero de 1771 –*Edit portant creation des conservateurs des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs, et abrogation des décrets volontaires*-. Según SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME, Madrid, 1996, pág. 93- la purga mallorquina, introducida en 1321 y ampliada en 1421, se inspira en el Derecho francés, si bien Oliver y Esteller B. *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomson Reuters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, pág. 88, admite que también puede derivarse del procedimiento alemán conocido con el nombre de *Präklusion*.

no necesariamente el interés del que pretende adquirir, pues el potencial adquirente que pone en marcha el mecanismo de la purga puede ver frustrada sus expectativas por un mejor postor.

El sistema francés no puede garantizar, en consecuencia, la identidad del titular, pero sí permite saber al adquirente cuáles son las hipotecas y privilegios existentes sobre la finca que pueden anteponerse a su derecho, arbitrando un procedimiento para liberar la misma, sin necesidad de pagar todos los créditos garantizados, sino únicamente el precio del inmueble.

Por lo que se refiere a las causas de resolución del derecho del *tradens* o de *tradentes* anteriores, hay que considerar que el *Code civil* ha transformado en personales la mayor parte de las viejas acciones reales de efecto resolutorio. Además, el ejercicio judicial de la acción de resolución debe asentarse en los libros si quiere afectar a tercero y, además, no puede ser purgada⁴³⁰.

En síntesis, un potencial adquirente no puede saber mediante la publicación quién es la persona de la que debe adquirir para quedar a salvo de una acción reivindicatoria. En todo caso, la oponibilidad únicamente sería efectiva frente a otros adquirentes del mismo *auctor*, pero no de un *auctor* distinto. Sí puede saber qué hipotecas y privilegios le afectarían si decide adquirir y tiene un procedimiento *ex ante* para liberar la finca de tales cargas pagando el precio de estas, si bien corriendo el riesgo de que un acreedor hipotecario publicado la compre pagando un diez por ciento más de lo ofrecido por él. Por último, las causas de resolución del derecho de su *tradens* probablemente no le alcanzarán salvo mala fe o complicidad en el fraude. Si es un adquirente de buena fe, solo le afectarán si la correspondiente demanda se publica en el Registro con anterioridad a su adquisición.

⁴³⁰ En este sentido PARDO NÚÑEZ C., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm 614, pág. 132.

El sistema no despeja, pues, la incertidumbre básica: la identidad de la persona de la que hay que adquirir, para evitar el riesgo de evicción. Por ello, en Francia están proliferando los seguros de títulos⁴³¹.

Esta exigencia de publicación para conseguir la plena *oponibilidad* del documento que acredita el negocio traslativo mediante la sanción de *inoponibilidad* en el caso de falta de publicación produce, según parte de la doctrina francesa a la que me he referido anteriormente, consecuencias paradójicas. Tales consecuencias paradójicas consistirían en que, por un lado, se afirma que los *iura in rem* son absolutos, lo que impone un deber general de respeto porque son derechos oponibles a todos, pero, por otro lado, sin embargo, los *iura in rem* inmobiliarios, que se transmiten *solo consensu* no son oponibles a los terceros si no han sido publicados.

Este modo de razonar obedece a una alarmante y persistente confusión entre los conceptos de *ius in rem* y de titularidad real – es decir, protegida por una regla de propiedad- sobre un *ius in rem*. El *ius in rem* es, en efecto, oponible *erga omnes*, como cualquier derecho subjetivo, incluidos los *iura in personam*. Y es oponible *erga omnes* sea cual sea su titular, y para afirmar la existencia de un *ius in rem* inmobiliario no se necesita transcripción alguna. Una de las notas que lo caracterizan frente a los *iura in personam* es que su contenido atribuye a su titular el aprovechamiento directo y exclusivo de un bien, en este caso de un bien inmueble, un recurso escaso, lo que puede generar conflicto con otros que deseen explotar el mismo recurso, algo que difícilmente puede suceder en el ámbito de los *iura in personam*, salvo que tengan una finalidad traslativa del dominio. –como es el caso de los de los negocios obligatorios de finalidad traslativa del dominio-

⁴³¹ ARRUÑADA B, *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, ed. Palestra, Perú, 2004, págs. 314-315. Según este autor, una filial de L&E, London and European Insurance Services, empezó a comercializar en abril de 1999 seguros de títulos en Francia con la marca Garantie Propriétaire Assur Titre, actuando como exclusive managing broker para AXA Title, bajo un *five year agreement appointing London&European to underwrite title risks on its behalf in France* (L&E,2000, pág. 22). De acuerdo con su publicidad, el seguro es necesario en Francia para cubrir el riesgo de fraude, así como una amplia panoplia de supuestos. “*Votre notaire es là pour vos conseiller et verifier tous les documents mais il ne peut pas l'impossible. Il se retrouve démuni –et vos encore plus;- face aux fraudes ou erreurs indécélables des documents qui lui sont soumis*” <http://www.ftr.com/assur/Interest.htm>

En el caso de que otra persona desee explotar el mismo recurso inmobiliario, la existencia de un *ius in rem* a favor de otro sujeto, sea el que sea, se lo impide, lo que demuestra que el *ius in rem* es por su propia naturaleza oponible *erga omnes*. ¿Cómo solventar estos conflictos en aquellos sistemas que no nos permiten saber con seguridad quien es el *verus dominus*, quién es el titular del *ius in rem* sobre el recurso, cuya existencia nos impide apropiarnos del mismo y cuyo consentimiento necesitamos para adquirirlo?

Esta incertidumbre permanece irresuelta en todos aquellos sistemas, como el francés, en los que el Estado no se ha implicado suficientemente en el proceso transmisivo. En este contexto no es posible pensar que la adquisición de la titularidad negocial sobre el derecho puede estar protegida por una regla de propiedad frente al *verus dominus*, pues no hay seguridad de que lo sea el transmitente contractual. En tales circunstancias, la titularidad así adquirida no es protegible *erga omnes* mediante una regla de propiedad sino tan solo de responsabilidad, pues lo contrario sería la negación misma del derecho de propiedad. El derecho negocialmente adquirido solamente podría ser protegido mediante una regla de propiedad frente al transmitente contractual, y, para lograr esa finalidad, el sistema *solo consensu* se muestra especialmente eficaz.

El sistema francés no altera la naturaleza de los derechos reales, ni el carácter relativo de toda titularidad negocial, - *res inter alios acta, nobis nec nocet nec prodest* - sino que simplemente se limita a establecer las condiciones de admisibilidad como prueba de los documentos acreditativos de los negocios con finalidad transmisiva en que los litigantes funden sus pretensiones. No hay, pues, paradoja alguna, pues el *ius in rem* inmobiliario sigue siendo oponible *erga omnes* en todo caso, por su propia naturaleza, pero la titularidad sobre el mismo no, dada su naturaleza negocial.

La *publicité foncière* no produce efecto alguno, ni positivo ni negativo, sobre la *naturaleza* del derecho publicado, pero sí sobre la oponibilidad del documento que acredita la existencia del negocio traslativo en el que se fundamenta la pretensión de titularidad sobre el derecho, erigiéndose en requisito necesario para que un documento produzca los efectos que le son propios: el de poder ser utilizado como prueba del propio derecho en el caso de que este sea discutido por otro adquirente negocial que derive su adquisición del mismo transmitente, pero, ciertamente, la publicidad del documento no

atribuye, por sí misma la titularidad del derecho, y, en este sentido, no produce efectos positivos sustantivos.

Como afirma THÉRY, a diferencia de lo que sucede en otros países, en Francia, el *Service de la publicité foncière* o antigua Conservaduría de Hipotecas –un registro de documentos- no persigue la finalidad de que los derechos reales que recaen sobre los inmuebles –tanto la propiedad como los demás derechos reales limitados- devengan indiscutibles. La transcripción tiene como finalidad fundamental la de poder invocar los contratos transcritos frente a terceras personas, no la de probar la existencia ni la titularidad de los derechos reales inmobiliarios⁴³².

Así, por ejemplo, en caso de disputa entre el actual poseedor del bien y el llamado propietario cuyo contrato de adquisición ha sido transcrito, la ley francesa establece una presunción de propiedad a favor del primero. Aunque este conflicto pueda producirse teóricamente, es muy difícil que tenga lugar en la práctica: a menudo, aunque no siempre, el poseedor es también el propietario transcrito. Esta es la razón, según THÉRY⁴³³, por la cual los notarios comprueban antes de firmar que el propietario es poseedor, y suelen incluir en la escritura en virtud de la cual el bien ha sido poseído pacíficamente por el transmitente y los anteriores propietarios durante los últimos treinta años.

En las regiones de Alsace-Moselle, regía el Derecho alemán, hasta 1919, en que Francia las recuperó. Hoy tienen un sistema a medio camino entre el francés y el alemán: hay presunción de propiedad a favor del titular inscrito, pero refutable⁴³⁴

⁴³² THÉRY Ph. “La transmisión de la propiedad en el Derecho francés. Principios y cláusulas contractuales.” en ORDUÑA MORENO F.J. (codir) DE LA PUENTE ALFARO F., (codir.), MARTÍNEZ VELENCOSO L.M (coord.), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, pág. 150.

⁴³³ THÉRY P., *Sûretés et publicité foncière*, ed. PUF, 1998, ed. PUF, 1998, págs. 153-154.

⁴³⁴ También se ha preservado la organización administrativa: el registro se desenvuelve en la órbita judicial y no de la administración fiscal. Todo -la forma del contrato y la capacidad de las partes, por ejemplo- es absolutamente controlado no solo para que el contrato sea opinable frente a terceros sino porque la publicación implica presunción de propiedad, aunque no irrefutable. Por ello el sistema de Alsace-Moselle queda a medio camino entre el francés del resto de Francia y el alemán. Véase THÉRY Ph. “La transmisión de la propiedad en el Derecho francés. Principios y cláusulas contractuales” en ORDUÑA MORENO F.J. (codir) DE LA PUENTE ALFARO F., (codir.), MARTÍNEZ VELENCOSO L.M (coord.), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, pág. 154.

En la medida en que la *publicité foncière* exigía y exige el previo pago del impuesto, pueden inferirse las motivaciones fiscales del sistema, situadas a un nivel al menos similar al de las relacionadas con la conveniencia de desarrollar el comercio inmobiliario. Sin previo pago del impuesto, el documento no puede ser utilizado como prueba de la titularidad adquirida en el caso de que un tercero la reclame para sí; si se paga el impuesto, el documento es utilizable como prueba, aunque la publicidad del mismo no garantice por sí sola la titularidad del derecho, al propio tiempo que se dan al titular transcrito un arma de gran valor: la fecha relevante respecto de terceros es la de ingreso en el Registro y no la del documento. De este modo, entre adquirente sucesivos de un mismo enajenante no se prefiere al primer adquirente sino al primero que haya publicado la adquisición –artículo 30.1 del Decreto de 4 de enero de 1955-. Los efectos, sin embargo, no operan entre adquirentes de diferentes enajenantes. No hay, por lo tanto, ninguna consecuencia paradójica, en el sentido expuesto por DE PAGE.

En todo caso, los conceptos de *publicité* y de *opposabilité* son propios del sistema francés de transmisión inmobiliaria y de los inspirados en él –especialmente el italiano-⁴³⁵. Tales sistemas se caracterizan porque los cambios de titularidad tienen lugar fuera del Registro, limitándose este a recibir, para publicar, los documentos que acreditan los negocios traslativos inmobiliarios, produciendo la publicación tan sólo los efectos de prioridad documental frente a terceros y de oponibilidad del documento no transcrito frente al transcrito, cuando ambos proceden del mismo transmitente, pero no en otro caso.

Probablemente, tal concepción de las nociones de *publicité* y de *opposabilité* ni siquiera sean del todo adecuadas para explicar la realidad del sistema francés de transmisión inmobiliaria, pero son totalmente perturbadoras cuando se recurre a ellas para explicar otros sistemas.

⁴³⁵ Así, por ejemplo, los conceptos de “*opposabilité ou inopposabilité*” no son conocidos en el Derecho inglés, según THÉRY Ph. “La transmisión de la propiedad en el Derecho francés. Principios y cláusulas contractuales” en ORDUÑA MORENO F.J. (codir) DE LA PUENTE ALFARO F., (codir.), MARTÍNEZ VELENCOSO L.M (coord.), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, pág. 149. En general, es una expresión propia de los registros de derechos, sino tan sólo de los registros de documentos.

Estas categorías no tendrían sentido alguno para explicar el sistema transmsivo inmobiliario alemán, por ejemplo, ni el papel que en el mismo desempeña el Registro de la Propiedad, por cuanto la función del mismo no consiste en publicar una realidad traslativa, sino en participar decisivamente en la configuración de esa realidad traslativa y, además, publicar titularidades, no títulos, por lo que los conceptos de publicidad y de oponibilidad, aplicados al sistema alemán, como veremos, no tiene el menor sentido, y, por eso, no se hace.

Lo mismo sucede cuando se utilizan tales categorías para explicar el sistema transmisivo inmobiliario español y el papel que en él desempeña la inscripción registral, mucho más próximos, como argumengaré, al modelo germánico que al francés. Este hecho es la causa principal de la falta de inteligencia adecuada sobre el sistema transmisivo inmobiliario español y el papel que en él mismo desempeña el Registro de la Propiedad.

El sistema francés supuso, por lo tanto, un gran avance en relación al sistema romano. En efecto, al vedar prácticamente la posibilidad de acciones dentro de una misma cadena traslativa, salvo mala fe, entendida como *consilium fraudis*, y al hacer inoponible los documentos que, formando parte de esta no fuesen publicados, el grado de protección de los adquirentes aumentó considerablemente, pues las posibilidades de que existiese un *verus dominus* situado fuera de la cadena no podían ser muchas, aunque no podía descartarse completamente.

9. Sistema alemán de transmisiones inmobiliarias a título oneroso: contrato abstracto traslativo e inscripción registral

9.1. Aproximación general

El sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria introducido por el Código civil *-Bürgerliches Gesetzbuch-* en Alemania busca la superación del conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario, inevitable en un entorno de contratación impersonal. Pretende que los derechos de propiedad sean, al propio tiempo, más líquidos y más seguros, de modo que sean más valiosos, facilitando así que el derecho de propiedad pueda cumplir la función que le es propia: posibilitar la utilización eficiente de un recurso escaso estimulando la realización de inversiones a largo plazo y facilitando su constante reasignación hacia quienes, en cada momento, demuestren hallarse en condiciones de hacer un mejor uso de ella.

Para ello, se deroga la regla de la reivindicabilidad ilimitada propia del Derecho común –con la consiguiente inversión de las reglas de protección de los derechos de propiedad respecto de las establecidas por aquel derecho-, lo cual se consigue mediante el establecimiento de un sistema registral con fe pública registral -concepto desconocido en el sistema francés, al igual que el de inoponibilidad es desconocido en el Derecho alemán⁴³⁶-. Ello exige una implicación plena del Estado en el proceso transmisivo mediante la institución creada al efecto, el Registro de la Propiedad, y la configuración de la inscripción como un acto estatal⁴³⁷ y como eje del sistema transmisivo.

⁴³⁶ WINTGEN R., *Étude critique, de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, ed. L.G.D.J, Paris, 2004, págs. 2 y 3.

⁴³⁷ VON THUR A., *Teoría general del Derecho civil alemán*, Vol. II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 274. En el mismo sentido WOLFF, *Derecho de cosas*, en el *Tratado de Derecho Civil*, ENNECCERUS L., KIPP TH. y WOLFF M, T. III, 1º. Traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1971, pág. 226.

Ello, a su vez, permite que el Estado pueda resolver al mercado una de las principales dificultades para contratar, esto es, la identificación del propietario o persona con poder de disposición sobre el bien inmueble que se desea adquirir, así como la de las cargas recayentes sobre el mismo con rango preferente al derecho del eventual adquirente y, en su caso, las causas de resolución del derecho de su *tradens* que podrían afectarle, eventualmente, de modo que se eliminan las asimetrías informativas sobre estos atributos del bien y, en consecuencia, la necesidad de la tan temida *probatio diabolica* propia de todo sistema en el que el Estado no asuma la responsabilidad de determinar *ex ante* tales extremos.

Como afirma HATTENHAUER, el abandono del sistema causal en el *Bürgerliches Gesetzbuch* se debe a una razón muy práctica, y no solo a un intento de justificar la teoría savigniana de la *traditio* como verdadero contrato: los liberales tenían claro que el intercambio mercantil se había intensificado grandemente como consecuencia de la creciente industrialización, de modo que podía haberse dispuesto de una cosa sin llegar si quiera a verla. La cadena de los anteriores propietarios y poseedores se hacía, así, cada vez más intrincada por lo que resultaba de día en día menos adecuado el derecho del poseedor material momentáneo como signo distintivo de la propiedad. En tal contexto, aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles.⁴³⁸

Tales problemas de prueba fueron detalladamente expuestos por IHERING⁴³⁹:

“Para la prueba de un derecho de propiedad adquirido derivativamente, se pueden distinguir dos elementos: la prueba del derecho de propiedad del transmitente y el hecho de la transmisión. Si la cosa ha pasado por varias manos, esta segunda prueba se multiplica tantas veces como sucesiones hayan existido. La primera prueba se remonta al nacimiento de la propiedad adquirida originariamente por el predecesor remoto. No es suficiente probar que la cosa ha sido entregada, pues la tradición como tal no transfiere más que la posesión: es necesario establecer que la tradición ha sido hecha

⁴³⁸ HATTENHAUER H. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, ed. Ariel, Barcelona 1987, págs. 54-55.

⁴³⁹ IHERING R. *L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Liv. II, 1ª part, tit 3º, T IV, pág. 204, Ed. Marescq, Paris 1886-1888.

*con intención de transmitir la propiedad. El acto del que resulta tal voluntad debe ser indicado y probado ¿a través de un contrato de compraventa? Será necesario probar además que se ha pagado el precio pues es condición necesaria de la transmisión. Si falta un eslabón se interrumpe la cadena. En una palabra, el que debe probar su derecho de propiedad debe escribir toda la historia de la cosa. La empresa será penosa y antes de emprender semejante aventura renunciará a la cosa. Por otro lado, si la transferencia de la propiedad no es más que ejecución de otro acto, las causas de nulidad que afecten a este acto, violencia, dolo, error, afectan igualmente a la transferencia, existiendo como único remedio la usucapión. La propiedad así organizada será todo menos práctica. El remedio más interesante para solventar estas dificultades es la separación analítica del elemento causa de la transmisión de la propiedad, tomando como modelo a la *mancipatio* y la *in iure cessio* romanas”.*

Esta concepción abstracta de la *traditio* en relación a las vicisitudes que afecten a su negocio causal solventa, en efecto, un grave problema para los terceros adquirentes: quedan inmunizados frente a todas las vicisitudes causales que afecten a cualquier negocio obligatorio de la misma cadena transmisiva, sin necesidad de esperar a la usucapión, pero, por abstracta que sea, la *traditio* requiere, para poder convertir en propietario al *accipiens*, que el *tradens* tenga *poder de disposición*, y el carácter abstracto de la *traditio* no sirve, por sí solo, para identificar al titular del poder de disposición sobre el inmueble.

Tampoco sirve la posesión, debido a la especial naturaleza de los inmuebles, la cual permite la coexistencia de una pluralidad de *iura in rem* sobre los mismos, no todos ellos susceptibles de posesión, en tanta mayor medida cuanto mayor sea la especialización productiva, lo que hace que la posesión de los mismos no siempre nos revele la identidad del dueño, ni se pueda dar a la posesión inmobiliaria el mismo alcance legitimador que a la posesión mobiliaria.

Para resolver este problema sin necesidad de tener que esperar a que transcurra el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, se precisa una intervención directa del Estado en el sistema transmisivo, mediante un Registro de la Propiedad dotado de fe pública registral, esto es, un sistema de transmisión registral.

9.2. La abstracción causal *inter tertios* y la posibilidad de neutralizarla mediante la *Vormerkung* o, en general, de un asiento de contradicción *-Widerspruch-*

Debido a estas razones, el *Bürgerliches Gesetzbuch* organiza un sistema transmisivo caracterizado por (1) la independización de los negocios jurídicos dispositivos, en las relaciones *inter tertios*, de las vicisitudes que puedan afectar a los negocios jurídicos obligatorios precedentes que les sirven de causa, (2) la innecesariedad conceptual de un negocio jurídico obligatorio precedente para que pueda transmitirse la propiedad mediante un negocio jurídico dispositivo, si bien, en la práctica, siempre suele haber un negocio jurídico obligatorio precedente y, (3) tratándose de inmuebles, la necesidad de inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad para que se produzca, incluso *inter partes*, el efecto traslativo. En el caso de los muebles, diversamente, no es necesaria la inscripción sino la entrega de la cosa.

Este esquema permite superar el conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario, conflicto que solo se da en un contexto de contratación impersonal. Es decir, se pretende que los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles sean, al tiempo, más seguros y más líquidos, y, en la medida en que este esquema se respeta, se consigue dicho objetivo. En efecto: (1) La identidad del titular la suministra el Estado mediante la inscripción. Ello se debe a que la inscripción está dotada de fe pública registral, no a que sea constitutiva *inter partes*, lo cual, a estos efectos, no es decisivo. (2) Las vicisitudes del negocio obligatorio precedente –cuya existencia no es necesaria, pero sí habitual- no afectan a los subadquirentes, debido a la abstracción *inter tertios* o separación del negocio dispositivo respecto del negocio causal, salvo que hayan sido objeto de prenotación *-Vormerkung-*, o, en general, de un asiento de contradicción *-Widerspruch-* en cuyo caso sí afectan a los terceros adquirentes, pero no sorpresivamente, pues la *Vormerkung* les permite conocer de antemano tales causas así como su alcance.

Pueden ser garantizadas mediante *Vormerkung*⁴⁴⁰ las pretensiones obligaciones que tienen por objeto una modificación jurídico-real susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad, excepto si son ilícitas. Tampoco se pueden garantizar mediante *Vormerkung* aquellas obligaciones que, pese a ser lícitas, presuponen una disposición sobre un derecho real que, por razones particulares, no es susceptible de inscribirse en el Registro de la Propiedad. La *Vormerkung* es constitutiva pero accesoria de la obligación garantizada.

Entre otros efectos, la *Vormerkung* produce la ineficacia relativa de los actos dispositivos que la contradicen: cada acto dispositivo posterior del propietario que contradiga la *Vormerkung* es ineficaz frente al acreedor protegido por la misma, por lo que el tercer adquirente no queda protegido por la fe pública registral. En otros términos, en relación a las pretensiones obligacionales garantizadas por una *Vormerkung* no hay abstracción *inter tertios*, sino lo que se podría denominar causalización y, por lo tanto, eficacia real de las mismas, sin que ello produzca asimetrías informativas en el mercado, pues las vicisitudes de lo negocios causales susceptibles de afectar a tercero son cognoscibles por éstos a través de la *Vormerkung*. En este sentido, la *Vormerkung* desempeña en el sistema alemán una función semejante a la que desempeñan las anotaciones preventivas en el sistema de la Ley Hipotecaria.

Partiendo de estas premisas, procederé a realizar una exposición crítica del sistema de transmisión inmobiliaria vigente en Alemania.

⁴⁴⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. *La transmisión de bienes inmuebles en Derecho alemán. Aspectos registrales*. ed. CORPME, 2004, págs. 159-190. El *Bürgerliches Gesetzbuch* regula la *Vormerkung* en los párrafos 883 a 888. Pueden ser garantizadas mediante *Vormerkung* tanto las pretensiones condicionales como las futuras. Algunos autores defienden la necesidad de limitar que las pretensiones futuras puedan ser garantizadas mediante una *Vormerkung*, porque de otro modo se generaría una insoportable inseguridad en el tráfico jurídico-registral. En el caso de pretensiones condicionales no se presenta este problema, puesto que exigen un negocio jurídico ya concluido, cuyos efectos están vinculados a determinados presupuestos. Además, permiten superar los inconvenientes que presenta para el tráfico jurídico la prohibición de que la *Auflassung* -acuerdo abstracto traslativo en el caso de inmuebles- se someta a condición o término -párrafo 925.2 del *Bürgerliches Gesetzbuch* -.

9.3. Negocio obligatorio, negocio dispositivo e inscripción

Por lo que se refiere al negocio jurídico obligatorio –v.gr. compraventa—, como afirma CUENA CASAS, no es que sea necesario pero insuficiente para que se produzca la mutación jurídico-real, tal y como sucede en los sistemas que acogen la teoría del título y el modo, sino que, en el *Bürgerliches Gesetzbuch*, ni siquiera es necesario⁴⁴¹, al menos conceptualmente.

La razón hay que buscarla en que, a diferencia del sistema francés, que es una evolución del sistema romano de transmisión mediante *traditio* precedida de una *iusta causa*, el sistema alemán es concebido como una derivación de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* romanas, concebidas, a su vez, como sistemas transmisivos independientes de la existencia de una justa causa precedente.⁴⁴² Si el negocio obligatorio precedente llegara a faltar no sería nula la transmisión operada por el acuerdo abstracto traslativo –*Auflassung*- seguido de la inscripción- *Eintragung*- en el caso de inmuebles o por dicho acuerdo –que en los demás casos recibe el nombre de *Einigung*-, seguido de la entrega –*Übergabe*- en el caso de muebles-.

Ello es así porque lo que caracteriza al sistema alemán es la separación conceptual entre negocio jurídico obligatorio y negocio jurídico dispositivo, lo que conlleva la abstracción del segundo respecto del primero en las relaciones *inter tertios*, pero no- lo que es preciso subrayar- en las relaciones *inter partes*, aun cuando la inscripción sea

⁴⁴¹ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 182-183.

⁴⁴² Esta idea aparece recogida claramente en IHERING:” *En materia de transmisión de la propiedad la causa es un elemento constitutivo del acto mismo, es el elemento que imprime al acto su carácter propio; en una palabra, es una parte fundamental de la fisonomía jurídica del acto. Si este elemento no aparece expresamente definido es necesaria una investigación especial para descubrirlo. Sin embargo, una circunstancia, una sola, debe ser investigada para apreciar la transferencia de la propiedad: que la intención de las partes era operar dicha transmisión. La *mancipatio* y la *in iure cessio* muestran, aislada absolutamente de toda mezcla de obligación, la pura voluntad de transferir la propiedad. Para juzgarla no es necesario acudir al Derecho de obligaciones. Son dos actos que se mueven exclusivamente en el terreno de la teoría de la propiedad, de los puros modos de adquisición. La utilidad práctica de la separación de la transmisión de su causa se centra en la simplificación de la prueba de la *reivindicatio* ya que la causa no se cuestiona en el proceso vindicatorio ni en cuanto a la prueba principal ni en cuanto a la prueba contraria. La causa genera una acción personal — dirigida contra quien ha recibido la cosa para que se retransfiera la propiedad”.* IHERING. *L’esprit du Droit Romaní dans les diverses phases de son développement*. Paris, Ed. Marescq, 1886-1888. Liv.II, 1ª part. tit. 3, T.IV, pág. 204.

constitutiva *inter contrahentes*, por virtud de lo dispuesto en el párrafo 812 del *Bürgerliches Gesetzbuch* 443

En efecto, *inter contrahentes*, las vicisitudes del negocio obligatorio afectan a la eficacia del negocio dispositivo. Sea real o personal –*condictio*– la acción que ejercite el *tradens* contra el *accipiens*, este está obligado a la restitución de la cosa en los casos de ausencia de causa o de nulidad del negocio obligatorio.⁴⁴⁴

La abstracción del negocio dispositivo respecto del obligatorio se percibe cuando aparece un tercer adquirente, es decir, en las relaciones *inter tertios*. En la medida en la que (1) tal abstracción se mantenga en tales relaciones, (2) en la que, para que la misma opere, se requiere la inscripción de la adquisición efectuada en virtud del acuerdo traslativo- *Eintragung*-, y (3) en la medida en la que para que una vicisitud causal pueda afectar al tercer adquirente se requiere que la misma conste en el Registro – *Vormerkung*⁴⁴⁵- queda eliminada la dificultad de la *probatio diabolica*. En efecto, la identidad del titular la suministra la inscripción y, conocida esta, en virtud de la abstracción *inter tertios* operada por la inscripción, no hay que preocuparse por las vicisitudes que puedan afectar a los negocios obligatorios precedentes que sirvieron de

443 Dispone el párrafo 812 del *Bürgerliches Gesetzbuch*: " *Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa de este, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico. Como pretación vale también el reconocimiento de la existencia o de la no existencia de una relación obligatoria realizada por contrato* ".

444 CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 198. Como veremos, sucede lo mismo en el Derecho español. La única diferencia real radica en que el *Bürgerliches Gesetzbuch* requiere explícitamente la inscripción para que se produzca la transmisión *inter partes*, mientras que el Código Civil no la requiere, aunque, como veremos, sólo *aparentemente*.

445 La *condictio* puede dar lugar a la restitución. Tratándose de inmuebles, como señala GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario registral o hipotecario*, T.I, ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 384 y 385, " *en relación con esta acción de restitución, y sin negar su carácter estrictamente personal u obligacional, existe ciertamente una importante especialidad que es la posibilidad de practicar una anotación preventiva de acción de restitución –Vormerkung-. Con dicha anotación se permite al transmitente que ejercita la acción de restitución contra el adquirente, por vicios del negocio obligacional, la anotación de dicha demanda en el Registro, en cuyo caso, la misma afectará a los sucesivos adquirentes de la finca. A través de esta anotación hay una cierta comunicación de los efectos frente a terceros del negocio obligacional* ". En realidad, por la vía de la *Vormerkung* se excepciona la abstracción *inter tertios* del sistema, sin que ello de lugar a asimetrías informativas en el mercado inmobiliario, pues el tercer adquirente conoce *ex ante* la existencia de las causas de resolución del derecho de su *tradens* sin que puedan alcanzarles causas distintas que no hayan sido objeto de *Vormerkung*. Sobre la *Vormerkung* en Derecho alemán puede verse MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, 2004, págs. 159-181.

causa al acuerdo abstracto traslativo, pues si no han sido objeto de *Vormerkung*, no afectan al tercer adquirente, el cual queda inmunizado frente a ellas.

En relación a la función de la inscripción en el sistema transmisivo, debe resaltarse que el hecho de que sea explícitamente constitutiva *inter partes* es irrelevante a estos efectos. Lo esencial es que, sin inscripción, no hay abstracción en las relaciones *inter tertios* y que, para que deje de haberla, la vicisitud causal pertinente debe constar en el Registro de la Propiedad. En otros términos, si la inscripción no fuese explícitamente constitutiva *inter partes* en el sistema alemán, su función dentro del tráfico jurídico y su efectividad dentro del mismo serían exactamente las mismas. Comprender este extremo resulta esencial no solamente para entender el sistema alemán de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y la función de la inscripción dentro del mismo, sino también para entender el sistema español de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y la función de la inscripción dentro del mismo.

Una diferencia importante entre los sistemas alemán y español, derivada de la abstracción - diferencia, sin embargo, más aparente que real-, consiste en que, en Alemania, al menos teóricamente, si el tercero conoce la ilicitud del negocio obligatorio, no deviene tercero de mala fe, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, según la interpretación dominante de doctrina y jurisprudencia, pues la relación causal no afecta al acto traslativo. En consecuencia, como afirma CUENA CASAS⁴⁴⁶, la abstracción no

⁴⁴⁶ Sostiene CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, pág. 199, que no se produce con la abstracción una alteración en el concepto de buena fe sino una reducción de los supuestos de ausencia de titularidad, de modo que los terceros que conozcan el vicio de la causa jurídica no necesitan invocar los preceptos de la fe pública registral –parágrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch* - ya que han adquirido de quien tenía poder de disposición y quería transmitir. En cambio en la concepción causal, el conocimiento de la nulidad del título del transmitente genera mala fe –pues implicaría conocimiento de la falta de titularidad del transmitente- y ni siquiera podría invocar los parágrafos 892 o 932 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Ciertamente, en un sistema causal dotado de fe pública registral el conocimiento de la ilicitud del negocio dispositivo precedente destruye la buena fe del adquirente e impide que quede protegido por la fe pública registral. Su desconocimiento le protege, pero ello no genera, como veremos, una adquisición *a non domino* –a pesar de ser esta la opinión más ampliamente extendida-, a diferencia de lo que sucedería en un sistema de transmisión abstracta. El adquirente está adquiriendo *a domino* porque está adquiriendo del titular registral, es decir, del titular reconocido como tal por el Estado mediante la inscripción y, cuando inscribe, la inscripción no produce una adquisición *a non domino* sino una transformación de la regla de protección del derecho adquirido –que pasa a estar protegido frente a las vicisitudes causales precedentes por una regla de propiedad en lugar de por una regla de responsabilidad- y la correlativa inversión de las reglas de protección del perjudicado por la ilicitud causal –que pasa de estar protegido frente a terceros adquirentes por una regla de propiedad para estarlo por una regla de responsabilidad-. Al igual que sucede en el sistema

produce una alteración en el concepto de buena fe. Sencillamente, no se requiere en relación con el negocio obligatorio para que el negocio abstracto traslativo produzca la transmisión, al menos –insisto- teóricamente, porque, como afirma HECK⁴⁴⁷, la protección que se otorga a los que conocen el vicio en el negocio obligacional, es contraria a las buenas costumbres.

9.4. Sistema transmisivo inmobiliario y abstracción relativa en el *Bürgerliches Gesetzbuch*

Como sostiene FUENTESECA DEGENEFFE⁴⁴⁸, el negocio abstracto se compone de un negocio obligatorio –*Verpflichtungsgeschäft*– también denominado, en ocasiones, negocio causal por los propios autores alemanes– y de un negocio de disposición –*Verfügungsgeschäft*–. Son dos negocios diferentes. Del primero surgen obligaciones, pero no transmite la propiedad. Para que se produzca la transmisión de la propiedad es necesario un acuerdo específico con declaraciones de voluntad dirigidas a este fin: es el negocio de disposición, también denominado acuerdo abstracto traslativo– o *Einigung*, denominado *Auflassung*⁴⁴⁹ en el caso de los inmuebles–. En este caso, se requiere, además, la inscripción –*Eintragung*– para que la transmisión tenga lugar *inter partes* –párrafo 873 párrafo primero del *Bürgerliches Gesetzbuch* –.⁴⁵⁰ Por ello, se afirma que la inscripción es constitutiva.

abstracto, quien adquiere del titular registral está adquiriendo de quien tiene poder de disposición y quiere disponer.

⁴⁴⁷ HECK Ph., *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tubinga, 1937, traducción de Gómez Valenzuela revisada por Lacruz Berdejo, en RCDI, 1965, pág. 465. Por esta vía se llega a los mismos resultados que por la de la exigencia de buena fe en el sistema causal con fe pública registral, por lo que la diferencia entre ambos sería más aparente que real.

⁴⁴⁸ FUENTESECA DEGENEFFE C., *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*. ed. Reus, Madrid, 2012, págs. 28 ss,

⁴⁴⁹ Según DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 203. es suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad, la *Auflassung* (“*dimissio possessionis*”), concebida como la conformidad o acuerdo (“*Einigung*”) entre el propietario y el adquirente, sobre el paso de la propiedad del uno al otro.

⁴⁵⁰ Dispone el paragrafo 873 párrafo primero del *Bürgerliches Gesetzbuch*: “*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*

No obstante, no hay que olvidar que el *Bürgerliches Gesetzbuch* regula en el párrafo 185⁴⁵¹ la *Kettenuflassung* o disposición en cadena – que incluye los actos dispositivos realizados por adquirentes que no han inscrito su derecho antes de disponer del mismo-, lo que significa que existe un cierto número de adquirentes que, por las razones que fueren, tras la *Auflassung*, no solicitan la *Eintragung*. Sería el equivalente, en el ámbito inmobiliario, a la reanudación del tracto sucesivo interrumpido del sistema español –artículo 199 de la Ley Hipotecaria–.

Como afirma CUENA CASAS, aunque el significado de la *Auflassung* ha ido variando a lo largo del tiempo, parece que, en el sentido en el que la emplea el *Bürgerliches Gesetzbuch*, si bien la *Auflassung* es conceptualmente distinta de la inscripción, no es más que un *præius* necesario para la misma.⁴⁵²

La abstracción significa que el negocio dispositivo carece de causa específica y que, además, se halla desconectado del negocio obligatorio, de modo que, al menos en principio, las causas de invalidez e ineficacia del negocio obligatorio no afectan a la

de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación en el Registro, en tanto la ley no ordene otra cosa”. Según Pau Pedrón quedan excluidos de la exigencia de inscripción (a) los actos estatales, como la adjudicación en juicio ejecutivo o la expropiación; (b) los actos producidos por ministerio de la ley, como la sucesión hereditaria; (c) determinados actos especiales, como el del párrafo 2.033, modificado por la *Beurkundungsgesetz* de 1969, según el cual: “Cada coheredero puede disponer de su cuota en el caudal relicto. El contrato por el cual un heredero dispone de su cuota necesita ser documentado notarialmente”. Y el párrafo 1416, reformado por la *Gleichberechtigungsgesetz* de 1957, según el cual:” *El patrimonio del marido y el de la mujer se convierten, por la comunidad universal de bienes, en patrimonio común de ambos cónyuges. Los objetos singulares se hacen comunes sin que sea necesaria una transmisión por negocio jurídico*”.

En los demás casos, se requiere la inscripción para la eficacia *inter partes* de la mutación jurídico real – inscripción constitutiva–, PAU PEDRÓN A. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*. En *La publicidad registral*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pág. 73.

Para los bienes muebles basta con acuerdo abstracto traslativo y entrega, de acuerdo con el párrafo 929 del *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁴⁵¹ Establece el párrafo 185 del *Bürgerliches Gesetzbuch*:

“Disposición mediante una persona no autorizada: Una disposición que afecte a un objeto, hecha por una persona sin título, si está hecha con la aprobación de la persona titular, es válida. La disposición es válida si el titular la ratifica, o si la persona que dispone del objeto lo adquiere, o si es heredado por el titular y es responsable, sin limitaciones, de las obligaciones del caudal relicto. En los dos últimos casos, si se han hecho varias disposiciones incompatibles que afectan al objeto sólo es efectiva la primera disposición”.

⁴⁵² CUENA CASAS M., *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996. págs. 208-209.

validez o eficacia del negocio dispositivo. Es el denominado principio de separación o *Trenungsprinzip*.⁴⁵³

Esta desconexión entre ambos negocios no es, sin embargo, tan estanca como parece pues, conforme al parágrafo 812 del *Bürgerliches Gesetzbuch* cabe la acción por enriquecimiento injusto, de alcance estrictamente personal –similar a la *condictio indebiti*⁴⁵⁴ romana– que obliga al adquirente a devolver lo adquirido sin fundamento jurídico, entendiéndose por tal la existencia de vicisitudes que afecten a la validez o eficacia del negocio obligatorio – y es preciso subrayar que la doctrina alemana suele utilizar las expresiones negocio jurídico básico o causal, cuando se refiere a este supuesto–. La abstracción no es, por ello, en el sistema alemán, “absoluta” sino “relativa”⁴⁵⁵

Tratándose de inmuebles, dicha acción puede alcanzar a terceros, mediante la práctica de la correspondiente *Vormerkung* –anotación preventiva– en el Registro de la Propiedad⁴⁵⁶ o aún sin ella, en los supuestos del parágrafo 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch* –adquirentes a título gratuito–⁴⁵⁷. FUENTESECA DEGENEFFE C. pone, además, diferentes ejemplos de la práctica negocial y jurisprudencial alemanas, de los que resulta que las partes, en uso de la autonomía de su voluntad, pueden dotar de

⁴⁵³ FUENTESECA DEGENEFFE C., *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*. ed. Reus, Madrid, 2012, pág.56.

⁴⁵⁴ Como señala D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1968, parágrafo 136, especialmente, págs. 405 y 406, en las *datationes ob causam* fallaba la causa remota de la *datio* y procedía la *condictio* por producirse con ello la falta de causa para retener la propiedad –*causa retinendi*–. En estos casos, no procedía la acción reivindicatoria sino la *condictio indebiti*. A diferencia de la acción reivindicatoria, la acción de alcance real por excelencia, la *condictio indebiti* tenía un alcance exclusivamente *in personam*. La *condictio* puede dar lugar a la restitución. En realidad, por la vía de la *Vormerkung* se excepciona la abstracción *inter tertios* del sistema, sin que ello de lugar a asimetrías informativas en el mercado inmobiliario, pues el tercer adquirente conoce *ex ante* la existencia de las causas de resolución del derecho de su *tradens* sin que puedan alcanzarle causas distintas que no hayan sido objeto de *Vormerkung*.

⁴⁵⁵ DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 290, distingue entre abstracción absoluta, que tiene lugar cuando la validez del negocio abstracto implica la absoluta firmeza de sus efectos, y la abstracción relativa que tiene lugar cuando el negocio se considera válido sin atender a su causa, pero se procura remediar sus posibles resultados injustos, concediendo a la parte perjudicada una acción por enriquecimiento injusto.

⁴⁵⁶ Sobre la *Vormerkung*, véase MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*. ed. CORPME, 2004, págs. 163 ss.

⁴⁵⁷ Como señala FUENTESECA DEGENEFFE C.- *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*, ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 95-, ello indica que los adquirentes a título gratuito no se hallan tan protegidos como en otros ordenamientos jurídicos.

relevancia al negocio obligatorio sobre el dispositivo, aspecto este que, en opinión de esta autora, contiene la clave para concluir que los ordenamientos español y alemán no se encuentran tan alejados como se pudiera deducir de un análisis superficial de la cuestión. 458.

Con independencia del concepto de negocio abstracto, la distinción entre negocio obligatorio y negocio dispositivo conlleva que el negocio obligatorio no requiere *ius disponendi* –*Verfügungsbefugnis*– en el transmitente, pero sí lo requiere el negocio dispositivo, de modo que un no legitimado podría obligarse mediante un contrato de compraventa⁴⁵⁹ al igual que sucede en el Derecho español, en el que el Tribunal Supremo, tras no pocas vicisitudes, ha reconocido la validez de la venta de cosa ajena – véanse, entre otras, las fundamentales sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007– como venía reclamando un sector de la doctrina, a diferencia del sistema francés en el que la transmisión *solo consensu* impide la validez de la venta de cosa ajena. 460

⁴⁵⁸ FUENTESECA, *Ibidem*, págs. 103-126, plantea la cuestión de si los contratantes pueden, en uso de su autonomía de voluntad, unir negocio causal y negocio dispositivo de modo que las vicisitudes del negocio causal afecten al dispositivo. Se trata de concretar si los partícipes en el negocio pueden o no utilizar las siguientes posibilidades: 1.-El establecimiento de una condición que haga depender la eficacia del negocio de disposición de la eficacia del negocio causal; 2.-Si pueden o no utilizar el parágrafo 139 del *Bürgerliches Gesetzbuch* y que, por la sola voluntad de los interesados, se reúnan en un negocio unitario el negocio causal y el de disposición.

Por lo que concierne a la condición en materia de inmuebles, el parágrafo 925 del BGB no permite que se someta la *Auflassung* a condición ni a término, aunque sí la *Einingung* dirigida constituir o transmitir gravámenes sobre inmuebles. Lo cual significa que, en Alemania, en el caso de inmuebles, no sería posible la venta con reserva de dominio, pero sí tratándose de muebles. Ello ha dado lugar a diferentes fórmulas en la práctica para garantizar el pago del precio: 1.- Que en la declaración de *Auflassung* las partes indiquen al notario que interponga la solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad una vez que se haya demostrado el pago del precio. 2.- Que las partes establezcan una condición resolutoria únicamente sobre el negocio obligatorio, es decir, sobre el contrato de compraventa. La condición se referiría a la falta de pago del precio. De ello surge una pretensión sobre la devolución de la transmisión –*Rückauflassung*–, que aseguran mediante una *Vormerkung* o anotación preventiva. 3.- Que el vendedor asegure su pretensión sobre el precio de modo real mediante una simultánea inscripción de una hipoteca que se denomina *Restkaufgeldhypothek* o hipoteca del resto del dinero de compra, de modo que la petición de inscripción de la transmisión de propiedad al comprador se establece con la disposición de que esta inscripción no debe producirse sin la inscripción de la hipoteca.

Por lo que se refiere al parágrafo 139 del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone: “Nulidad parcial. Si una parte del negocio es nulo, será nulo todo el negocio jurídico, cuando no deba presumirse que se quiso también sin la parte nula”. Según esta autora, con base en este parágrafo la jurisprudencia reconoce que la autonomía de la voluntad pueda reunir en un negocio unitario el negocio causal y el de disposición, lo que supone un alejamiento del principio de abstracción.

⁴⁵⁹ FUENTESECA, *Ibidem*, págs. 63-66. Afirma también esta autora, que en los negocios obligatorios no rige el principio de especialidad, pero sí en los causales, de modo que varios objetos pueden formar el contenido de un único negocio obligatorio, pero que sobre cada singular objeto debe adoptarse una disposición.

⁴⁶⁰ Por todos, véase CUENA CASAS M., *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.

En materia mobiliaria, la exigencia de buena fe por el parágrafo 932 del *Bürgerliches Gesetzbuch*—implica un debilitamiento de la abstracción⁴⁶¹, pues, mediante ella, se abre la puerta a que las vicisitudes que afecten al negocio obligatorio puedan proyectar sus efectos sobre el negocio dispositivo, como sucede en los sistemas causales. A ello hay que añadir que, si bien dicho parágrafo no es aplicable a las adquisiciones inmobiliarias, el parágrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch* exige, en relación a estas últimas, para que el adquirente quede protegido, que no conozca la inexactitud registral, en caso de haberla. La separación entre negocio obligatorio y negocio dispositivo no es, pues, en Derecho alemán, un principio absoluto.

A mayor abundamiento, como observa FUENTESECA DEGENEFFE⁴⁶², los negocios obligatorios —componentes del negocio abstracto— son mayoritariamente causales.

Si el negocio obligatorio es mayoritariamente causal y, a su vez, por una u otra vía, sus vicisitudes pueden proyectarse sobre la eficacia del negocio dispositivo, el principio de abstracción del Derecho alemán hay que tomárselo con el grado de relatividad que le es propio —*abstracción relativa*—.

Como he expuesto, en el ámbito de las transmisiones inmobiliarias, la vía de *causalización* del negocio jurídico dispositivo, o, si se prefiere, de proyección de las vicisitudes del negocio jurídico obligatorio sobre el negocio dispositivo, con efectos, incluso, frente a terceros, es la denominada *Vormerkung* y, en general, del asiento de contradicción o *Widerspruch*.

⁴⁶¹ FUENTESECA DEGENEFFE C. *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*, ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 128.

⁴⁶² *Ibidem*, pág. 64.

9.5. El procedimiento jurídico dispositivo en el ámbito inmobiliario: El acuerdo abstracto traslativo – *Einigung*- y la inscripción – *Eintragung*-

En el ámbito inmobiliario, el procedimiento jurídico dispositivo es, pues, un procedimiento jurídico complejo que requiere la concurrencia del acuerdo abstracto traslativo o *Auflassung* –denominación de la *Einigung*, cuando se trata de transmisión de inmuebles⁴⁶³- e inscripción –*Eintragung*- en el Registro de la Propiedad. La conjunción de ambos elementos produce la transmisión del derecho de propiedad sobre la finca.

9.5.1. El acuerdo abstracto traslativo: *Einigung*, denominada *Auflassung* en el caso de los inmuebles

La *Auflassung*, en cuanto negocio dispositivo, exige dos declaraciones de voluntad: por un lado, la del transmitente declarando su voluntad de transmitir la propiedad al adquirente; por otro, la del adquirente, manifestando su voluntad de adquirir la propiedad⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Como afirma CUENA CASAS M., *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, ed. Bosch, 1996. págs. 208-209, la *Auflassung* es un tipo de *Einigung* que se caracteriza por su solemnidad, pues constituye una declaración de voluntad de transmitir realizada ante el Registrador. Aunque el significado de la *Auflassung* ha ido variando a lo largo del tiempo, parece que en el sentido en el que la emplea el *Bürgerliches Gesetzbuch*, si bien la *Auflassung* es conceptualmente distinta de la inscripción, no es más que un *præ* necesario para la misma.

⁴⁶⁴ No puede someterse a condición ni a término; si se somete es nula la *Auflassung* en su totalidad. En el procedimiento de inscripción siempre ha sido discutida la prohibición de someter a término o a condición la *Auflassung*, puesto que en el tráfico de bienes inmuebles existe la necesidad práctica de pactar una reserva de dominio, como en el tráfico de bienes muebles. Como hemos visto, ello se puede conseguir mediante una *Vormerkung*, que puede garantizar obligaciones condicionales y aún futuras.

Si, no obstante, se lograra inscribir en el Registro, podría subsanarse mediante una *Auflassung* posterior coincidente con el contenido de la inscripción, de acuerdo con el parágrafo 894 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, 2004, pág. 35.

Su función es la de suministrar el elemento intencional necesario para que opere toda transmisión⁴⁶⁵, sin el cual esta no puede tener lugar, pero, por sí sola, no basta para producir el nacimiento o la transmisión del derecho real, para lo cual se requiere, además, la inscripción-*Eintragung*- por regla general⁴⁶⁶. Tampoco incluye la solicitud de inscripción -*Antrag*- ni el consentimiento para la inscripción -*Bewilligung*-.

No genera ningún tipo de obligación de transmitir, pues esta surge del negocio obligacional -v.gr. compraventa-, que subyace a la transmisión. Por ello, si el obligado causal no presta el consentimiento para la inscripción, no procede invocar el acuerdo traslativo sino el negocio obligatorio subyacente o causal. Por lo tanto, la *Auflassung*, sin la inscripción, carece de todo efecto obligacional o -por sí sola- real.⁴⁶⁷ No basta, por sí sola, para que el encargado del Registro extienda la inscripción, sino que se requiere, además, que preste su consentimiento para la inscripción aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma. Se trata del denominado consentimiento formal - *Bewilligung*-.

En el proceso transmisivo se requieren, por lo tanto, como afirma CUENA CASAS⁴⁶⁸, tres consentimientos:(1) El que las partes prestan con ocasión del negocio

⁴⁶⁵ CUENA CASAS M., *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, ed. Bosch, 1996, pág. 203.

⁴⁶⁶ La conjunción de ambos requisitos solamente es necesaria para las mutaciones jurídico-reales inmobiliarias derivadas de un negocio jurídico *inter vivos*. No requieren acuerdo ni inscripción, la adquisición de bienes inmuebles por herencia, o por adjudicación en subasta. Incluso, algunas modificaciones por negocio jurídico tampoco requieren bien el acuerdo, bien la inscripción. Así: (a) En lugar de acuerdo, es suficiente una declaración unilateral de voluntad para constituir un derecho sobre finca propia. Es el caso de la denominada hipoteca de propietario. (b) En lugar de inscripción es suficiente la forma escrita en la transmisión a gravamen de derechos de garantía con cédula. WOLFF, *Derecho de cosas*, en el *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M., T. III. 1º, traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. ed. Bosch, Barcelona 1971, pág. 223.

⁴⁶⁷ En este sentido CUENA CASAS M., *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 203-204. La *Auflassung* es un concepto artificioso, refinadamente elaborado, donde se manifiesta de forma patente el alambicamiento técnico del legislador alemán, pues su función no es otra que la de coadyuvar a la abstracción del sistema.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pág. 204. No hay acuerdo en configurar la *Einigung* como contrato porque no produce por sí misma los efectos deseados. Según VON THUR A, *Teoría General del Derecho alemán*, vol. II,1, Buenos Aires, ed. Depalma, 1947, pág. 274: “ambos elementos -acuerdo e inscripción- están coordinados entre sí y son igualmente esenciales para el efecto jurídico; en particular, el acto estatal no convalida los vicios del acto privado. Al *factum* que resulta de ambos, se le considera en su conjunto un negocio jurídico, pues el elemento motor y determinante es la voluntad de la parte que configura el derecho; frente a ella, la intervención del funcionario aparece como una cooperación y auxilio para alcanzar su propósito”.

obligacional y que, por la abstracción del sistema, queda conceptualmente fuera del proceso transmisivo; (2) El que versa sobre la modificación jurídico-real –*Einingung*, denominada *Auflassung* cuando se trata de transmisión de inmuebles- y (3) El denominado consentimiento formal –*Bewilligung*-, del titular tabular, sobre el que en realidad parece reposar la mutación jurídico-real, pues es el que permite la modificación del asiento en favor del adquirente, momento en el que se produce la mutación jurídico-real y no antes. Este es, además, el consentimiento relevante para el Encargado del Registro.

Por todo ello, no parece que la *Auflassung* tenga sustantividad propia y, por ello, se agrupa con la inscripción para configurar, a partir de ambos, el negocio de disposición.

Por otra parte, la celebración del acuerdo traslativo, si bien requiere poder de disposición en el enajenante⁴⁶⁹, no implica que quede limitado en su poder de disposición; tampoco despliega efectos frente a terceros, sino que simplemente vincula a las partes intervinientes en el negocio⁴⁷⁰.

Ello plantea, entre otros, el problema de qué sucede, si una vez celebrada una *Auflassung*, el transmitente celebra otra posteriormente con persona distinta que presenta antes que la primera solicitud de *inscripción* –*Antrag*- en el Registro.

La respuesta a esta cuestión la abordaré posteriormente. Antes, es preciso acabar de exponer, si quiera sea someramente, los pasos necesarios para que la transmisión se consume, esto es, para obtener la inscripción o *Eintragung*.

⁴⁶⁹ ZUMALACÁRREGI MARTÍN-CÓRDOVA T, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, ed. CORPME, Madrid, 1977, pág. 179.

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO L.M, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, pág. 19.

9.5.2. Inscripción en el Registro de la Propiedad *-Eintragung-*

A los efectos de este estudio, es importante resaltar que la inscripción es un acto de soberanía *-Hoheitsakt-*,⁴⁷¹ lo que es decisivo para entender la naturaleza del sistema alemán de constitución, transmisión, modificación y extinción de *iura in rem* inmobiliarios. La inscripción contiene una declaración del Estado sobre la identidad del propietario, es decir, sobre la identidad de la persona a quien reconoce como tal, una declaración que no es definitiva porque puede ser impugnada, si bien con nulas posibilidades de éxito si el titular según la inscripción reúne todos los requisitos para ser protegido.

La exigencia de la inscripción como requisito para la eficacia *inter contrahentes* de la transmisión inmobiliaria *inter vivos -Anderungswirkung-* tan característica del sistema inmobiliario alemán⁴⁷² no es, sin embargo, tan relevante como puede parecer a primera vista. De hecho, si no existiera tal exigencia explícita, no se produciría ninguna consecuencia relevante, pues el efecto fe pública registral, acompañado del efecto legitimador, conduciría a los mismos resultados.

En efecto, desde la perspectiva del tercer adquirente, el titular registral es el titular, y el adquirente de buena fe de un titular registral que no inscribiera el derecho adquirido negocialmente correría el riesgo de que el titular registral volviera a disponer de él y de que un segundo adquirente inscribiera antes que él, apropiándose del derecho, problemas que se plantean igualmente con la inscripción constitutiva *inter contrahentes*. Inversamente, a pesar de la inscripción constitutiva y de la separación entre negocio obligacional y real, si el tercer adquirente conoce alguna causa de resolución del derecho de su *tradens* registral, la fe pública registral podría no protegerle, no por carecer de buena fe, como en el sistema español, sino por ser contrario a las buenas costumbres, como expuse anteriormente, lo que viene a ser un circunloquio exigido por la

⁴⁷¹ *Ibidem*. WOLFF, *Derecho de cosas*, en el *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M., T. III. 1º, traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. ed. Bosch, Barcelona 1971, pág. 226.

⁴⁷² Si bien no exclusiva –también lo exigen, entre otras, los sistemas austriaco, suizo o brasileño– ni omnicompreensiva, pues no se exige para todos los casos, como he expuesto anteriormente.

consistencia interna del sistema, pero que, en realidad, equivale a la ausencia de buena fe en el sistema español.⁴⁷³.

En el Derecho alemán -y, a mi juicio, también en el sistema español, como argumentaré más adelante-, el titular registral sigue teniendo el poder de disposición mientras el adquirente no inscriba, pues mientras ello no suceda, sigue siendo el titular reconocido como tal por el Estado. Lo que extingue su poder de disposición no es el haber dispuesto sino que el adquirente haya sido reconocido como nuevo titular por el Estado, aceptando la inscripción de su adquisición. Por ello, mientras la inscripción no se produzca, los actos de disposición del titular registral estarán protegidos por una regla de responsabilidad –que incluirá, en su caso, la acción penal-, pero no por una regla de propiedad, a favor del adquirente. Es el reconocimiento de la adquisición por el Estado a través de la inscripción –que es, no se olvide, un *acto de soberanía* o *estatal*- el que extingue el poder de disposición, porque, a partir de ese momento, el derecho adquirido negocialmente queda protegido por una regla de propiedad.

Para que la inscripción tenga lugar, se requiere, en primer lugar, que haya una solicitud de inscripción –*Eintragungsantrag*- y, en segundo lugar, que se preste el consentimiento para la inscripción –*Eintragungsbewilligung*- por el perjudicado por ella.

9.5.2.1. La solicitud de inscripción

La solicitud de inscripción requiere un escrito *ad hoc*, aunque también puede formularse en el acuerdo traslativo o al formular el consentimiento para la inscripción, si

⁴⁷³ En efecto, el conocimiento de las causas de resolución del negocio causal es irrelevante para la protección del tercero, dada la separación entre el negocio obligacional y el real y la abstracción del segundo en relación al primero en las relaciones *inter tertios*. El recurso a las buenas costumbres no es sino un recurso retórico para evitar que se produzca un resultado indeseado.

bien no es lo usual. Es una consecuencia del denominado principio de rogación o *Antrangsgrundsatz*⁴⁷⁴.

El derecho a solicitar la inscripción –*Antragsrecht*- corresponde al receptor de la *Auflassung*, resulta de la misma y no puede ser excluido, limitado o transmitido a un tercero, sin que su titular haya renunciado a los derechos que resultan de la misma.⁴⁷⁵ También corresponde, según resulta del parágrafo 13 de la *Grundbuchordnung* a “*todo aquel cuyo derecho quede perjudicado por la inscripción o resulte beneficiado por la misma*”.⁴⁷⁶

9.5.2.2. El consentimiento para la inscripción

El consentimiento para la inscripción –*Eintragungsbewilligung*- es un acto jurídico distinto e independiente tanto del negocio obligacional –*Kausalgeschäft* o *Verpflichtungsvertrag*- como del acuerdo traslativo –*Einigung* y, más específicamente, *Auflassung*-, si bien pueden contenerse en la misma declaración⁴⁷⁷. Consiuye la

⁴⁷⁴ Dicho principio tiene algunas excepciones: a.-Cuando se trate de inscripciones ilegales por su contenido, serán canceladas de oficio -parágrafo 53 de la *Grundbuchordnung*-. b.-Cuando se trate de inscripciones practicadas por orden de una autoridad -parágrafo 38 de la *Grundbuchordnung* -. c.- Si antes de la ejecución de la primera 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 -parágrafo 18, párrafo segundo *Grundbuchordnung*. d.-En los casos de los párrafos 45, 48, 51 y 52 de la *Grundbuchordnung*. PAU PEDRÓN A. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en La publicidad registral, ed. CORPME, 2001, págs. 64 y 65.

⁴⁷⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, pág. 20.

⁴⁷⁶ Además, como afirma PAU PEDRÓN A. “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, en *La publicidad registral*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pág. 66, el parágrafo 30 de la *Grundbuchordnung* admite, indirectamente, la solicitud mediante representante, y según el parágrafo 15 : “*Cuando la declaración requerida para hacer la inscripción sea documentada o autorizada por un Notario, se considerará a este como autorizado para solicitar la inscripción en nombre del legitimado para ello.*” No se puede hacer depender la inscripción solicitada de ninguna condición o término, pero sí de otra inscripción, de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo 16 de la *Grundbuchordnung* según el cual “(1) *No puede darse una solicitud de inscripción cuyo despacho se haga depender de una reserva. (2) Si se han solicitado varias inscripciones, el solicitante podrá manifestar que una de ellas no tenga efecto sin la otra*”.

⁴⁷⁷ El consentimiento para la inscripción no se puede hacer depender de condición, término o modo que no pueda ser comprobado con seguridad en el procedimiento registral. Se permite, sin embargo, subordinar

encarnación del denominado principio de consentimiento formal - *formelles Konsensprinzip*-. A él se refiere el parágrafo 19 de la *Grundbuchordnung* u Ordenanza Inmobiliaria, según el cual: “*Se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma*”. Debe constar en escritura pública, de acuerdo con el parágrafo 29 de la *Grundbuchordnung*⁴⁷⁸.

Como observa PAU PEDRÓN ⁴⁷⁹, surge en esta materia un antagonismo entre el Derecho material, con su principio de acuerdo traslativo, consagrado en el parágrafo 873 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, y el Derecho hipotecario formal, con su principio de consentimiento formal, consagrado en el parágrafo 19 de la *Grundbuchordnung*.

En efecto, el parágrafo 925.a del *Bürgerliches Gesetzbuch*, introducido por la Ley de 5 de marzo de 1953, dispone que “*la manifestación de una Auflassung solamente puede ser aceptada si el documento obligacional a que se refiere el apartado primero del parágrafo 313, se presenta o se redacta en el mismo momento*. El citado parágrafo 313 establece que “*el contrato por el cual una parte se obliga a transmitir la propiedad de una finca necesita la documentación judicial o notarial*.” Un contrato concluido sin observancia de esta forma es válido según todo su contenido si se realiza la *Auflassung* y la inscripción en el Registro. Por lo tanto, como subraya CUENA CASAS ⁴⁸⁰, la

su eficacia a la de otra inscripción, según el parágrafo 16.2 de la *Grundbuchordnung* así como la inclusión de condiciones y términos, cuyo cumplimiento se pueda comprobar en la forma del parágrafo 29 de la *Grundbuchordnung*. Véase MARTÍNEZ VELENCOSO L.M, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, pág. 107.

⁴⁷⁸ A diferencia de la solicitud de inscripción, el consentimiento para la inscripción no es revocable en cualquier momento. La determinación del momento exacto a partir del cual deviene irrevocable no es una cuestión pacífica en la doctrina alemana, pues depende de la posición adoptada sobre su naturaleza jurídica. En todo caso, con la presentación ante el encargado del registro de la escritura pública que contiene el consentimiento formal, este deviene irrevocable. De acuerdo con un amplio sector de la doctrina, el consentimiento formal deviene irrevocable cuando el original, duplicado o copia fehaciente de la escritura pública llega al ámbito de conocimiento del encargado del Registro o del inmediatamente beneficiado por aquel. En consecuencia, el que presta el consentimiento podrá revocarlo hasta ese momento. Toda esta argumentación presupone la aplicación de las normas jurídico-sustantiva al consentimiento para la inscripción. MARTÍNEZ VELENCOSO L.M, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, págs. 114-115.

⁴⁷⁹ PAU PEDRÓN A.” Panorama del sistema inmobiliario alemán”, En *La publicidad registral*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pág. 67.

⁴⁸⁰ CUENA CASAS M., *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 210-211.

inobservancia de la forma prescrita produce la nulidad del contrato -parágrafo 125 del *Bürgerliches Gesetzbuch* -, salvo que en la ejecución del negocio jurídico obligacional – nulo- se observe la forma jurídica real –acuerdo e inscripción en el Registro-. Es la llamada *convalidación por cumplimiento*.

Sin embargo, en virtud del principio de consentimiento formal, consagrado en el parágrafo 19 de la *Grundbuchordnung*, el Registro puede y debe practicar una inscripción solicitada en el momento en que el perjudicado consienta, sin tener que examinar si bajo este consentimiento subyace un acuerdo previo, salvo en los dos supuestos del parágrafo 20 de la *Grundbuchordnung*, –transmisión del dominio, y constitución y transmisión del derecho de superficie- que exigen la previa formulación del acuerdo real entre el titular y la otra parte contratante. Para los demás supuestos previstos en el parágrafo 873 del *Bürgerliches Gesetzbuch* -la constitución de un derecho real y la transmisión o gravamen de este-, hay que entender que podrán inscribirse con la sola presencia del consentimiento formal.⁴⁸¹

Si se extiende la inscripción sin la presentación del negocio causal, en los casos en que es necesaria, ello no acarrea la nulidad de la *Auflassung* ni de la inscripción sino solamente la responsabilidad del Registrador⁴⁸².

Esta discordancia entre las exigencias del *Bürgerliches Gesetzbuch* y de la *Grundbuchordnung* no es tan grave como pudiera parecer. Como afirma PAU PEDRÓN, la ley parte de la suposición, adquirida por larga experiencia práctica, de que el perjudicado por la inscripción solo prestará su consentimiento cuando subyazca un acuerdo previo⁴⁸³

⁴⁸¹ PAU PEDRÓN A. “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, En *La publicidad registral*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pág. 67. En todo caso, continúan afirmando, esta peculiar regulación legal implica una liberación o una descarga para el Registro, que queda eximido de apreciar la existencia y la eficacia del acuerdo. La seguridad y la exactitud se sacrifican en aras de la rapidez en la práctica de las inscripciones.

⁴⁸² CUENA CASAS M. *Funcion del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 212.

⁴⁸³ PAU PEDRÓN A. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, pág. 67. En *La publicidad registral*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pág. 67.

Llama poderosamente la atención la exigencia del negocio causal en la mecánica del Registro de la Propiedad, dada su expulsión conceptual del sistema transmisivo y el hecho de que el Registrador no puede calificarlo sino que debe atenerse exclusivamente al escueto contenido del acuerdo traslativo⁴⁸⁴. Esta exigencia puede sembrar dudas sobre la abstracción del sistema, máxime si tenemos en cuenta que, según DROBNIG⁴⁸⁵, en la práctica habitual, la *Auflassung* se contiene en un apartado especial del contrato de compraventa, ubicado después del clausulado contractual. Resulta, por ello, dudoso que si el Registrador detecta una irregularidad en el negocio causal proceda a la inscripción de la *Auflassung*, a pesar de que la abstracción del sistema le impediría la denegación de la inscripción por ese motivo⁴⁸⁶.

9.6. Las principales propiedades normativas de la inscripción

A los efectos de este estudio, es importante resaltar que, como he expuesto, la inscripción es un acto de soberanía –*Hoheitsakt*–,⁴⁸⁷ lo que es decisivo para entender la naturaleza del sistema alemán de constitución, transmisión, modificación y extinción de titularidades sobre bienes inmuebles. La inscripción contiene una declaración del Estado sobre la identidad del propietario, es decir, sobre la identidad de la persona a quien reconoce como tal, una declaración que no es definitiva porque puede ser impugnada, si bien con nulas posibilidades de éxito si el titular según la inscripción reúne todos los

⁴⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, DROBNIG U., “El sistema alemán de transmisión de la propiedad: rasgos básicos y análisis comparado”, en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, obra colectiva codirigida por ORDUÑA MORENO F.J y DE LA PUENTE ALFARO F. (dirs.), MARTÍNEZ VELENCOSO L.M (coord.) y coeditado por Thomson.Reuters y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Cizur Menor, 2009, pág.119, según el cual “*el propósito de separar el acuerdo real es el de que el registrador cuente con este exclusivamente para efectuar la inscripción en el Registro. Aquí el Registrador se aparta de toda interpretación y de la investigación de las condiciones del contrato de compraventa o de las circunstancias de su celebración. El puede y debe basarse exclusivamente en el escueto acuerdo jurídico real*”.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pág. 212.

⁴⁸⁶ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 212.

⁴⁸⁷ WOLFF utiliza la expresión *acto estatal*, en Derecho de cosas, en el Tratado de Derecho Civil, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M., T. III. 1º, traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 226.

requisitos para ser protegido. Eso es lo que significan los principales efectos o propiedades normativas atribuidas a la inscripción y que son las siguientes:

9.6.1. La legitimación registral o *Vermutungswirkung*

Con base en esta propiedad normativa se presume que la persona inscrita es titular del derecho.⁴⁸⁸

El párrafo 891 del *Bürgerliches Gesetzbuch* sienta, en sus dos párrafos, las dos vertientes de la presunción de exactitud del Registro –*Vermutung der Richtigkeit*-, al disponer que:

“Si figura inscrito en el libro registral un derecho a favor de alguien se presumirá que este derecho le pertenece.

Si figura un derecho como cancelado, se presumirá que este derecho no existe”

La presunción de exactitud no se extiende a los datos de hecho ni a la capacidad jurídica. Traslada el *onus probandi*: quien sostiene la inexactitud del Registro debe probarla.

No hay en el Derecho inmobiliario alemán una formulación del efecto de la inoponibilidad de los títulos no inscritos en relación a los inscritos, como sucede en el derecho francés -cuyo Registro es de documentos- y también en el Derecho español -cuyo Registro es, sin embargo, de derechos al incorporarla fe pública registral en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria- en los artículos 605 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, y ello a pesar de que no siempre se exige la inscripción como requisito para la eficacia *inter partes* de la transmisión inmobiliaria.

⁴⁸⁸ PAU PEDRÓN A., *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001, pág. 84, salvo en lo relativo a las consideraciones sobre la inoponibilidad.

Sucede, sencillamente que cuando un sistema inmobiliario dota a las inscripciones registrales de los efectos de legitimación y de fe pública registral, el reconocimiento de la inoponibilidad respecto de ellas de los documentos no inscritos – que formula, por ejemplo, la Ley Hipotecaria española- resulta innecesario, pues es una consecuencia *necesariamente derivada* de tales efectos, aun cuando la inscripción no tenga carácter explícitamente constitutivo *inter contrahentes*. No obstante, un reconocimiento explícito puede resultar conveniente si se interpreta como prohibición dirigida al juez de que, en caso de discusión sobre la titularidad de un derecho real inmobiliario, no debe admitir ningún documento que no se haya sometido o haya superado el procedimiento registral, que contradiga el contenido de las inscripciones registrales, especialmente si la inscripción no es exigida explícitamente como un requisito para la eficacia de la transmisión *inter contrahentes*.

9.6.2. La fe pública registral o *Gutgläubenswirkung*

Esta propiedad normativa de la inscripción posibilita una adquisición irrevocable por un tercero que adquiera confiado en el contenido registral. Según el parágrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch* se presume correcto el contenido del Registro a favor de aquel que adquiere mediante negocio jurídico un derecho sobre un inmueble o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se haya inscrito una oposición –*Widerspruch*- frente al contenido del Registro o sea conocida por el adquirente la incorrección de este.

Según PAU PEDRÓN ⁴⁸⁹, son dos los requisitos para que se produzca el efecto fe pública registral en favor del tercero adquirente:

(1) Que se celebre un negocio jurídico, lo que excluye, por ejemplo, la protección, en caso de ejecución judicial o adquisición por herencia. Ha de tratarse, además, de un acto de tráfico, por lo que se excluyen aquellos negocios en los que el transmitente y el adquirente no son personas distintas. Así, no operaría la fe pública registral en el caso de que transmitente y adquirente solo fueran personas distintas en apariencia, pero no en un

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pág. 85.

sentido económico o cuando solo hay un interesado, incluso aparente, en el negocio jurídico –v.gr. constitución de deuda territorial de propietario- Respecto a si el negocio ha de serlo a título oneroso, aunque no se trate de una exigencia explícita, debe responderse afirmativamente, pues el adquirente a título gratuito está obligado a restituir, de acuerdo con los párrafos 816 y 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch* ⁴⁹⁰.

(2) Que el adquirente confie en la exactitud e integridad del Registro. La buena fe se excluye si (a) se conoce positivamente la inexactitud registral⁴⁹¹, y (b) si figura en el Registro un asiento de contradicción –*Widerspruch*⁴⁹²–.

⁴⁹⁰ De acuerdo con el párrafo 816: “I. 1.-Si un no legitimado realiza un acto de disposición sobre un objeto, que es eficaz frente al legitimado, aquél debe entregar al verdadero legitimado lo obtenido como consecuencia del acto de disposición. 2.- Si dicha disposición tiene lugar mediante un negocio no oneroso, dicha obligación incumbe a aquel que ha obtenido una ventaja patrimonial como consecuencia de dicha disposición”. Y de acuerdo con el párrafo 822: “Si el receptor transfiere 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 hubiera recibido del acreedor sin causa jurídica”.

⁴⁹¹ El momento en el cual debe tenerse la buena fe es el de la presentación de la solicitud de inscripción -párrafo 892 II del *Bürgerliches Gesetzbuch* -. Según MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Colección “Cuadernos de Derecho Registral”, Madrid, 2004, pág. 207, la adquisición de buena fe de los párrafos 892 ss. del *Bürgerliches Gesetzbuch*. queda excluida en aquellos casos en los que el adquirente ha alcanzado un conocimiento positivo acerca de la inexactitud del Registro, por lo que no basta el conocimiento imprudente. A diferencia de la adquisición de buena fe de bienes muebles, la falta de diligencia del adquirente no excluye la aplicación de los citados párrafos. La razón de esta distinción es que, de acuerdo con la concepción del legislador, el Registro ofrece una base de confianza más fuerte que la posesión. No obstante, en casos de culpa grave, la jurisprudencia excluye la adquisición de buena fe sirviéndose de los párrafos 226 y 826 –abuso de derecho- del *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁴⁹² Como expone MARTÍNEZ VELENCOSO L. M., *Ibidem*, pág. 213, la *Widerspruch* puede ser solicitada por el verdadero propietario que no figura como tal en el Registro. Para ello es necesario el consentimiento de aquel que podría quedar perjudicado por la rectificación del contenido del Registro, en virtud del párrafo 899 II 1 BGB en relación con los párrafos 13, 19, 29, 39 de la *Grundbuchordnung*. Si aquel se niega se puede solicitar el auxilio de la autoridad judicial –este es precisamente el sentido de la “*einstweilige Verfügung*” del párrafo 899 II 1-. Asimismo, la anotación de la *Widerspruch* puede ser solicitada de oficio por el funcionario encargado del Registro en virtud de los párrafos 53 I 1, 71 II 2, 76 de la *Grundbuchordnung*. La *Widerspruch* sirve para neutralizar la adquisición de buena fe, independientemente de que el adquirente haya tenido o no conocimiento de esta. Estos efectos se producen incluso en el caso de que el funcionario encargado del Registro tramite antes la oposición que la inscripción de la nueva adquisición –párrafos 15, 45 de la *Grundbuchordnung* - pese a que la solicitud de inscripción de la transmisión se haya presentada antes que la inscripción de la oposición. La vulneración de las normas procedimentales por parte del funcionario encargado del Registro hace que el comprador sólo disponga de una pretensión de carácter obligacional derivada del contrato de compraventa frente al vendedor, así como una pretensión de la indemnización de daños y perjuicios del párrafo 839 del *Bürgerliches Gesetzbuch* –responsabilidad de los funcionarios públicos–.

En efecto, el parágrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone: “Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que mediante un negocio jurídico adquiere un derecho a una finca, o un derecho sobre una finca, a menos que se extienda un asiento de contradicción o a menos que el adquirente conozca la incorrección”.

Por lo tanto, en el ámbito inmobiliario, la abstracción, entendida como desconexión entre negocio obligacional y negocio dispositivo, solo deja de operar en caso de que se practique una *Vormerkung* y en el caso de que el adquirente conozca la inexactitud registral

Trataré a continuación de cada uno de estos dos elementos:

a) El conocimiento de la inexactitud registral

¿A que inexactitud se refiere el parágrafo 892-I del *Bürgerliches Gesetzbuch*? Desde la perspectiva de la finalidad de este estudio es útil considerar si incluye el conocimiento de la existencia del negocio obligatorio anterior, realizado por el titular registral, seguido o no de *Auflassung*, a favor de persona distinta, pero sin *Eintragung*. En este caso, aún no ha habido transmisión de la propiedad, por lo que el primer adquirente es tan solo un acreedor.

En realidad, no se trata de ninguna inexactitud, pues el Registro de la Propiedad no refleja nada incorrectamente: no refleja la *Auflassung* porque no se le ha solicitado que lo haga y, mientras no haya inscripción, no hay modificación de la situación jurídico real.

En consecuencia, el Registro de la Propiedad no refleja ninguna inexactitud jurídico-real. Por eso, si el segundo adquirente negocial, con independencia de que conozca o no dicha situación extraregistral, adquiere del titular registral, adquiere *a domino*, porque, en rigor, el titular registral sigue siendo el *dominus* y conserva el *ius disponendi*. Si, además, tiene lugar la *Auflassung* seguida de la *Eintragung*, devendrá propietario con un titularidad *in rem*. Por lo tanto, la situación es, en realidad y pese a las apariencias, muy similar a la del Derecho español.

¿Cuáles serían las consecuencias del conocimiento de dicha “inexactitud” –en realidad, de dicha relación obligatoria extra-registral– por parte de un segundo adquirente? En este caso, conforme al párrafo 826 del *Bürgerliches Gesetzbuch* el primer adquirente podría ejercitar una acción indemnizatoria contra el segundo, por considerar que la protección del mismo es contraria a las buenas costumbres⁴⁹³.

Obsérvese que no se trataría de una acción reivindicatoria –el primer adquirente no inscrito no es el dueño–, pues el primer adquirente tiene solo una titularidad obligacional, por lo que es consistente que las consecuencias, en caso de haberlas, sean de naturaleza indemnizatoria y carezcan, por lo tanto, de alcance real. La admisión de esta consecuencia supone, no obstante, una excepción al principio de abstracción, si bien de consecuencias solamente obligacionales, a diferencia de lo que sucede en el sistema español, según interpretación unánime de doctrina y jurisprudencia, en el que el conocimiento de una transmisión *ex* artículo 609 del Código civil no inscrita por parte de un segundo adquirente tiene alcance restitutorio, aunque cumpla con todos demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si bien dicho alcance no se extiende a los subadquirentes que cumplan los requisitos de dicho artículo.

Además, hay que tener en cuenta, como consecuencia de la presunción contenida en el párrafo 892-I del *Bürgerliches Gesetzbuch*, que la prueba del conocimiento de la “inexactitud” corresponde a quien lo alegue, lo cual puede ser difícil⁴⁹⁴. Por otro lado, el adquirente no queda desprotegido frente a una acción de enriquecimiento si solo conoce los hechos de los que deriva la inexactitud; debe conocer, además, la inexactitud misma –no se le exige al adquirente que conozca la relación de causalidad que existe entre los hechos y la “inexactitud” del Registro, con lo que se ve beneficiado por el error de derecho–.

⁴⁹³ FERRAND F., *Droit Privé Allemand*, ed. Dalloz, Paris, 1997, págs.390 y 612, HECK Ph., *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tubinga, 1937, traducción de GÓMEZ VALENZUELA revisada por LACRUZ BERDEJO, en RCDI, 1965, pág. 1465. Observa FUENTESECA DEGENEFFE C. que no hay acuerdo en la doctrina alemana sobre si el negocio abstracto puede atentar o no contra las buenas costumbres. Afirma que, en todo caso, actualmente la contradicción con las buenas costumbres no tiene tanta importancia en la práctica, es decir, no surge con demasiada frecuencia. Fuenteseca Degeneffe C *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*. ed. Reus, Madrid, 2012, págs. 100 y 101.

⁴⁹⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO L. M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, ed. CORPME, Madrid, 2004, pág. 207.

Cabe plantearse la cuestión de qué sucede si un adquirente sabe que la inscripción ha sido practicada erróneamente a favor de una persona equivocada. En este caso, el parágrafo 900 del *Bürgerliches Gesetzbuch* establece que deviene propietario al cabo de 30 años si ha poseído la finca en concepto de dueño durante ese tiempo.

En todo caso, las probabilidades que tiene un primer adquirente de un titular registral que no ha inscrito su *Auflassung* de vencer a un segundo adquirente que sí inscribió, aun cuando conociera la existencia de la situación preexistente, son más bien escasas.

En efecto, tratándose de inmuebles la ignorancia por *culpa lata* no se equipara al conocimiento y ello, como señala WOLFF⁴⁹⁵ porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión⁴⁹⁶. Para que deje de operar la presunción de exactitud registral a favor del adquirente del parágrafo 892-I del *Bürgerliches Gesetzbuch* se requiere, por lo tanto, un conocimiento positivo de la inexactitud registral, sin que sea relevante el desconocimiento por imprudencia. Adicionalmente, sobre el adquirente que confía en el contenido del Registro de la Propiedad no recae el deber de comprobar la situación jurídico-material de la finca que adquiere.⁴⁹⁷

Tratándose de bienes muebles, sin embargo, el parágrafo 932-2 del *Bürgerliches Gesetzbuch* ¹⁵¹ exige que el adquirente no haya incurrido en culpa grave, por lo que equipara la *culpa lata* al conocimiento.

⁴⁹⁵ WOLFF M, *Derecho de cosas*, en Derecho de cosas, en el Tratado de Derecho Civil, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M. T. III. 1º, traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ed. Bosch, Barcelona 1971, pág. 274.

⁴⁹⁶ La cuestión también puede enfocarse de otro modo: no puede darse a la posesión inmobiliaria el mismo alcance legitimador que se da a la posesión mobiliaria porque en materia de inmuebles cabe que coexistan diversos *iura in rem*, no todos los cuales conllevan contacto posesorio, por lo que, a diferencia de lo que sucede con los bienes muebles, la posesión inmobiliaria no es un indicio fiable de titularidad. Esta es una de las razones por las que surgen los Registros de la propiedad. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 102 ss.

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO L. M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, ed. CORPME, Madrid, 2004, pág. 208.

Respecto de cuál sea la buena fe exigible para que el titular registral quede protegido por la fe pública registral, el parágrafo 932.2º del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone que “*el adquirente no es de buena fé si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante*”. En el mismo sentido se pronuncian el parágrafo 366 del Código de comercio - y el parágrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch* en relación a bienes inmuebles, con la peculiaridad, como señala CUENA CASAS⁴⁹⁸, de que, en el ámbito inmobiliario, se centra en la inexactitud registral y la ignorancia por culpa lata no se equipara –como sucede con los bienes muebles- al conocimiento y ello, como señala WOLFF⁴⁹⁹, porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión.

PAU PEDRÓN⁵⁰⁰ añade un tercer requisito, cual es que concurran los demás presupuestos exigidos por la legislación para la validez de la adquisición: acuerdo real, consentimiento para la inscripción, capacidad del disponente, facultades del representante, inexistencia de prohibiciones legales de disponer, etc, y ello porque la buena fe que recaiga sobre estas bases negociales no está protegida.

No se exige explícitamente el requisito de que el adquirente inscriba su adquisición, diversamente a lo exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ello puede explicarse por el hecho de que en el sistema alemán la inscripción es explícitamente constitutiva *inter contrahentes*. Sin embargo, no lo es en todos los casos, e, incluso, en aquellos en que lo es, se plantea la cuestión, a la que me he referido anteriormente de qué sucede, si una vez celebrada una *Auflassung*, el transmitente celebra otra posteriormente con persona distinta que presenta antes que el primero la solicitud de *inscripción* –*Antrag*- en el Registro.

⁴⁹⁸ CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 198.

⁴⁹⁹ WOLFF M, Derecho de cosas, en el *Tratado de Derecho Civil*, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M.T. III. 1º, traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 274.

⁵⁰⁰ PAU PEDRÓN A., *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001, pág. 85.

Como expone CUENA CASAS⁵⁰¹, a pesar de que el sistema alemán haya configurado el negocio de disposición como un acto complejo –acuerdo e inscripción-, *de facto*, cuando se trata de bienes inmuebles, resulta decisivo el consentimiento formal del titular registral sobre la modificación del asiento en favor del adquirente. Si, por cualquier causa, se retrasara la inscripción –en rigor, la solicitud de inscripción-, aunque el enajenante se halle vinculado a la transmisión por el acuerdo traslativo – párrafo 873.2 *Bürgerliches Gesetzbuch* ⁵⁰²- puede disponer a favor de una persona distinta, la cual, si inscribe antes y reúne los requisitos expuestos, quedará protegida por la fe pública registral⁵⁰³. Para prevenir esta eventualidad, que es perfectamente asumida por el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el primer adquirente puede asegurar su adquisición anotando preventivamente su pretensión de adquisición de la propiedad. Es la denominada *Auflassungsvormerkung* o anotación preventiva de transmisión formal, la cual subsiste hasta que se haya realizado la inscripción.

⁵⁰¹ CUENA CASAS M. M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 206.

⁵⁰² Establece el párrafo 873 del *Bürgerliches Gesetzbuch* en su párrafo segundo que “antes de la inscripción 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 o se han entregado a esta o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a las disposiciones de la *Grundbuchordnung*”. Como expone WOLFF M, Derecho de cosas, en Derecho de cosas, en el Tratado de Derecho Civil, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M.T. III. 1º, traducción española con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. ed. Bosch, Barcelona 1971, pág. 190, “estar vinculado no significa estar obligado, ni tampoco tener limitado el derecho de disposición, sino que quiere decir no poder revocar. La revocación hecha unilateralmente por una persona vinculada por su declaración no sería meramente ilícita, sino ineficaz. Si el acuerdo vincula al enajenante, este queda incapacitado para revocar, pero sigue siendo titular del derecho real, y, por consiguiente, puede enajenarlo a un tercero. Su adversario no podrá apoyarse en el acuerdo vinculante para pretender una indemnización, sino que tan sólo podrá invocar a tal efecto la relación causal, de manera que su situación no será mucho mejor que antes del acuerdo vinculante”. De modo que si el acuerdo no adopta alguna de las formas señaladas en el párrafo 873.2 del *Bürgerliches Gesetzbuch* no es vinculante, antes de la inscripción es como si no existiera, pues no puede ser invocado ni siquiera como fuente de obligaciones, y si el acuerdo es vinculante, mientras no haya inscripción, no hay disposición, con lo cual, como señala WOLFF nada ha cambiado. Así lo establece el párrafo 878 *Bürgerliches Gesetzbuch* al señalar que “una declaración emitida por el titular de conformidad con los párrafos 873, 875 y 877 no se hace ineficaz por la circunstancia de que dicho titular resulte limitado en su poder de disposición, después de que la declaración haya llegado a ser vinculante para él y haya sido presentada la solicitud de inscripción en la Oficina del Registro”.

⁵⁰³ No es verosímil, sin embargo, que un segundo acuerdo traslativo pueda provocar una inscripción cuando el acuerdo traslativo celebrado en primer lugar se haya documentado de forma que haya llegado a tener conocimiento de este la Oficina del Registro, por ejemplo cuando la declaración se ha emitido ante la oficina del Registro o se ha entregado a esta, modalidades previstas en el párrafo 873 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Como subraya MARTÍNEZ VELENCOSO⁵⁰⁴, la *Auflassungvormerkung* cobra especial significado en relación con el contrato de compraventa, en el sentido de que garantiza la pretensión obligatoria de entrega del inmueble y protege al comprador frente a disposiciones que el vendedor puede realizar en el periodo que media entre la conclusión del contrato de compraventa y la inscripción en el Registro de la Propiedad. De no existir esta institución jurídica, el comprador solamente tendría derecho a la indemnización de daños y perjuicios, pero nunca a obtener la propiedad sobre el inmueble. El comprador podría verse garantizado también frente a otros actos dispositivos del vendedor distintos de la transmisión del bien, como la constitución de una hipoteca con la consiguiente disminución de su valor.

Ello demuestra que el acto de disposición tiene lugar en el momento de la inscripción y que hasta ese momento el acuerdo traslativo, incluso vinculante, permanece incumplido y el adquirente tiene solo una expectativa real. El adquirente de un titular registral se encuentra, así pues, antes de la inscripción, en una situación similar, por no decir idéntica, a la que se encuentra en el sistema español. La inscripción de la adquisición es, pues, requisito necesario para que el adquirente quede protegido por la fe pública registral, y, de ese modo, mediante una regla de propiedad, tanto en el sistema alemán como en el español.

Debe subrayarse que ello sucede con independencia del carácter constitutivo *inter contrahentes* de la inscripción en Alemania, y que lo mismo sucede en la Ley Hipotecaria española, en la que la fe pública registral tampoco se extiende al propio negocio adquisitivo. Como institución propia del Derecho de la seguridad del tráfico solamente opera en las relaciones *inter tertios*, pero no en las relaciones *inter partes*.

En cuanto a la eficacia de la fe pública registral, se pueden distinguir dos aspectos: (1) positivo, en cuya virtud se garantiza al adquirente la subsistencia del derecho en la persona del disponente con el contenido y el rango con el que consta en el Registro; (2)

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO L.M, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, ed. CORPME, Madrid, 2004. pág. 160.

negativo, en cuya virtud el adquirente obtiene el derecho libre de toda carga no inscrita o incorrectamente cancelada. 505

A fin de que las propiedades normativas de la inscripción a las que acabo de referirme –especialmente la legitimación y la fe pública registral- produzcan los efectos deseados, para extender una inscripción, el procedimiento registral exige el cumplimiento de unos requisitos esenciales: legalidad, tracto⁵⁰⁶ y cierre registral sobre la base, este

⁵⁰⁵ Véase MARTÍNEZ VELENCOSO L. M *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, ed. CORPME, Madrid, 2004, pág. 216. Respecto de las limitaciones de disponer, PAU PEDRÓN A. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001, pág. 86, distingue entre absolutas o de interés público y relativas o de interés privado. Las primeras no son inscribibles y afectan al adquirente aunque no figuren en el Registro, por lo que no cabe esgrimir frente a ellas la buena fe. Las segundas son inscribibles y únicamente afectan al adquirente si figuran en el Registro. Pueden tener su origen: (1) En la ley, como la que afecta al heredero fiduciario, y (2) en una disposición judicial, como la prenotación de prohibición de disponer. Respecto de las prohibiciones de disponer, la fe pública registral, juega de modo negativo –párrafo 892 I 2 del *Bürgerliches Gesetzbuch*–: las prohibiciones de disponer no inscritas o canceladas se extienden inexistentes a favor del adquirente, pero no funciona la presunción inversa y, por lo tanto, no se presume a favor del tercero la existencia de las prohibiciones de disponer inscritas de modo incorrecto en el Registro de la Propiedad. Según PAU PEDRÓN A., *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001, pág. 86, las limitaciones de disponer de origen contractual no son inscribibles, pues el párrafo 137 del *Bürgerliches Gesetzbuch* les niega eficacia real

⁵⁰⁶ La exigencia de tracto viene establecida en el párrafo primero del párrafo 39 de la *Grundbuchordnung*., a cuyo tenor: “Una inscripción sólo puede practicarse cuando la persona cuyo derecho va a resultar perjudicado por aquella figura inscrita como titular”. Este principio tiene tres excepciones señaladas en la ley: 1.- “En el caso de hipoteca, deuda territorial o deuda de renta, respecto de las cuales se haya extendido cédula, equivale a la inscripción del acreedor el hecho de que este se halle en posesión de la cédula y acredite su derecho de crédito según el párrafo 1.155 del *Bürgerliches Gesetzbuch*” –párrafo 2º párrafo 39 de la *Grundbuchordnung* -. La previa inscripción se sustituye aquí, como expone Pau Pedrón A. - *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001pág. 81- por la demostración de las sucesivas cesiones de cédula. 2.- “Si la persona cuyo derecho resultará perjudicado por una inscripción es heredero del titular inscrito, no se aplicará la disposición del párrafo 39, párrafo primero, cuando haya de inscribirse la transmisión o extinción del derecho, o cuando la solicitud se funde en el consentimiento del testador o de un albacea dativo, o en un título ejecutivo contra el testador o un albacea dativo.”- párrafo primero del párrafo 39 de la *Grundbuchordnung*. 3.- “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”. Observa MARTÍNEZ VELENCOSO L.M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, ed. CORPME, Madrid, 2004, pág. 42, que el verdadero propietario que no figura como tal en el Registro de la Propiedad está facultado para celebrar la *Auflassung*, del mismo modo que si su derecho constase inscrito, porque el párrafo 39 GBO, que consagra el principio de tracto sucesivo, en cuanto precepto formal no impide la eficacia material de la *Auflassung* –*inter partes*, se entiende-. No parece adecuado hablar de *verdadero propietario* sino de *titular no inscrito* y, por tanto, no reconocido como tal por el Estado. Continúa la autora diciendo que aquel que adquiere de un propietario de este tipo se verá afectado por cualquier limitación del poder de disposición del transmitente, porque no puede adquirirse de buena fe de una persona que en el Registro no aparece como propietario. Por otro lado, como afirma la citada autora –MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, ed. CORPME, Madrid, 2004. págs. 87-88- en la práctica se ha suavizado el requisito de la previa inscripción del afectado, ya que mediante la aplicación del párrafo 185 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, se posibilita la llamada disposición en cadena –*Kettenauflassung*-. La situación es la siguiente: A primero vende su inmueble a B y después celebra la *Auflassung* a su favor. B, que aún no figura como propietario en el

ultimo, de la prioridad registral⁵⁰⁷. Para facilitar el tracto y el cierre, rige también la exigencia de especialidad, que implica la organización del Registro mediante el sistema de folio real y la determinación de los derechos reales por fincas⁵⁰⁸. No entro en el análisis de estos aspectos por cuanto, en rigor, no forman parte del sistema transmisor inmobiliario sino de la organización del sistema registral.

Registro, lo vende a C y celebra con él una nueva *Auflassung*. En este caso, C podrá inscribir la transmisión de la propiedad a su favor. Esta práctica viene siendo admitida por la jurisprudencia, mediante la ficción de que la *Auflassung* apodera al adquirente para disponer del derecho de propiedad –ex parágrafo 85 del *Bürgerliches Gesetzbuch*-. Es esta una construcción artificial pero funcional, porque permite colocar en el tráfico la posibilidad de adquirir del receptor de la *Auflassung*.

⁵⁰⁷ El criterio o principio de prioridad significa que los derechos incompatibles sobre una misma finca se excluyen y los compatibles se jerarquizan conforme al criterio *prior in tempore potior in iure*. El criterio de *exclusión* de los derechos incompatibles deriva de la exigencia de tracto sucesivo y de la solución dada al supuesto de doble *Auflassung*, en el que triunfa el que primero presenta la solicitud de inscripción, como he expuesto, y el de *jerarquización* de los derechos compatibles viene establecido en las siguientes normas: 1.- El parágrafo 879 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, según el cual:” *La relación de rango entre varios derechos que gravan una misma finca se determina según el orden de las inscripciones*”, 2.-El parágrafo 13 párrafo 1º de la *Grundbuchordnung*, a cuyo tenor:” *El momento en el que una solicitud ingresa en la oficina registral debe anotarse exactamente en aquella*” y 3.-El parágrafo 17 de la *Grundbuchordnung*, el cual establece:” *Si se solicitan diversas inscripciones, que conciernen al mismo derecho, la inscripción posteriormente solicitada no puede practicarse antes de la ejecución de la solicitud primeramente formulada*”. Para un desarrollo pormenorizado de este principio, véase PAU PEDRÓN A., *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001, pág. 71.

⁵⁰⁸ El parágrafo 3 de la *Grundbuchordnung*, consagra el principio de folio real: “*Cada finca recibe en el libro un lugar especial (hoja registral)*”. Este principio general es matizado a continuación:” *La Oficina puede prescindir de la llevanza de una hoja registral para cada finca, siempre que ello simplifique el tráfico jurídico y no produzca confusión, cuando la finca por sí sola tenga escasa significación económica y esté destinada a servir a los fines económicos de otras varias, con las que esté en relación material y de copropiedad de sus titulares*”. Por otro lado, como afirma Pau Pedrón, los derechos reales deben determinarse en los libros con toda exactitud. El parágrafo 47 de la *Grundbuchordnung* dispone: “*Si un derecho debe inscribirse a favor de varios en común, debe practicarse la inscripción de forma que, o bien se indiquen las cuotas de los titulares en fracciones numéricas, o se señale la relación jurídica determinante de la comunidad*”. Por su parte, el parágrafo 48 de la *Grundbuchordnung* dispone: “*Si varias fincas son gravadas con un mismo derecho, se hará constar de oficio en la hoja de cada finca el gravamen de las demás. Lo mismo rige cuando un derecho que existe sobre una finca pasa a gravar ulteriormente otra finca, o cuando en el caso de traslado de una porción de finca a otra registral, se traslada conjuntamente un derecho inscrito*”. No hay una formulación general del principio de especialidad tampoco en el *Bürgerliches Gesetzbuch*. Solamente los párrafos 1115 y 1190 contienen ciertas especificaciones en relación a la hipoteca en general y a la hipoteca de máximo respectivamente. Sostiene Pau Pedrón que el principio de especialidad debe entenderse en un sentido material, esto es, como necesaria sujeción de las partes y del registrador al criterio de *numerus clausus* que rige en Alemania. Pau Pedrón A. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 200. págs. 82-84.

9.7. Consideraciones finales

El sistema transmisivo alemán de bienes inmuebles inter *vivos* a título oneroso, a diferencia del sistema francés, sí suministra al mercado un legitimado para disponer, cual es el titular registral, así como las cargas recayentes sobre la finca que se anteponen al derecho de un futuro adquirente, si bien me centraré en el primer aspecto.

Creo no incurrir en exageración si afirmo que el relato jurídico generalmente aceptado considera que ello se debe a que el negocio obligacional o causal no forma parte conceptualmente del sistema traslativo, que este se compone de un acuerdo abstracto traslativo, -abstracto en el doble sentido de desconectado del negocio causal u obligacional y carente él mismo de causa- y la inscripción registral, o mejor el complejo formado por la solicitud de inscripción, el consentimiento formal del titular registral transmitente para que se inscriba a nombre del adquirente y, finalmente, la inscripción a nombre de este último, complejo cuyo conjunto configura la denominada *Auflassung*.

Creo, sin embargo, que es necesario realizar una cierta deconstrucción de este relato jurídico o, si se prefiere, de esta arquitectura conceptual desde la que se enfoca el sistema alemán.

Ciertamente, el negocio jurídico base, causal u obligacional no forma parte conceptualmente del sistema traslativo en sentido estricto, pero, en la realidad de las cosas, no hay un acuerdo abstracto traslativo sin un negocio obligacional previo, con lo que se llega, *de facto*, a una situación similar a la de la teoría del título y el modo en la que no hay tradición sin un negocio jurídico obligacional previo de finalidad traslativa. Puede objetarse que, en el caso alemán, puede haber *Auflassung* sin negocio jurídico obligacional porque, conceptualmente, esta no necesita de aquel, mientras que en la teoría del título y el modo no puede haber *traditio* sin dicho negocio jurídico obligacional, lo cual es cierto, pero, en el terreno de la realidad, no hay *Auflassung*, aunque conceptualmente pueda haberla, ni *traditio*, que conceptualmente no puede haberla, sin negocio jurídico obligacional previo de finalidad traslativa. La realidad nos ofrece, por lo tanto, realidades jurídicas muy similares.

Se afirma, también que el acuerdo abstracto traslativo se halla desconectado del negocio causal u obligacional y que, por lo tanto, las vicisitudes que afecten al primero no afectan al segundo. Esta afirmación no es sostenible porque las vicisitudes que afecten a la existencia, validez o eficacia del negocio causal dan lugar a un enriquecimiento sin causa, lo que posibilita el ejercicio de una *condictio* que, como tal, tiene un alcance estrictamente personal. Esa misma situación se da en la teoría del título y el modo, después del Código civil, pues, con anterioridad no existía en la legislación española esa distinción y las acciones revocatorias, rescisorias y resolutorias derivadas de las vicisitudes contractuales también alcanzaban a terceros. Tras el Código civil, no, salvo a terceros de mala fe. Fue la Ley Hipotecaria de 1861 la primera norma que estableció esa distinción en su artículo 36, como expondré al tratar del sistema español. La fe pública registral, por lo tanto, en ambos sistemas, opera *inter tertios*, no *inter partes*.

Se admite en Derecho alemán que tales acciones pueden afectar a tercero si constan inscritas en el Registro, normalmente mediante una *Vormerkung*, antes de que se formalice la solicitud de inscripción a favor del adquirente. Lo mismo sucede en el sistema de transmisión registral contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, basado en la teoría del título y el modo: la buena fe del tercero se enerva mediante la práctica de la correspondiente anotación preventiva. En ambos casos, el Registro es la vía para que acciones *in personam* puedan, sin embargo, alcanzar a terceros.

En el sistema alemán el único legitimado para disponer es el titular registral. Puede que el titular registral disponga y que el adquirente no inscriba su adquisición. Incluso, en este caso, el único legitimado para disponer sigue siendo el titular registral, de modo que quien adquiere del mismo no adquiere *a non domino*, sino a *domino*.

Puede, sin embargo, que un tercero contrate con el adquirente no inscrito que, precisamente por no haber inscrito, no tiene la consideración de *dominus* sino, en todo caso, de titular meramente obligacional. Conforme a lo expuesto, dicho tercero no adquiriría nada porque su transmitente no tiene *ius disponendi*. Sin embargo, se suele salvar esta situación recurriendo a la ficción de considerar al transmitente no inscrito la condición de apoderado del titular registral.

Puede, por el contrario, que se adquiera del titular registral. En este caso, si el adquirente sabe que el titular registral había dispuesto u obligado a disponer previamente corre el riesgo de tener que indemnizar al adquirente no inscrito, por haber realizado un acto contrario a las buenas costumbres. No se entiende que adquirir del único legitimado para disponer pueda ser un acto contrario a las buenas costumbres y haya que adquirir del “apoderado” *facto* del mismo.

En España, suele afirmarse que el titular registral se halla legitimado para disponer, salvo que ya haya dispuesto, aunque el adquirente no haya inscrito, en cuyo caso, si un tercero adquiere del titular registral, en realidad no debería adquirir nada, pues el titular registral carece de *ius disponendi* por haber dispuesto previamente. Para salvar esta situación, se suele afirmar que, si el segundo adquirente ignora la adquisición no inscrita e inscribe la suya, queda protegido en su adquisición debido a la legitimación extraordinaria de la que goza el titular registral en atrás de la protección de la buena fe del adquirente.

No parece una explicación aceptable porque la legitimación del titular registral no depende de que el segundo adquirente ignore o no la adquisición no inscrita. Sencillamente, tiene legitimación para disponer o no. Cuestión distinta es a qué adquirente prefiera el ordenamiento en ese conflicto de titularidades. En el caso español, si el segundo adquirente lo es de buena fe, es el preferido por el ordenamiento, pese a lo cual se le califica de adquirente a *non domino*. Esta calificación, en mi opinión, tampoco está justificada, como expondré al tratar del sistema español.

En todo caso, las explicaciones usuales de las soluciones dadas a estos supuestos no parecen convincentes, ni en el sistema alemán ni en el español. La principal diferencia entre ambos radica en que, en el caso alemán, el segundo adquirente que conoce la adquisición no inscrita puede verse obligado a indemnizar al primer adquirente, pero siendo mantenido en su adquisición, mientras que en el caso español, es privado de la misma.

La solución alemana me parece, sin embargo, más consistente porque, en un moderno Estado de Derecho, los pronunciamientos del Estado -en este caso, la inscripción- sobre la titularidad de bienes escasos y valiosos, concedida tras la superación

del procedimiento correspondiente -en este caso, procedimiento registral- deben prevalecer sobre los actos privados realizados por los particulares.

Ambos sistemas tienen en común un Registro de la Propiedad cuyas inscripciones están dotadas del efecto fe pública registral, lo que, en realidad, implica la introducción de un sistema transmisivo en el que la inscripción es la única capaz de conferir titularidades *in rem*, sin necesidad de contención. Hasta que no tiene lugar la inscripción, lo máximo que se puede adquirir es una titularidad meramente obligacional. Suele afirmarse que, en Alemania, la inscripción es constitutiva, mientras que en España, no lo es. Ciertamente, en el sistema español, la inscripción no es explícitamente constitutiva, por regla general, lo que no quiere decir que no lo sea, pues hasta que no se obtiene la inscripción dotada de fe pública registral, no se obtiene una titularidad *in rem*, al igual que en el sistema alemán.

Todo ello lleva a concluir que, en el terreno de la realidad, la única diferencia real entre ambos sistemas transmisivos consiste en que en el sistema español se requiere *traditio* para la inscripción, mientras que en el sistema alemán se requiere *Auflassung*, o, si se prefiere, no se requiere *traditio* para la inscripción o, en última instancia, la inscripción desempeña funciones traditorias

10. La evolución del sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias en España tras el fin del Antiguo Régimen

10.1. La revolución liberal y la construcción jurídica de un derecho de propiedad sobre la tierra individual, unitario y libremente transferible

La formación de las instituciones económicas liberales fue fruto del impulso de los políticos, los economistas y los ciudadanos de esa ideología tendente a crear un marco favorable para el desarrollo de la economía de mercado en España, pero también de los intereses, las presiones y la capacidad negociadora de diferentes grupos sociales que adoptaron actitudes diversas y cambiantes ante los distintos proyectos de los sucesivos gobiernos liberales. Este proceso se inició con la guerra de la independencia, avanzó intensamente tras la llegada al poder de los liberales en 1836 y se consolidó en la segunda mitad del siglo.

Sin duda, la titularidad de la propiedad particular sobre la tierra constituyó el asunto fundamental de la transacción entre los liberales y la nobleza, tras el regreso al poder de los primeros en la década de los años treinta del siglo XIX. Los fracasos previos cosechados tras el denominado trienio liberal (1820-1823) habían enseñado a los liberales que la consolidación de las reformas requería contar con una base social más amplia, y, muy especialmente, con la aceptación por parte de la nobleza laica, con la que pactaron ciertos aspectos esenciales de las reformas a partir de los años treinta⁵⁰⁹.

Los ilustrados ya habían iniciado la reforma del régimen agrario tradicional en la segunda mitad del siglo XVIII, pero el mercado de la tierra, esencial para la asignación de recursos en aquella economía, seguía asfixiado por el elevado peso de las fincas rústicas que aún se hallaban amortizadas o vinculadas.

⁵⁰⁹ LLOPIS ARGELÁN E. “Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789)”, en *Historia económica de España (siglos X-XX)*, COMINF., HERNÁNDEZ M. y LLOPIS E. (eds.). ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 177-178.

Dos de los aspectos más destacados de la reforma agraria liberal lo constituyeron el establecimiento de unos nuevos derechos de propiedad privada sobre la tierra y el gran volumen de fincas rústicas que pasaron de manos de la Iglesia, el Estado, los municipios, las órdenes militares, y otras instituciones a poder de particulares. Dado el objeto de este estudio, focalizaré mi atención en el primero de los aspectos citados.

10.2. La formación del derecho de propiedad privada sobre la tierra

En el proceso de formación de la propiedad privada sobre la tierra – a menudo denominada “*propiedad perfecta*”⁵¹⁰ por los liberales de la época- hubo varias piezas esenciales, una de primer orden, dirigida al reconocimiento del derecho, y varias de segundo orden, dirigidas a hacerlo efectivo.

10.2.1. La medida de primer orden: el reconocimiento del derecho de propiedad privada por el Estado

La propiedad privada fue reconocida por la Constitución de 1812.

En efecto, la propiedad aparecía regulada como derecho fundamental en la Constitución de 1812, cuyo artículo 4 disponía:

“La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.

⁵¹⁰ “Propiedad perfecta” es la propiedad liberal frente a la “propiedad imperfecta” que era la propia del Antiguo Régimen, según la concepción de los liberales españoles. Los doceañistas españoles pretendían una gran subdivisión de la propiedad sobre la tierra a fin de crear una nación de propietarios, con lo que se estimularía la libertad y la responsabilidad y una gran mayoría podría votar. Véase PÉREZ GARZÓN J.S., *Las Cortes de Cadiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, ed. Síntesis, Madrid, 2007, pág. 255.

ÁLVAREZ ALONSO ha destacado que este texto dista mucho del que fue discutido en la Comisión de Constitución, el cual rezaba lo siguiente – en el artículo 2 del Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica “*De los españoles, sus derechos y obligaciones*”-:

“*Los derechos de los españoles son la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad*”, y el artículo 5 definía la propiedad como “*el derecho de gozar y disponer libremente de sus bienes y del fruto de su talento, de su trabajo y de su industria*”⁵¹¹.

Las diferencias fundamentales entre el texto discutido por la Comisión y el aprobado definitivamente son, como destaca la citada autora⁵¹², las siguientes: En primer lugar, se trata de derechos legítimos y no naturales. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, son una concesión estatal que sólo a través de las leyes – como expresión de la voluntad general de la Nación- se conservan y protegen. En tercer lugar, la relación del proyecto, donde aparecían la igualdad y la seguridad de forma explícita, se reduce a libertad civil y propiedad, relegando “*los demás*” a una fórmula ambigua que, en todo caso, habrían de determinar las leyes.

A los efectos de este estudio, conviene destacar que, en efecto, tras la Constitución de 1812, la propiedad privada existe en tanto en cuanto es reconocida y protegida por el Estado. Es ya una función del Estado y no el resultado de la autocomposición de intereses de los estamentos dominantes del Antiguo Régimen. La propiedad ya no tiene tampoco una base estamental o corporativa, como sucedía en el Antiguo Régimen, sino que se fundamenta en la supremacía del individuo.

El individuo es concebido como la unidad social primaria y básica, cuyo principal atributo es la libertad. Desde esta perspectiva, la propiedad es la libertad humana que se

⁵¹¹ ÁLVAREZ ALONSO C, “Las dos caras de Jano. Propiedad y Constitución en el primer liberalismo español,” en DE DIOS S. INFANTE J, ROBLEDO R.E. (Coords), *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 315.

⁵¹² *Ibidem*.

exterioriza en el mundo de las cosas. Como ha señalado MONTÉS⁵¹³, el *Code* construyó el sistema jurídico- civil sobre la libertad individual y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato.⁵¹⁴

Propiedad y contrato son pilares básicos de la economía de mercado, frente al dominio dividido, mezclado con facultades jurisdiccionales y con facultades de vincular el destino futuro de las tierras a una línea familiar, mediante el establecimiento de mayorazgos y figuras similares en otros países. Un derecho de propiedad individual, con facultades de aprovechamiento exclusivo y libremente disponible, que estimule las inversiones a largo plazo y permita asignar los recursos hacia quienes hagan un uso más eficiente de los mismos mediante un procedimiento de transmisión voluntaria, constituye la pieza esencial del nuevo escenario.⁵¹⁵

Ello exige la igualdad de todos ante la ley –lo que implica la sustitución de los estamentos- y un Estado weberiano al que se asigne el monopolio del uso legítimo de la violencia, cuya función es, como señalan ALSTON y MUELLER⁵¹⁶, definir, interpretar

⁵¹³ MONTÉS PENADÉS V.L, *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 53-56, observa que confluyen en la específica configuración de estos dos institutos una serie de influencias históricas, el sistema romano o romanístico, la elaboración científica del racionalismo sobre las reglas romanas, la influencia filosófica del mismo racionalismo o iusnaturalismo y, desde luego, la concepción económica de los fisiócratas –pág. 56-. Véase SAN EMETERIO MARTÍN N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*. ed. Tecnos, Madrid, 2005.

⁵¹⁴ La relación entre propiedad y contrato es un eje esencial en el análisis de la función económica de la propiedad privada. Véase LIBECAP G.D, *Contracting for Property Rights*, en ANDERSON T.L & McCHESENEY F.S (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, ed. Princeton University Press, 2003, págs. 142-168.

⁵¹⁵ Sobre la función económica del Derecho de propiedad véase ACKERMAN B.A., *Economic Foundations of Property Law*, Ed. Little, Brown, and Company, 1976, FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, The University Michigan Press, 1998, DEMSETZ H *From Economic Man to Economic System*, ed. Cambridge University Press, 2008. POSNER R. *Economic Analysis of Law*, ed. Aspen, 2003, MERRILL TH. W y SMITH H.E, *Property: Principles and Policies*, Foundation Press, 2012, ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993, pág.1315. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Thomson Reuters, 2011, SAN EMETERIO MARTÍN N. *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, ed. Tecnos, Madrid, 2005.

⁵¹⁶ ALSTON L.J. y MUELLER B., “Property Rights and The State” en MÉNARD C y SHIRLEY M.M. (Eds.) *Handbook of New Institutional Economics*, pág. 573, ed. Springer- Berlin Heidelberg, 2008. Destacan estos autores que la definición de los derechos de propiedad es una función legislativa del Estado, la interpretación de estos una función judicial del Estado, y *su enforcement* una función de policía del Estado. Subrayan asimismo que, cada una de estas funciones tiene costes por lo que algunos derechos pueden ser dejados por el Estado como bienes de acceso abierto. Aún más, muchos activos tienen múltiples

y garantizar la efectividad de los derechos de propiedad, actuando en los conflictos, como subrayan NORTH, WALLIS y WEINGAST, como un tercero imparcial⁵¹⁷, a diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen. De hecho, como subrayan ALSTON y MUELLER,⁵¹⁸ la médula del *imperio de la ley* es la creencia por parte de ciudadanos y de las élites políticas de que deben ajustar su comportamiento a las decisiones de una tercera parte arbitradora independiente.

Este conjunto de reglas permite la evolución desde el intercambio personalizado entre individuos regido por el conocimiento personal al intercambio impersonal entre sujetos abstractos –ciudadanos- basado en reglas, en que el mercado consiste.⁵¹⁹

dimensiones y es costoso para el Estado definir y garantizar la efectividad de derechos de propiedad sobre cada una de estas dimensiones por lo que algunos de estos atributos pueden –*de iure* o *de facto*- quedar como bienes de acceso abierto.

⁵¹⁷ NORTH D.C. WALLIS J.J. y WEINGAST B.R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, 2009, pág.17, subrayan el peligro de que el Estado utilice el monopolio del uso legítimo de la violencia en su propio beneficio, lo cual depende, en última instancia, de la eficacia del mercado político.

⁵¹⁸ALSTON L.J y MUELLER B., “Property Rights and The State” en Ménard C y Shirley M.M. (Eds.) *Handbook of New Institutional Economics*, pág. 580.

⁵¹⁹ NORTH D.C. WALLIS J.J. y WEINGAST B.R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, ed. Cambridge University Press, 2009. pág. 2 y págs. 112-121.

Todas estas ideas se proyectan sobre la Constitución de 1812, así como sobre los diferentes proyectos de Código civil que se van sucediendo a lo largo de todo el siglo XIX⁵²⁰ y sobre el propio Código civil, si bien con un acento más moderado⁵²¹

El reconocimiento del derecho de propiedad privada por la Constitución de 1812, así como por las constituciones posteriores, constituye la decisión de primer orden adoptada por el Estado liberal sobre la materia. Una vez reconocido y definido el derecho, se imponía adoptar medidas de segundo orden dirigidas a hacerlo efectivo.

⁵²⁰ En efecto, el artículo 34 del Proyecto de Código civil de 1821, el denominado Proyecto de GARELLY, decía:

“La libertad civil, la propiedad, y la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles.

Los derechos políticos de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución”.

Y el artículo 42 del mismo Proyecto decía: *“Es propiedad: 1º El derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal; 2º el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajenas con arreglo a la ley; 3º el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles o inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley”.* El Discurso preliminar considera la propiedad *“sagrada e inviolable”*, de donde se deduce la influencia francesa: *“La propiedad dejaría de serlo si la ley no le amparase contra los ataques de los perturbadores de cualquier clase. La sociedad entera se constituye fiadora del propietario y emplea todas sus fuerzas para asegurarle en el expedito uso y aprovechamiento de su propiedad. Por esta razón, se llama sagrada o, como si dijésemos, inviolable, porque la ley la protege como un sagrado, al que nadie puede llegar sin atacar las bases de la sociedad”.* A su vez, el Proyecto de 1851, en su artículo 391 disponía: *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que previenen las leyes o reglamentos”.* Por último, el actual artículo 348 del Código civil era el artículo 350 del Anteproyecto de 1882-1888, cuyo tenor literal era el siguiente: *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.* Coincide, pues, con el primer párrafo del artículo 348 Código civil. El segundo párrafo de dicho artículo fue añadido después, pero ya aparecía en la primera edición del Código. La influencia francesa resulta clara. En efecto, el artículo 544 del *Code civil* dispone: *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”.* Desde GARCÍA GOYENA se citan como antecedentes en Derecho español las leyes 10, título 33, de la Partida 7 y la ley 1, título 28, de la Partida 3ª, que se relacionan con las leyes 15, 17 y 25 del título 2º de la propia Partida 3ª, así como, en relación directa con las últimas citadas, la ley 4 del título III del Libro XI de la Novísima Recopilación. MONTÉS PENADÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, págs. 53-56, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 27-30.

⁵²¹ Es amplia la bibliografía sobre la codificación en nuestro país. Una excelente exposición puede verse en BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991.

10.2.2. Las medidas de segundo orden o medidas dirigidas a conseguir la efectividad del derecho

En materia de derechos de propiedad privada sobre la tierra, se fueron adoptando una serie de medidas, con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, dirigidas a conseguir que tal derecho estimulase las inversiones a largo plazo en la tierra y a facilitar la reasignación eficiente de este recurso escaso.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la privatización y desamortización de tierras municipales.

Según TOMÁS y VALIENTE ⁵²², Carlos III inició, en el siglo XVIII, el proceso desamortizador en España. Los consejeros ilustrados del monarca entendían que de la amortización de las tierras en poder de las llamadas manos muertas solo se derivaban inconvenientes porque rendían poco, permanecían al margen del comercio y, además, no tributaban, razones que justificaban sobradamente su desamortización. Se mostraban, sin embargo, más partidarios de la desamortización de los bienes de los pueblos que de los bienes eclesiásticos, por lo que la política de desamortización eclesiástica se redujo a limitar la posibilidad de adquisición de bienes por parte de la Iglesia.

Por otra parte, la privatización de tierras públicas, que fue el elemento de la reforma liberal que más contribuyó a modificar la distribución de la propiedad territorial en el siglo XIX, se llevó a cabo a través de repartimientos, usurpaciones y ventas públicas. Aunque la desamortización civil no se pondría en marcha legalmente hasta 1855 –Ley MADDOZ- el proceso privatizador de tierras públicas se intensificó a raíz de la Guerra de la Independencia. Los liberales eran decididos partidarios de privatizar las tierras de los pueblos y de los ayuntamientos. Así, las Cortes de Cádiz, a través del Decreto de 4 de enero de 1813, ordenaron la reducción a propiedad particular a favor de los vecinos de cada pueblo, de los patrimonios territoriales de los municipios, con la única excepción de

⁵²² TOMÁS y VALIENTE F. *El marco político de la desamortización en España*, pp 23 ss. Ed. Ariel, Madrid 1989. Asimismo, LLOPIS ARGELÁN E en “Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789),” en *Historia económica de España (siglos X-XX)* de COMÍN F. HERNÁNDEZ M y LLOPIS E. (Eds.). ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 178-179.

los ejidos. En las dos restauraciones absolutistas de 1814 y de 1823 el proceso privatizador de tierras públicas se ralentizó, pero no se paralizó completamente.⁵²³

Es necesario hacer referencia, en segundo lugar, a la desamortización eclesiástica. Prescindiendo de ciertos precedentes, la desamortización eclesiástica se inició, con carácter definitivo, en 1836, año en el que Mendizábal ordenó la desamortización de la mayor parte de los patrimonios del clero regular, tras haber suprimido la mayor parte de los conventos y monasterios en 1835. En 1841, Espartero amplió la desamortización a los bienes del clero secular. La necesidad de allegar recursos para hacer frente a la insurrección carlista fue el factor desencadenante de la desamortización eclesiástica. También sirvió como instrumento para aumentar el número de propietarios de tierra y, por consiguiente, para ensanchar la base social del liberalismo⁵²⁴.

La abolición del régimen señorial es, en tercer lugar, un hito decisivo en la superación del Antiguo Régimen y la construcción de una economía de mercado, pues unificó la condición jurídica de los españoles y les colocó bajo la autoridad exclusiva del Estado.

La supresión de los señoríos se articula fundamentalmente a través de la Ley de 26 de agosto de 1837, aunque, con anterioridad, el Decreto de 6 de agosto de 1811 había previsto la abolición del régimen señorial y durante el trienio se había aprobado la Ley de 23 de mayo de 1823. Mediante estas normas se sentaron las bases jurídicas para la transformación de los dominios señoriales en propiedad particular, cuyo resultado será la desaparición de las jurisdicciones y de las prestaciones personales y, en definitiva, el fin del régimen señorial en España, si bien, facilitando que los antiguos señores conservaran la mayor parte de sus posesiones como propietarios, pues ése y no otro es el sentido que tiene la Ley de 26 de agosto de 1837. Sin embargo, ya desde mediados del siglo XVIII era evidente la escasa rentabilidad de los derechos jurisdiccionales y personales de los

⁵²³ LLOPIS ARGELÁN E. en “Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789)”, en *Historia económica de España (siglos X-XX)* de COMÍN F. HERNÁNDEZ M y LLOPIS E. (Eds.). ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 178-179.

⁵²⁴ *Ibidem*, pág. 180.

señores, frente al incremento del valor de la tierra, por lo que los señores fueron aumentando paulatinamente sus propiedades⁵²⁵.

De este modo, como señala RUIZ TORRES,⁵²⁶ la revolución liberal consiguió eliminar el poder jurisdiccional de los antiguos señores, con sus correspondientes funciones de gobierno y de administración de justicia a escala local, y los privilegios monopolísticos que comportaban. Pero, a cambio, permitió que los señores conservaran la propiedad territorial e, incluso, que utilizaran las nuevas leyes para transformarla en propiedad privada protegida por la Constitución. Las nuevas leyes, en consecuencia, habrían protegido la antigua propiedad de los señores, cosa que antes, en los tiempos en los que subsistía el dominio eminente de la monarquía y los derechos colectivos de los municipios, no resultaba tan fácil. Aquí estaría, en consecuencia, la clave para explicarnos la actitud de la nobleza en favor del nuevo orden liberal y su integración, de un modo destacado, en la nueva clase de propietarios que resultó favorecida por la revolución. Burgueses y aristócratas habrían “pactado” una revolución que dejaba fuera del nuevo sistema de propiedad a la Iglesia y a los campesinos, las verdaderas víctimas de la transición del antiguo al nuevo régimen.

A pesar de ello, esta nobleza desplegaría toda su fuerza para oponerse a la Ley Hipotecaria de 1861, esencial para facilitar la circulación de la propiedad inmobiliaria.

⁵²⁵ DOMÍNGUEZ ORTIZ A. *Régimen señorial y reformismo borbónico en Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Barcelona, 1984, pág. 440. Véase asimismo, PESET REIG M. *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Ed. Edersa, Madrid, 1988, págs. 90 a 96. La solución finalmente adoptada sobre la materia es tributaria de la argumentación de ARGÜELLES en las Cortes de Cádiz en las sesiones de 12 de marzo y de 6 de junio de 1811. En la primera de ellas, se refiere al pleno derecho de propiedad, al que define como “*la facultad de disponer de ella según le parezca a su dueño*”, lo que, en su opinión, requería el libre ejercicio sin limitaciones. De ahí que cualquier medio tendente a restringir el mismo, como es el caso de la enajenación obligatoria, “*no es admisible por injusto e iliberal*”. En la segunda de las intervenciones atribuye los males de los señoríos a la presencia del feudalismo, hecho que utiliza para, como había sucedido en Francia, reivindicar la “*santidad de los contratos*”. De esta manera, presentaba la propiedad señorial como legítima, pues derivaba de justos títulos o la adquisición por “*los hipotecarios – es decir, los medianeros-, con recíproca utilidad para ambas partes*”. Tales argumentos fueron utilizados, a partir del Decreto de 6 de agosto siguiente, en las disposiciones que, a lo largo del siglo diseñaron todo el proceso de abolición y desvinculación, bien por el legislador, bien por los tribunales. ÁLVAREZ ALONSO C., “Las dos caras de Jano. Propiedad y Constitución en el primer liberalismo español”, en DE DIOS S., INFANTE J, ROBLEDO R., TORIJANO E (Coords), *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 317-318.

⁵²⁶ RUIZ TORRES RP., “Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen”, en DE DIOS S., INFANTE J, ROBLEDO R., TORIJANO E (Coords), *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 338-339.

La razón de dicha oposición hay que buscarla en que la Ley Hipotecaria exigía, para la inmatriculación de los derechos sobre inmuebles, títulos escritos de dominio y, además, en su redacción inicial, concedía un año para acceder al nuevo sistema. Esta oposición revela claramente que un buen número de los antiguos señores carecía de título de dominio.

Es necesario referirse, en cuarto lugar, a la supresión de los mayorazgos y de los diezmos.

Por lo que se refiere a los mayorazgos, constituían uno de los mayores impedimentos para la libre circulación de la propiedad y, por lo tanto, para la asignación de los bienes, mediante el ejercicio del *ius disponendi*, a quienes manifestaran estar en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos. Aunque ya se habían dictado normas para limitar los mayorazgos, hasta el trienio liberal no se pudo dictar una norma dirigida a suprimirlos: la Ley de 11 de octubre de 1820 derogada por Fernando VII a través del Decreto de 1 de octubre de 1823, y cuya vigencia, tras diversas vicisitudes, fue finalmente restablecida por el Decreto de 30 de agosto de 1836, siendo la última disposición legal sobre esta materia la Ley de 19 de agosto de 1841. A partir de la normativa desvinculadora, los entonces titulares de los mayorazgos podían disponer de la mitad de los bienes que se encontraban vinculados, pasando la otra mitad a quienes debían sucederles en el mayorazgo, quienes, a partir de ese momento, ya podían disponer de los bienes libremente. Ello significa que la desvinculación se desarrolló en dos generaciones.⁵²⁷

Por su parte, el diezmo constituía el tributo más oneroso que recaía sobre los productos agrarios. Durante el trienio liberal fue reducido a la mitad y suprimido definitivamente en 1841.⁵²⁸

⁵²⁷ SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, pág. 277.

⁵²⁸ LLOPIS ARGELÁN E. en “Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789)”, en *Historia económica de España (siglos X-XX)* de COMÍN F. HERNÁNDEZ M y LLOPIS E. (Eds.). ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 182-183.

En quinto lugar, constituye un hito decisivo en la configuración del nuevo escenario la supresión de los gremios y la libertad de comercio e industria⁵²⁹.

El Decreto de 8 de junio de 1813 proclamó la libertad total en el comercio de productos agrarios. Derogado tras la restauración absolutista, en enero de 1834, el gobierno liberalizó las compraventas de trigo, harina, y demás granos y semillas nacionales. Dos decretos, uno de 1834 y otro de 1836, abolieron la obligatoriedad de agremiación para poder ejercer un oficio. En diciembre de 1836, el Gobierno volvió a poner en vigor el decreto de las Cortes de Cádiz que proclamaba la libertad de industria.

En el mercado del crédito rural, los tradicionales censos consignativos, cuyo tipo de interés máximo lo fijaba la monarquía, fueron dejando paso, a distinto ritmo en las diferentes regiones, a las obligaciones y a otras formas crediticias que eran objeto de un menor grado de control y regulación por parte de las autoridades y que colocaban a los prestamistas en una posición más favorable.

Por último, en este proceso no fueron menos esenciales las medidas dirigidas a reconocer al propietario el libre uso y disfrute de su derecho y, especialmente, el Decreto de 8 de junio de 1813 –derogado en las dos restauraciones absolutistas y restablecido definitivamente a través del decreto de 6 de septiembre de 1836-. Así, se reconocieron a los propietarios la facultad de cercamiento de cualquier tipo de predio, la supresión de las “*servidumbres colectivas*”, la liberalización de los contratos agrarios y la derogación de la mayor parte de los privilegios de los ganaderos, lo que, finalmente, condujo a la desaparición de la Mesta en 1836.⁵³⁰

Todo este conjunto de reformas tan trabajosamente afloradas supuso el reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre la tierra, dotado de las más amplias facultades de exclusión y de disposición, lo que lo hacía muchos más valioso, así como el establecimiento de un sistema de resolución de conflictos sobre la propiedad de la tierra en el que ya no resolvería una de las partes implicadas, sino el Estado, que

⁵²⁹ *Ibidem*, págs. 182-183.

⁵³⁰ Sobre la Mesta, veáse KLEIN J., *La Mesta. Estudio de la historia económica española 1273-1836*, Alianza Universidad, Madrid, 1990.

empezaba a configurarse como tercera parte independiente dotada del monopolio del uso legítimo de la violencia, es decir, del uso de la violencia para conseguir imponer la ley, concebida como norma general y abstracta, única para todo el territorio.

10.3. La subordinación de las exigencias de la creación de un mercado inmobiliario e hipotecario a las necesidades fiscales del Estado

Estas medidas no fueron suficientes para que se desarrollaran en España los mercados inmobiliario e hipotecario. Eran medidas necesarias, pero no eran medidas suficientes. Además, durante la primera mitad de siglo se llevaron a cabo, paralelamente, una serie de reformas fiscales que contribuyeron a incrementar aún más la clandestinidad de las propiedades inmobiliarias. Eran medidas que, siguiendo una de nuestras más persistentes tradiciones, supeditaban las exigencias del crecimiento económico a las necesidades fiscales del Estado, con la consecuencia inevitable: estancamiento económico y fracaso recaudatorio subsiguiente. Haré referencia a continuación a cada uno de estos aspectos.

Todo este proceso se vio fuertemente condicionado, sobre todo, por las urgencias fiscales del Estado, además de por otros factores, como las resistencias de la mayor parte de la nobleza –incluido el clero–.

En efecto, la situación de la Hacienda durante la primera mitad del siglo XIX puede calificarse de angustiosa⁵³¹. Las dos reformas habidas en materia registral durante

⁵³¹ Entre 1790 y 1808 España estuvo casi permanentemente en guerra con Francia (1793-1795) o con Inglaterra (1796-1802 y 1804-1808), lo que provocó un fuerte déficit fiscal, además de un grave deterioro de la economía. La guerra de la independencia contribuyó a agravar la situación y en 1815 la situación de la Hacienda era crítica. Martín de Garay aprobó en 1817 una auténtica reforma fiscal que recortaba drásticamente los privilegios fiscales del clero y de la nobleza. Canga Argüelles realizó otra reforma en 1821 basada en la contribución directa y sobre el consumo, que apenas llegó a aplicarse. El déficit no hacía sino incrementarse. López Ballesteros se hizo cargo de la cartera de Hacienda entre diciembre de 1823 y septiembre de 1832. En 1824 se repudió la deuda exterior y en 1828, Hacienda no se hizo cargo de los atrasos de Tesorería, lo que implicó una bancarrota parcial de notable magnitud, todo lo cual encareció notablemente la financiación del Estado a partir de entonces. Tras la muerte de Fernando VII, los liberales no pudieron realizar la reforma del sistema tributario. Dos circunstancias lo impidieron: la necesidad de allegar fondos para financiar la guerra carlista y la necesidad de proceder a un cierto arreglo de la deuda a fin de evitar el desplome del crédito público. El proyecto del Conde de Toreno de 1834 para este último objetivo fracasó. Mendizábal recurrió a la desamortización eclesiástica y a unas operaciones de conversión

el siglo XIX con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861 - las de 1829 y 1845- fueron debidas, esencialmente, a razones fiscales, hasta el punto de que fueron promovidas por el Ministerio de Hacienda y no por el de Justicia.

Tales reformas mantuvieron, en materia inmobiliaria, el esquema anterior propio del Antiguo Régimen, - ampliando el objeto de los Oficios a actos de transmisión de la propiedad –aunque no a todos- e incrementaron la función fiscal de los mismos.

Los términos cualitativos de la transacción, por lo tanto, no cambiaron –impuestos a cambio de no obstaculizar la prueba del derecho-, aunque sí el precio relativo: derechos de propiedad con más facultades para el propietario, especialmente tras la culminación de las reformas referidas en 1841, a cambio de más impuestos: en 1829 se introdujo el medio por ciento de hipotecas –que mantuvo la reforma de 1845- y se ampliaron los actos sujetos a Registro, esto es a tributación.

Ambas reformas fracasaron en sus objetivos fiscales y, además, aumentaron la clandestinidad –ilegalidad- de la propiedad y, por lo tanto, la inseguridad de los derechos así como de las titularidades sobre los mismos. Todo ello dificultaba el comercio de la tierra y la utilización de los inmuebles como activos económicos, lo que dificultaba el desarrollo de la economía de mercado que se estaba creando.

de deuda para reducirla. En definitiva, el legado hacendístico recibido por los gobiernos liberales después de la primera guerra carlista cabe calificarlo de desastroso: la deuda y las cargas financieras del Estado seguían siendo elevadas, la monarquía española se había ganado una pésima reputación en los mercados financieros internacionales y el sistema fiscal resultaba trasnochado y claramente insuficiente para atender las funciones mínimas del denominado “Estado guardián”: la defensa, el orden interno, la representación exterior, la justicia y, en su caso, las infraestructuras. La reforma Mon-Santillán de 23 de mayo de 1845 tuvo por objetivos la unificación fiscal del país y la modernización de los ingresos del Estado, introduciendo los principios tributarios liberales de legalidad, suficiencia y generalidad. La resistencia de los propietarios condenó la reforma fiscal al fracaso. En 1851, Bravo Murillo intentó conseguir el equilibrio presupuestario reduciendo las cargas financieras de la deuda de un modo heterodoxo: decretó la conversión forzosa de todas las deudas existentes –a intereses del 4 y del 5%- por la nueva deuda consolidada al 3% y la reducción a la mitad de los cuantiosos intereses impagados. Semejante malabarismo tuvo sus costes: suscitó las iras de los tenedores británicos de deuda española y determinó el cierre, durante años, de la Bolsa de Londres a la cotización de todo tipo de valores españoles. Durante el bienio progresista (1854-1856) se suspendió el impuesto de consumos por presión popular lo que, junto con una política expansionista durante los años siguientes –década de los sesenta-, llevó a la Hacienda, una vez más, al borde de la suspensión de pagos. LLOPIS ARGELÁN E. en “Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789)”, en *Historia económica de España (siglos X-XX)* de COMÍN F. HERNÁNDEZ M y LLOPIS E. (Eds.). ed. Crítica, Barcelona, 2005, pp 169 ss. También PASCUALI P. y SUDRIÀ C., “El difícil arranque de la industrialización (1840-1880)”, en *Historia Económica de España (Siglos X-XX)*, de COMÍN F., HERNÁNDEZ M. y LLOPIS E (Eds). Ed Crítica, Barcelona, 2005, págs. 216 ss. Asimismo VICENS VIVES J., *Historia Económica de España*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987, págs. 552 ss. También, FONTANA J., *La quiebra de la monarquía absoluta*, ed. Crítica, Barcelona, 2002, pág. 242.

Hacia 1840, aún quedaban restos de las viejas instituciones del Antiguo Régimen. Las urgencias fiscales volvieron a primar una vez más sobre las necesidades de la economía y con los mismos resultados. Así, los Oficios de Hipotecas, una de las instituciones del Antiguo Régimen que requerían una profunda transformación, en paralelo al proceso de creación de los derechos de propiedad privada sobre la tierra, para que éstos pudieran rendir todos sus frutos, fueron mantenidos como tales, sin experimentar ningún cambio cualitativo. Simplemente, se amplió su objeto con la finalidad de aumentar la recaudación, sin éxito alguno, por las mismas razones por las cuales habían fracasado todas las reformas anteriores en el mismo sentido, a saber: la subordinación de las necesidades de la economía a las necesidades fiscales del Estado moderno, como anteriormente a las de la Monarquía absoluta.

La necesidad de disminuir la Deuda pública obligó a la reforma del sistema tributario con la finalidad de elevar los ingresos, para lo que la Junta especial encargada de estudiar el estado de la Hacienda y la Caja de Amortización propuso la reforma de algunos de los arbitrios existentes y el establecimiento de otros nuevos entre los que se encontraba el Derecho de hipotecas.

Con la finalidad de aumentar la recaudación el Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 –completado por la Real Orden de 29 de Julio de 1830, que contiene la Instrucción para la recaudación del tributo- creó un arbitrio destinado a la extinción de la Deuda de la Hacienda y al pago de sus intereses.

El presupuesto que fijaba la ley para configurar el tributo y cuya realización determinaba el nacimiento de la obligación tributaria era el desplazamiento patrimonial de bienes inmuebles y derechos sobre los mismos. En consecuencia, cada vez que se celebrara un contrato constitutivo de una traslación de dominio directo o indirecto de bienes inmuebles, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, tendría lugar el devengo del impuesto, con independencia de la forma pública o privada de celebración.

Para facilitar la recaudación, se arbitraron, esencialmente, tres medidas: (1) se amplió considerablemente el objeto de los Oficios de Hipotecas, en la medida en que se obligó a registrar en los mismos todos los contratos de cualquier clase cuando a

consecuencia de estos tuviera lugar una traslación de dominio directo o indirecto de bienes inmuebles. Por tanto, los Oficios pasaron de ser Registros de hipotecas expresas – como lo eran hasta la fecha- a ser, también, Registros de actos y contratos de finalidad traslativa de bienes inmuebles, pero sin llegar a ser propiamente Registros de la Propiedad por cuanto, por un lado, no publicaban derechos, sino actos y contratos y, por otro, quedaban fuera de su objeto contratos que afectaban directamente a la propiedad ; (2) el pago del impuesto era requisito previo a la toma de razón del contrato en los Oficios de Hipotecas, si bien ni la función liquidadora ni la recaudadora se atribuyeron a los Oficios, sino a las administraciones correspondientes de provincia y de partido, y (3) se dispuso la nulidad los documentos sujetos a inscripción y no inscritos, por lo que no podían ser admitidos como prueba en juicio⁵³²

La norma recurrió a los escribanos ante los que se celebrasen los contratos sujetos al tributo, quienes quedaban obligados a manifestar a las partes y a hacer constar al final de las escrituras que dichos instrumentos públicos debían de acceder al Oficio de Hipotecas, previo pago del Derecho de hipotecas, así como el señalamiento del plazo establecido para proceder al pago y a la inscripción.

Esta reforma no fue útil para incrementar los ingresos de la Hacienda, porque, según parece, en la mayor parte de las ocasiones no se pagó el impuesto ⁵³³, ni tampoco para la publicidad inmobiliaria porque, con el fin de evitar el pago del tributo, la población prescindió del Registro⁵³⁴.

Lo que pone de manifiesto que el valor añadido esperado del servicio prestado por los Oficios no compensaba el coste exigido, bien porque no se pensaba comerciar con los

⁵³² Según GARCÍA GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 177. Según SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, pág. 236, también se ordenaba que no produjeran efecto legal alguno, lo que significaba el carácter constitutivo de la inscripción. Parece más probable creer que la inscripción no tenía valor constitutivo, sino que era tan solo un requisito para poder utilizar el documento como prueba ante un tribunal, en la línea de las antiguas pragmáticas.

⁵³³ Según DE COSSIO y CORRAL A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 62.

⁵³⁴ SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, pág. 236.

inmuebles, ni utilizarlos como garantía, bien porque se suponía que, de todos modos, los jueces seguirían admitiendo los documentos en juicio aun cuando la ley no se lo permitiese, tal y como, en efecto, siguió sucediendo.

Con ocasión de la reforma tributaria de 1845 –calificada de “*fiasco*” por PASCUAL y SUDRIÀ⁵³⁵ - se produjeron algunas modificaciones importantes en los Oficios de Hipotecas porque, paralelamente a éstos, se implantaron unas Oficinas encargadas de la recaudación del Derecho de hipotecas, situándose al frente de las mismas a los oficiales bajo cuya responsabilidad se encontraban fiscales del Ministerio de Hacienda, aunque con la supervisión del Ministerio de Justicia, a través de las autoridades judiciales lo que, unido a otras circunstancias, motivaría la confusión entre esas nuevas oficinas recaudatorias y los Oficios de Hipotecas de clara naturaleza civil.

Tales oficinas constituyen el precedente directo de las actuales Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario existentes en las diversas Comunidades Autónomas, la mayoría de las cuales sigue situando al frente de las mismas al Registrador de la Propiedad.

Del mismo modo que en 1829-1830 se amplió el objeto los Oficios de Hipotecas o, si se prefiere, se ampliaron los actos sujetos a inscripción en los mismos, en 1845 se volvieron a ampliar, también por razones exclusivamente fiscales.

Así, se dispuso que accedieran a los libros no solo los contratos traslativos de dominio directo o indirecto y aquéllos con hipoteca expresa, sino también los mandamientos judiciales de embargo, los contratos de arrendamiento y subarrendamiento y las imposiciones y redenciones de cargas sobre la propiedad. Se declaró expresamente la obligatoriedad de la inscripción de las herencias en línea recta de ascendientes o descendientes y de las adquisiciones en nombre y por interés del Estado, precisión esta que en buena medida resultaba superflua en tanto que podían ser incluidas directamente dentro de la categoría de contratos traslativos de la propiedad; sin embargo, se especificó,

⁵³⁵ PASCUAL P. y SUDRIÀ C. *El difícil arranque de la industrialización (1840-1880)*, en *Historia Económica de España (Siglos X-XX)*, de COMÍN F., HERNÁNDEZ M. y LLOPIS E (Eds.), Ed Crítica, Barcelona, 2005. pág. 216.

a fin de despejar cualquier posible duda, debido a que dichos contratos se hallaban exentos del pago del tributo⁵³⁶.

Se ordenaba que todas las escrituras sujetas a toma de razón en el Registro tuvieran la cláusula de nulidad si no se presentaban las copias autorizadas en el plazo señalado – ocho días para los documentos otorgados en el mismo pueblo del Oficio y un mes cuando se otorgaban en otro diferente- haciendo extensivo el Registro a los contratos privados en los que no hubiera intervenido Escribano-.

Aunque la Comisión encargada de la reforma tributaria determinó que uno de sus objetivos era el establecimiento de un sistema hipotecario dirigido, en primer lugar, a dotar de firmeza y solemnidad a las garantías de la propiedad inmueble y a las cargas y obligaciones de esta y, en segundo lugar, a aumentar los ingresos del tesoro, sin embargo, la verdadera finalidad era la fiscal y, subsidiariamente o como coartada para justificar el tributo, se debió valorar la cuestión de la protección de la propiedad .

Si, en efecto, se hubiera pretendido dotar de seguridad a la propiedad inmobiliaria, la medida más contraproducente que se podía adoptar era, precisamente, la de vincular la institución registral con una de naturaleza fiscal ⁵³⁷. Como señaló GÓMEZ DE LA

⁵³⁶ Paralelamente se ampliaron los hechos imposables. Así, el Proyecto estableció un Derecho de hipotecas sobre los actos de traslación temporal o perpetua de bienes inmuebles, ya fuera en propiedad o en usufructo, refundiéndose en el mismo la anterior imposición del medio por ciento de hipotecas. Esta previsión se recogió en el artículo 10 de la Ley de presupuestos, completado con sus correspondientes bases, que se desarrollan por el Real Decreto de 23 de mayo para el establecimiento y cobranza del Derecho de hipotecas. En relación al impuesto del medio por ciento establecido en 1829 y 1830 se deben señalar algunas diferencias. En primer lugar, se amplía sensiblemente el hecho imponible, se sujetan a la nueva tributación, además de las traslaciones de inmuebles, por vía directa o indirecta, es decir, ya sea en propiedad o en usufructo, todo arriendo o subarriendo de dichos bienes y toda imposición y redención de cargas sobre la propiedad, destacándose de manera expresa el caso de los censos. Desde 1830 accedían a los oficios de hipotecas las escrituras de transmisión de la propiedad y aquellas otras que conllevaran hipotecas expresas, pero tan solo por las primeras se satisfacía el medio por ciento; a partir de 1845, de modo semejante, los contratos por los que se establezcan o rediman cargas sobre la propiedad se encuentran sujetos al pago del impuesto. Posteriormente, en 1852 se someten a tributación las adquisiciones de los bienes procedentes de la mitad reservable de los suprimidos vínculos y mayorazgos, fijándose el tipo en un 2% y aplicándose la misma cantidad, sin distinción entre líneas y grados de parentesco, para todas las adjudicaciones de bienes de capellanías y patronatos verificados con anterioridad al 17 de octubre de 1851. SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996 págs. 229, 230 y 236.

⁵³⁷ SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996. pág. 228. Esta auténtica finalidad se revela si consideramos los demás motivos que aduce la Comisión, tales como la intención de hacer tributar a los capitales mobiliarios invertidos en la adquisición de fincas o la preocupación por los

SERNA ⁵³⁸ “*aumentó la propensión antigua de no cumplir con el precepto de la ley por la esperanza de eludir el impuesto*”.

También se vinculó a los escribanos. Así, el Decreto de 26 de noviembre de 1852 prohibió a los escribanos autorizar documento alguno relativo a bienes inmuebles sin que previamente constase la inscripción del título que acreditase la legítima adquisición del inmueble o derecho objeto del contrato; también se estableció la obligatoriedad de escritura pública para todo contrato sujeto al pago del impuesto. Posteriormente, el Real Decreto de 19 de agosto de 1853, atendiendo a la idea de que las instituciones civiles no deben verse mezcladas con las fiscales, dejó sin efecto el artículo 16 en el que se contenía esta disposición.

La importancia de esta previsión radica en que muchos propietarios carecían en aquel momento de los títulos primitivos y otros no habían procedido a la toma de razón en anteriores transacciones por no satisfacer el pago del impuesto. En consecuencia, se suspendió la aplicación de dicho precepto y se otorgó el plazo de ocho meses para proceder a la inscripción de los títulos. Se restableció también la obligatoriedad de la toma de razón de arriendos y subarriendos y se limitó la exigencia de escritura pública a los casos en que lo requirieran las leyes como principal requisito para la validez del contrato.

539

rendimientos de la contribución de inmuebles, cultivo y ganadería, en la medida en que algunos de los elementos de esta contribución, especialmente el relativo a los arrendamientos dependía de los datos que tuviera la Administración acerca de los cambios operados en el dominio

⁵³⁸ GÓMEZ DE LA SERNA P., *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil manejo*, Vol.I, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1862, pág. 117.

⁵³⁹SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996. pág. 233.

10.4. La insuficiencia de las medidas adoptadas en materia de derechos de propiedad sobre la tierra para la creación de un mercado inmobiliario e hipotecario y la precaria situación de las titularidades de los derechos de propiedad sobre la tierra

Así pues, a mediados de siglo, los liberales habían conseguido llevar a cabo una reforma fiscal en profundidad, liberalizar en gran medida la actividad económica e implantar gran parte de las instituciones necesarias para que la economía de mercado fuese posible.

En cuanto a las tierras, se había llevado a cabo el proceso desvinculador y, en gran medida, el desamortizador -la ley MADDOZ de 1855 culminará la desamortización civil- con lo que la propiedad se había convertido en una propiedad privada y libremente transferible, apta para el mercado y también como garantía crediticia. Dicha propiedad privada conllevaba las más amplias facultades, una vez derogados todos los privilegios de la Mesta y decretada la extinción de esta en 1836.

Los liberales habían conseguido, pues, configurar unos derechos de propiedad sobre la tierra mucho más valiosos porque integraban unas amplias facultades de goce, de disposición y de exclusión.

Ahora bien, un derecho no tiene sentido si no pertenece a alguien, si carece de un titular. Y la situación de las titularidades -lo que incluye las titularidades sobre derechos reales limitados- no podía ser más incierta e insegura.

De poco o nada servía, pues, la creación de unos derechos de propiedad valiosos sobre la tierra si las titularidades y cargas sobre los mismos carecían de la menor claridad y seguridad. Todo lo referente al Derecho de propiedad inmobiliaria se hallaba sumido en la más exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias, y resolutorias o de nulidad, todas ocultas -en realidad, clandestinas-

lastraban la tierra de modo que las titularidades que se creían haber adquirido se hallaban en la más completa inseguridad y el tráfico inmobiliario era un juego de azar⁵⁴⁰.

Y ni el Derecho común ni el sistema registral heredado del Antiguo Régimen servían para dotar de claridad y seguridad a las titularidades; por el contrario, eran la fuente de toda confusión y de toda inseguridad.

A grandes trazos, y en relación a las titularidades, la situación puede resumirse del siguiente modo – a los efectos de este estudio-:

El Derecho patrimonial seguía gobernado por los grandes principios del Derecho común: “*Nemo dat quod non habet*”, por lo que “*Ubi rem meam invenit ibi vindico*” – incluso en relación a un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe- y, por último, el principio de eficacia relativa del contrato, “*res inter alios acta* por lo que *nobis, nec nocet neque prodest*”. Vigentes tales principios, y ante la imposibilidad de tener la certeza de estar adquiriendo del *verus dominus*, nadie podía estar seguro de su derecho, salvo que hubiese consolidado su adquisición por usucapión.

Para agravar la situación, las antiguas formas notorias de contratación habían caído en desuso, al tiempo, además, que se había ampliado muy notablemente el mercado de inmuebles como consecuencia del desarrollo económico, de las desamortizaciones y de las desvinculaciones llevadas a cabo.

Además, los Registros heredados del Antiguo Régimen no garantizaban absolutamente nada. Eran, básicamente, unos instrumentos fiscales: a cambio de pagar impuestos, el Estado se obligaba a no dificultar la prueba del propio derecho. En efecto, eso significaba que el efecto de la inscripción consistiese en que los documentos no inscritos –es decir, los que no habían pagado los correspondientes impuestos- no pudiesen ser utilizados como prueba. Dicha norma fue ampliamente desobedecida por particulares y tribunales, lo que situaba a todos los adquirentes no inscritos en una situación de

556 PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm 614. pág. 112.

ilegalidad, en la medida en la que incumplían una obligación legal de publicación, y, en tal sentido, de clandestinidad.

Asimismo, y en relación a las cargas –singularmente a la hipoteca- la situación existente podía resumirse, a grandes trazos, como sigue, según SERNA VALLEJO.⁵⁴¹

La recepción del Derecho común determinó la configuración en Castilla de un régimen de garantías reales similar al existente en el Derecho Romano. De hecho, se puede afirmar que el sistema de garantías sobre bienes contenido en el texto de las Partidas era una traslación del Derecho Romano justiniano a Castilla.

Ello condujo a la construcción de un sistema de garantías reales sin necesidad de inscripción, como consecuencia de la admisión de las hipotecas generales y de las legales tácitas, todas ellas carentes de publicación, lo que constituyó uno de los mayores defectos del sistema hipotecario castellano de la época bajomedieval y moderna por la inseguridad que causaba en compradores y acreedores, aunque, para evitar los inconvenientes que se derivaban de los mismos, se arbitrasen ciertas prácticas como la prestación de fianzas de saneamiento por las que los fiadores respondían de cualquier vicio que pudieran tener las cosas compradas o vendidas, la prisión por deudas, que constituía una eficaz garantía del cumplimiento de los contratos de préstamo o la práctica de entregar los bienes inmuebles a los acreedores hipotecarios.

Un sistema institucional, pues, en el que las titularidades sobre los derechos eran informales, en el que no era posible saber con certeza si se estaba adquiriendo del *verus dominus*, en el que este podía, en caso de no ser el transmitente, reivindicar la cosa del adquirente, aun cuanto lo fuese a título oneroso y de buena fe, y en el que se admitían hipotecas generales –muy usuales, especialmente en Cataluña- y tácitas sin necesidad de inscripción – lo que facilitaba su ocultación ⁵⁴²- no era precisamente un sistema

⁵⁴¹ SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996, págs. 315 y 319.

⁵⁴² Por otro lado, la ocultación de prendas se encuadra dentro del delito genérico de estelionato, ya tipificado como tal en el Derecho romano. El delito de estelionato procede principalmente cuando alguien vende, permuta o paga, ocultando la hipoteca existente. En el texto de Partidas este delito se puede encuadrar dentro de los engaños: “...otro sí decimos que farie engaño el que empeñase alguna cosa a un home, e despues deso empeñase aquella cosa misma a otro, faciendo creer que aquella cosa non la había

institucional que suministrase el conocimiento requerido para fundamentar la confianza necesaria para contratar, sino todo lo contrario, por lo que dificultaba el comercio de tierras y las inhabilitaba como activos económicos, convertía a los propietarios en presa fácil de usureros⁵⁴³ e impedía la capitalización de la agricultura, uno de los objetivos centrales de los liberales.

En tal situación, el nuevo derecho de propiedad sobre la tierra, individual, abstracto, unitario, elástico, flexible y libremente transferible, tan trabajosamente construido, no podía cumplir su función de estimular las inversiones a largo plazo ni facilitar su permanente reasignación hacia quienes, en cada momento, estuviesen en disposición de hacer un uso más eficiente de los recursos. La situación descrita hacía que todavía gravitaran graves riesgos sobre la contratación inmobiliaria.

Era necesario poner fin a tal situación. Ese fue el objetivo de la Ley Hipotecaria de 1861.

10.5. Consecuencia: inseguridad e iliquidez de los derechos de propiedad sobre la tierra e imposibilidad de desarrollar un mercado inmobiliario e hipotecario

Como consecuencia de todo ello, los derechos de propiedad sobre la tierra eran inseguros, lo que constituía un obstáculo decisivo para el desarrollo de los mercados inmobiliario e hipotecario en nuestro país.

Ello se debía al mantenimiento de las reglas propias del Derecho común – especialmente la regla de la reivindicabilidad ilimitada- en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida sobre magnitudes económicas esenciales de los

*empeñada a ninguno, o si se callase non le apercibiendo a este postprimero como la había obligado al otro, si la cosa non valise tanto que compliese a amos para haber lo que dieron sobre ella; pero si cumpliese, entonces no sería engaño” (P.7,16,7). SERNA VALLEJO M., *Ibidem*, pág. 321.*

⁵⁴³ Como observa SERNA VALLEJO M, *Ibidem*, pág. 284, con el sistema hipotecario en vigor, la propiedad no constituía a mediados del siglo XIX una garantía para la concesión de créditos y solo la usura atraía a los capitales al sector agrícola.

bienes inmuebles, tales como la titularidad sobre los *iura in rem* existentes sobre los mismos.

En tal situación, como he expuesto a lo largo de las páginas anteriores, se genera un conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos, de modo que solamente se puede conseguir un *ius disponendi* más seguro a costa de la liquidez del derecho y viceversa. Ello no impide que puede generarse un juego de suma positiva entre ambas magnitudes, aunque, eso sí, siempre lastrado por el citado conflicto o dilema. En otros términos, es posible adoptar medidas de seguridad del *ius diponendi* que conlleven un aumento del valor del bien mayor que la pérdida de valor derivada de la inevitable y correlativa disminución de liquidez de este. Lo que no es posible es adoptar medidas que conlleven, simultáneamente, un incremento de la seguridad del *ius disponendi* y de la liquidez del derecho.

Si, en ese contexto, no se desea derogar la regla de la reivindicabilidad ilimitada, con la consiguiente inversión de las reglas de protección establecidas por el Derecho común, únicamente cabe adoptar medidas paliativas que atenúen, en la medida de lo posible, la virulencia del referido dilema.

Las medidas adoptadas, sin embargo, no habían sido ni siquiera paliativas, sino, por el contrario, agravantes de la situación de inseguridad de los derechos de propiedad sobre la tierra, y, por consiguiente, de la iliquidez de los mismos. En efecto, las medidas adoptadas –nulidad de acto o contrato de finalidad transmisiva si no se publicaba en el Oficio de Hipotecas correspondiente en el plazo señalado- no tenían como finalidad facilitar las transacciones sino incrementar la recaudación fiscal. No atribuían derecho alguno a quien publicaba su adquisición –en el caso de que fueran varios los que publicaran adquisiciones de este bien, procedentes del mismo o de distinto *tradens*-, sino la pena de nulidad para el acto o contrato no publicado. Además, según todas las apariencias, los jueces y tribunales continuaban sin aplicar tales sanciones.

Si, pues, la publicación del acto o contrato no significaba garantía alguna del derecho adquirido y hacía inevitable el pago del impuesto; si la pena de nulidad del acto o contrato no publicado no era aplicada por los tribunales ;y si, además, la función primaria de los derechos de propiedad sobre la tierra eran la subsistencia del tenedor antes

que el intercambio de productos en un mercado abierto, tales medidas no podían producir otro efecto que el que, en efecto, produjeron: incrementar la clandestinidad de los derechos de propiedad sobre la tierra y, en consecuencia, la inseguridad e iliquidez de los mismos, es decir, dificultar gravemente la creación de los mercados inmobiliario e hipotecario.

11. Hacia el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario mediante la creación de un nuevo sistema transmisivo basado en la inscripción: referencia al proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861

11.1. La elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861 dentro de un contexto general de reforma de las leyes civiles y mercantiles a fin de facilitar el desarrollo del comercio, de la industria y de la agricultura

La Ley Hipotecaria de 1861 tiene por finalidad acabar con esta situación, incorporando las medidas necesarias para que el nuevo derecho de propiedad privada sobre la tierra, tan dificultosamente construido durante toda la primera mitad del siglo XIX, pudiera ser efectivo.

Si la Constitución de 1812 incorporó por primera vez la decisión de primer orden –reconocimiento del derecho de propiedad privada-, y diversas leyes promulgadas durante la primera mitad del siglo XIX, a las que me he referido anteriormente, fueron configurando el nuevo derecho liberándolo de sus ataduras feudales, la Ley Hipotecaria de 1861 incorporó la más importante decisión de segundo orden, circunscrita al ámbito inmobiliario, pues edificaba el sistema institucional dirigido a conseguir la efectividad del derecho de propiedad privada sobre la tierra –y, en general, sobre los bienes inmuebles, los cuales constituyen los activos más importantes de las sociedades agrícolas-.

En otros términos, la Ley Hipotecaria de 1861, fue la decisión de mayor calado dirigida a conseguir que la propiedad privada sobre la tierra pudiese cumplir la función que le es propia: en primer lugar, incentivar las inversiones a largo plazo sobre la tierra, especialmente las destinadas a usos agrícolas, según la mentalidad fisiócrata propia de la época, y, en segundo lugar, asignar los recursos escasos de naturaleza inmobiliaria –principalmente, también agrícolas- a quienes en cada momento estuviesen en condiciones de hacer mejor uso de los mismos. Ello era imprescindible para poder convertir la propiedad inmobiliaria en un activo económico apto para servir de garantía al crédito y,

de este modo, atraer capitales destinados al desarrollo de la agricultura, finalidad última de la promulgación de la Ley.

Ello requería, o bien mejorar el dilema entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en el ámbito inmobiliario mediante la adopción de medidas paliativas de los efectos indeseados derivados de las reglas propias del Derecho común en un entorno de contratación impersonal, o bien, la superación de dicho dilema, mediante la adopción de medidas dirigidas a conseguir que tales derechos fueran, al propio tiempo, más seguros y más líquidos.

La solución adoptada fue la construcción de un sistema, heredero de los principios de la vieja *Lex Mercatoria*, que dejaba en manos de los sujetos la posibilidad de elegir entre ambas opciones, si bien incentivando la segunda de ellas, como como expondré seguidamente.

La superación del conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad en un entorno de contratación impersonal mediante el recurso a la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada, con la consiguiente inversión de las reglas de protección de los derechos de propiedad – que, a su vez, requiere la implantación de la abstracción personal en las relaciones *inter tertios*-, exige, en el ámbito inmobiliario, una implicación directa y activa del Estado en el sistema de transmisión y de protección de los derechos de propiedad, pues solo el Estado puede suministrar un legitimado para disponer al mercado, de modo que se faciliten las adquisiciones sin incrementar los riesgos para los tene

Afirma OLIVER y ESTELLER⁵⁴⁴:

“Estimulado el Gobierno por la opinión pública y obedeciendo a su vigoroso impulso, dedicó toda su atención al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de riqueza pública: la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros

⁵⁴⁴ OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, 2ª ed. Thomson- Reuters, 2009, págs. 19-20.

y más fuertes obstáculos que se oponían entonces a la realización de tan noble propósito nacían de la legislación mercantil en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible”.

La Ley Hipotecaria de 1861 forma parte, por lo tanto, de un programa profundamente reformista que pretende liquidar las estructuras jurídico-privadas del Antiguo Régimen -una vez liquidadas las jurídico-públicas- y sustituirlas por las que exigía la liberalización del sistema económico, imprescindible para la creación de una economía de mercado.

Para conseguir estas finalidades se crearon sendas comisiones en dos reales decretos el 8 de agosto de 1855.

En uno de ellos, dictado por el Ministerio de Fomento, se creó la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles, bajo la presidencia de Pedro Gómez de la Serna⁵⁴⁵, con lo que la reforma de las leyes mercantiles se situó así fuera de las competencias de la Comisión de Codificación.

Se ordenaba la reforma del Código de comercio de 1829 con la finalidad de liberalizar el crédito comercial e industrial. La Comisión trató de reformar el Derecho de sociedades, liberalizando la Ley de Sociedades Anónimas de 1848⁵⁴⁶, a cuyo efecto elaboró un texto en 1856, el cual permitía conceder autorizaciones a título provisional, eliminaba la suscripción mínima de la mitad del capital social y admitía las acciones al portador. Establecía, además, un tratamiento unitario de las sociedades por acciones que, sin embargo, el Gobierno abandonó, prefiriendo la elaboración de leyes especiales para

⁵⁴⁵ El artículo 2 establecía la composición de la Comisión: además de Pedro Gómez de la Serna -entonces, Fiscal General del Tribunal Supremo-, componían la Comisión: Laureano Figuerola -catedrático y disputado-, Pascual Bayarri -diputado y magistrado-, Cirilo Alvarez -diputado-, Luis Diaz Pérez -abogado-, Ramón Martí de Eixalá -exdiputado y catedrático-, Antonio Guillermo Moreno -banquero-, Domingo Villasante -Vicepresidente de la Junta de Comercio de Madrid- y Vicente Soto -abogado- como secretario. La alteración más importante de la Comisión la produjo el Decreto de 20 de septiembre de 1869, que estableció las bases del futuro Código de Comercio de 1885, aún vigente.

⁵⁴⁶ Sobre la Ley de Sociedades Anónimas de 1848 véase, ANSÓN PEIRONCELY R., *La Ley de Sociedades Anónimas de 1848*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

las empresas ferroviarias -Ley de 3 de junio de 1855-, las de créditos y los bancos de emisión -leyes de 28 de enero de 1856-, o las sociedades mineras -Ley de 6 de julio de 1859-. Asimismo, se abolieron los límites a los intereses de los préstamos – que el artículo 298 del Código de comercio- fijaba en un 6%- siguiendo las sugerencias de la Comisión⁵⁴⁷.

Con posterioridad se continuaron dictando normas especiales. Entre otras, un decreto de 28 de octubre de 1868 derogó la Ley de Sociedades Anónimas de 1848, si bien provisionalmente -artículo .3: “*Las Sociedades anónimas se someterán para su organización y manejo a las prescripciones del Código de comercio, interin no se legisle sobre la materia*”-. Se estableció la libertad de creación de Bolsas, mediante Decreto de 8 de febrero de 1869 ⁵⁴⁸-, y se derogaron las leyes de 1856 sobre bancos, sociedades de crédito y concesionarias de obras públicas por Ley de 19 de octubre de 1869. Así mismo se reguló la quiebra de las compañías ferroviarias mediante Ley de 12 de noviembre de 1869.

Un Decreto de 20 de septiembre de 1869 disolvió finalmente la Comisión, sustituyéndola por otra, en la que se mantenían Pedro Gómez de la Serna como Presidente, y Laureano Figuerola, Cirilo Alvarez y Luis Diaz Perez como vocales. La nueva Comisión, según, su artículo 1, debería tener en cuenta, por una parte, los trabajos de la anterior y, por otra, los Decretos del Gobierno provisional -hoy leyes- y los proyectos presentados en las Cortes, para la redacción de un Proyecto de Código de Comercio y de Enjuiciamiento mercantil -artículo 2.⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ PETIT C., *Historia del Derecho Mercantil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 469-470. También LASSO GAITE J.F., *Crónica de la Codificación española.6, Codificación mercantil*. Madrid. Ministerio de Justicia, 1999, p 138p.-139. Señala Petit que la actividad desplegada por la Comisión resultó muy discreta: apenas avanzó en la elaboración del nuevo Código de comercio -325 artículos-. En realidad, la Comisión concentró sus esfuerzos en la reforma de la jurisdicción de comercio, ya que la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento en 1855 y la planta que los progresistas querían dar a la administración de justicia plantearon la reforma de la jurisdicción mercantil con carácter de urgencia. PETIT C., *Ibidem*, pags. 470-471.

⁵⁴⁸ La Bolsa de Madrid se había creado mediante Ley orgánica provisional de 8 de febrero de 1854, acompañada de su reglamento de 11 de marzo.

⁵⁴⁹ El artículo 3 establecía siete Bases a las que la nueva Comisión debería ajustar sus trabajos. Según la Base 1ª debería facilitarse la libertad más absoluta en el cultivo de las actividades económicas, tanto individualmente como en asociación. Según la Base 2ª debían restringirse los requisitos de forma en los contratos en pro de la autonomía de las partes. Según la Base 3ª debería suprimirse todo límite para el ejercicio de las profesiones comerciales, con la consiguiente modificación, por tanto, del régimen de

Los trabajos realizados por la Comisión fueron la base del Código de comercio de 1885.

En el otro Decreto de 8 de agosto de 1855, se ordenaba a la Comisión⁵⁵⁰ revisora del Proyecto de Código civil de 1851 la redacción urgente de una ley especial sobre hipotecas, con prioridad, incluso, sobre el propio Código civil, con las finalidades de “*creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos reales en la cosa, para poner límites a la mala fe y para liberar al propietario del yugo de usureros despiadados*”.

Pedro Gómez de la Serna, Pascual Bayarri y Cirilo Amorós, miembros de la Comisión, también formaban parte de la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles, el primero como Presidente, lo que, sin duda, ayudó a que los trabajos de ambas comisiones navegaran con el mismo rumbo.

El Gobierno recomendaba a la Comisión la utilización de los materiales que habían sido redactados sobre régimen hipotecario desde los inicios del proceso de codificación y que resultaron ser decisivos para la elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861.⁵⁵¹

matrícula (Base 5ª, segunda), eliminando cualquier exigencia de agremiación (Base 4ª). Se indicaba también la necesidad de incorporar a la Ley las realidades espontáneas del tráfico -una práctica desarrollada de seguros (Base 5ª, sexta), compañías (Base 5ª, quinta), títulos valores (Base 5ª, séptima) y navegación a vapor (Base 5ª, octava)- y de culminar la unificación de fueros mediante la reforma del derecho concursal y del procedimiento (Bases 6ª y 7ª). PETIT C., *Historia del Derecho Mercantil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 490-491.

⁵⁵⁰ La Comisión estaba compuesta por Manuel Cortina -a la sazón Decano del Colegio de Abogados de Madrid- como Presidente y, como vocales, por Pedro Gómez de la Serna - entonces, Fiscal General del Tribunal Supremo-, Juan González Acevedo -abogado y exalcalde de Madrid-, Pascual Bayarri - diputado y magistrado-, Manuel Gallardo, Francisco de Cárdenas -diputado y años más tarde Ministro de Gracias y Justicia- y Cirilo Alvarez -diputado, magistrado y Ministro de Gracia y Justicia posteriormente-.

⁵⁵¹ Es decir, el Proyecto de Código civil de 1836, las Bases acordadas por la Comisión General de Codificación en 1843; el anteproyecto de los Títulos de las Hipotecas y del Registro Público redactado en 1848 por Claudio Antón de Luzuriaga, a la sazón Vocal ponente de la Comisión y que coincide íntegramente con los títulos XIX y XX del Libro III del Proyecto de 1851, con la salvedad de que introduce nuevas disposiciones transitorias; los informes sobre ese Proyecto elevados por el Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales; y, finalmente, el Proyecto de Código civil publicado en 1851 y las Concordancias de García Goyena de 1852. Véase BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991, págs.172-175.

Entre dichos materiales se encontraban las Bases Generales acordadas por la Comisión General de Codificación en 1843 en materia de derecho de hipoteca y registro público. Tales bases son las siguientes:

-Base 50: *“No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro Público”*.

-Base 51: *“Lo dispuesto en la Base anterior se extenderá a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvo las excepciones que determine el Código”*.

-Base 52: *“Para que produzcan efectos los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro Público”*.

De haberse mantenido esta base número 52 en el Anteproyecto de Luzuriaga, la inscripción hubiera tenido valor explícitamente constitutivo. Finalmente, se modificó buscando una solución transaccional entre la postura de García Goyena, fiel a la tradición del *Code civil* y la de Luzuriaga, defensor de que la transmisión se efectúa válidamente a través de la inscripción y de la entrega, en el sentido siguiente:

“Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público”

Como observa OLIVER y ESTELLER⁵⁵²:

“...según los propósitos y deseos del Gobierno, que acordó la redacción de la Ley Hipotecaria, dos eran las materias importantes que debían ser objeto de la misma:

a) *La transmisión de la propiedad territorial y de los derechos en la cosa, mediante formalidades externas.*

⁵⁵² OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, 2ª ed. Thomson- Reuters, 2009, pág 23.

b) *El derecho de hipoteca, bajo la base de la publicidad y de la especialidad, con los procedimientos necesarios para garantizar y facilitar la devolución de los capitales prestados.*”

Esto es, si bien la finalidad última de la Ley debía ser convertir los inmuebles, especialmente la tierra dedicada a la agricultura, en aptos para servir como garantía de prestamos, ello requería que, previamente, se desarrollara la infraestructura jurídica necesaria para que las titularidades fueran seguras y fácilmente transmisibles, pues, sin esos requisitos, difícilmente podrían cumplir esa función y, en consecuencia, atraer capitales para el desarrollo de la agricultura o la construcción de ferrocarriles.

Lleva razón BARÓ PAZOS ⁵⁵³ al afirmar que, desde el punto de vista jurídico, la Ley Hipotecaria de 1861 es una de las máximas realizaciones de la España del XIX. En efecto, como sostiene LATOUR BROTONS⁵⁵⁴, La Ley Hipotecaria de 1861 asienta “*sólidamente el régimen jurídico de la propiedad inmueble, asegurando y garantizando, no su adherencia perpetua a la descendencia del propietario que fue su ideal de otras épocas, en que se quería fundar el orden civil, y aún el político, sobre la base de una oligarquía de terratenientes, sino precisamente lo contrario, o sea, su fácil transmisión, para que pase de las manos incapaces de hacerla producir... a las más aptas y adecuadas al aumento de su valor*”.

Es este un aspecto del contenido de la Ley que debe ser subrayado: la Ley Hipotecaria no solo consigue que las titularidades inmobiliarias sean más seguras sino también más fácilmente transmisibles simultáneamente. El Real Decreto de 8 de Agosto de 1855 se refería a “*dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa*” y para alcanzar esta finalidad la Real Orden de 10 Agosto del mismo año decía que debían articularse en la Ley “*formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y demás derechos en la cosa*” lo que implicaba una intervención directa del Estado en el sistema

⁵⁵³ BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991, pag. 176.

⁵⁵⁴ LATOUR BROTONS J., *Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria; su génesis, circunstancias y efectos de la misma*, RCDI, 1962, págs. 433-506.

transmisivo. La denominación de Ley Hipotecaria, sin duda, contribuye a solapar u oscurecer este aspecto esencial de la Ley.⁵⁵⁵

Tanto la Ley de 8 de febrero de 1861 como el Reglamento para su ejecución publicado el 21 de junio del mismo año son obra personal de Francisco de Cárdenas, que contó con la colaboración de Pedro Gómez de la Serna, autor de la celebrada Exposición de Motivos de la Ley, el cual era reacio a tomar como punto de partida de la Ley el anteproyecto de Claudio Antón de Luzuriaga. No obstante, como sostiene BARÓ PAZOS⁵⁵⁶, los principios inspiradores de la Ley responden a la doctrina ya manifestada por Cárdenas, en sus observaciones al régimen hipotecario contenido en el Proyecto de 1851, si bien influida por algunos planteamientos romanistas de Gómez de la Serna.

Se trataba, en todo caso, de una Ley de aplicación general y directa en todos los territorios de la Monarquía. A ella le siguieron otras, entre las que caben destacar la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y la Ley del Registro Civil del mismo año.

De todo lo expuesto a lo largo de las páginas precedentes resulta lo siguiente:

Las características específicas de los bienes muebles permiten conferir a la posesión de estos un alcance jurídico consistente en que *la posesión de buena fe equivale al título*, especialmente si ha sido adquirida de un comerciante, sin que ello suponga, *de facto*, una disminución de la seguridad de los derechos del propietario.

⁵⁵⁵ El senador J. Martín Carramolino, Magistrado del Tribunal Supremo y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas manifestó, en la sesión de 24 e noviembre de 1860: “*Esta Ley, decía, no tanto se puede llamar Ley Hipotecaria, como Ley de seguridad de la propiedad y de los demás derechos en la cosa*”. Asimismo, en la Memoria histórica de los trabajos de la *Comisión de Codificación*, suprimida por Real decreto del Regente del Reino de 1º de octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de esta, siendo ponente Francisco de Cardenas, en 1871, se la calificaba de una “*especie de Código de la propiedad territorial*”. OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, 2ª ed. Thomson- Reuters, 2009, pág. 14.

⁵⁵⁶ BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991, pág. 175.

Esta norma es, en sí misma, una inversión de las reglas de protección del propietario establecidas por el Derecho Común, si bien constreñida al ámbito mobiliario y, especialmente, a los muebles adquiridos de un comerciante.

La inversión de la regla de protección permite superar el conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos, inevitable de mantenerse la regla de protección del Derecho común, regla que constituía el principal obstáculo para el desarrollo del comercio mobiliario, pues implicaba la asignación al adquirente de los riesgos derivados de la falta de titularidad en el transmitente.

Permite la superación del conflicto porque evita tales riesgos al adquirente sin incrementar los del propietario, debido a las características específicas de los bienes muebles y de las mercaderías.

En todos los casos, la *reivindicabilidad limitada* o, si se prefiere, la irreivindicabilidad de las adquisiciones efectuadas por un tercero a título oneroso y de buena fe, se hace operativa mediante lo que se ha denominado *abstracción personal*, es decir, estableciendo que las vicisitudes de la relación causal o contractual *inter partes* no afecten a las relaciones *inter tertios* que reúnan las citadas características, lo que ordinariamente sucedería como consecuencia de la conexión intercontractual, es decir, de la conexión del contrato del adquirente con los contratos anteriores de adquisición de la titularidad sobre el mismo bien.

No es posible asignar a la posesión de bienes inmuebles un alcance jurídico equivalente al asignado a la posesión mobiliaria por diversas razones, entre las que destacan las características específicas de este tipo de bienes.

En consecuencia, en el ámbito inmobiliario, para que la inversión de las reglas de protección del propietario pueda cumplir su función específica –evitar al adquirente los riesgos derivados de la falta de titularidad del transmitente sin incrementar los del propietario- y, de este modo, facilitar la creación de un mercado inmobiliario e hipotecario, dichas reglas de protección deben basarse en la creación de un nuevo modelo de Registro de la Propiedad caracterizado por (a) la función de la inscripción en el mismo,

muy distinta a la que tenía en los Oficios de Hipotecas del Antiguo Régimen, y (b) en menor medida, el reconocimiento del derecho a conocer el contenido de la misma.

Estos son el sentido y alcance la Ley Hipotecaria de 1861, a los que paso a referirme a continuación.

11.2. La intervención directa del Estado como instrumento necesario para la superación del conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos en el ámbito inmobiliario. La Ley Hipotecaria de 1861

Este estudio no tiene por objeto la exposición del proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria de 1861, el cual goza de una extensa y excelente bibliografía⁵⁵⁷ sino hacer unas consideraciones sobre el mismo con la finalidad de contribuir a un mejor entendimiento de la función del Registro de la Propiedad en el sistema traslativo de las titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Durante la primera mitad del siglo XIX se venía sintiendo la necesidad de reformar el régimen existente, en tanta mayor medida cuanto más se iba privatizando y liberalizando la propiedad de las tierras, pero hasta el fracaso del Proyecto de Código civil de 1851, se optó por incluir⁵⁵⁸ esta materia dentro del Código civil.⁵⁵⁹

Fueron el fracaso del Proyecto de 1851 y la convicción generalizada de que era necesario atraer capitales hacia la agricultura, junto con la constatación de que el sistema

⁵⁵⁷ Destaca la obra de BIENVENIDO OLIVER y ESTELLER *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, cuya primera edición es de 1892, siendo la segunda de 2009., a cargo de Thomson Reuters. Asimismo, caben destacar, entre otras, MONTERDE GARCÍA J.C., *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2008. RODRÍGUEZ OTERO L., *Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios*, Fundación Registral, Madrid, 2010., SERNA VALLEJO M. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME, 1996. LATOUR BROTONS J., *Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria; su génesis, circunstancias y efectos de la misma*, RCDI, 1962.

⁵⁵⁹ Dejando de lado otros proyectos menores, destacan, sobre todo, el Proyecto de 1836 y el de 1851. En este último, la materia hipotecaria correspondió a Antón de Luzuriaga.

existente lo imposibilitaba, los factores que determinaron que se optara por elaborar una Ley Hipotecaria al margen del Código civil. En efecto, de poco o nada servirían las profundas reformas introducidas por los diferentes gobiernos liberales en el régimen jurídico de los derechos de propiedad sobre la tierra si no se alumbraba un sistema que dotase de claridad y de seguridad a las titularidades -plenas y menos plenas- sobre dichos derechos y facilitase la circulación de estas. Así lo expresaba claramente el Decreto de 8 de agosto de 1855:

“Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma a no haberse creído que el Código Civil era el lugar más oportuno para verificarla y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las difícilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía, permitieran llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil.”⁵⁶⁰

Para que la propiedad liberal entrara de modo efectivo en el tráfico comercial, los adquirentes debían disponer de instituciones que les permitiesen estar seguros de su titularidad frente a cualquier tipo de reivindicación con base en derechos anteriores y los prestamistas debían tener confianza suficiente en el reembolso de su crédito.

FRANCISCO DE CÁRDENAS, principal autor material de la Ley Hipotecaria de 1861 y de su Reglamento -figura eminente y aún hoy no suficientemente valorada- ⁵⁶¹ describía la situación en los siguientes términos:

“Hipotecas tácitas generales, de privilegios del Estado, de las mujeres, de los pupilos y de otras personas sobre los bienes de los deudores públicos, los maridos y los tutores, la falta de publicidad de muchas hipotecas antiguas, el poco rigor que permite reconocer las nuevas desde que se contraen y no desde que se inscriben en el registro público, los trámites largos y costosos que hay que seguir cuando por falta de pago voluntario tienen que intervenir los tribunales, vendiendo la finca hipotecada, todo esto

⁵⁶⁰ *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, T.I, Vol.I, pág. 110, ed. Castalia, Madrid, 1989.*

⁵⁶¹ Destaca la obra de DE LOS MOZOS J.L., *El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y de su obra*, ed. CORPME, Madrid, 1997.

*contribuye a que los prestamistas tengan poca confianza en el reembolso de sus capitales, a que sean pocos los que se dedican a esta clase de negocios, y a que impongan la ley al propietario, exigiéndole un crecidísimo interés”*⁵⁶².

Según CÁRDENAS, ante esta situación, era necesario establecer un nuevo régimen hipotecario que conciliara la seguridad y prontitud del reembolso para el prestamista con la extensión del plazo y el establecimiento de fracciones pequeñas para el reintegro en beneficio del propietario. En su opinión, ello solo sería posible reformando el sistema hipotecario en vigor, exigiendo la publicidad y la especialidad de todas las hipotecas y estableciendo instituciones de crédito territorial a semejanza de las que existían en países como Alemania, Polonia y Holanda⁵⁶³.

En 1852 el Gobierno moderado de Bravo Murillo encargó a Cárdenas la redacción de las bases a las que debía sujetarse el nuevo régimen hipotecario. Pero fue la llegada al poder del Partido Progresista en 1854 la que permitió dar el impulso definitivo a la Ley Hipotecaria. El Partido Progresista estaba interesado en la reforma del sistema registral heredado del Antiguo Régimen porque no dotaba de seguridad al propietario ni, por lo tanto, al acreedor, por lo que era un obstáculo para el desarrollo del crédito hipotecario y consideraba a este un instrumento necesario para el desarrollo de la agricultura, sector este del que vivía la mayor parte de la población española de la época.

Fue al Gobierno progresista de Espartero a quien correspondió el mérito de retomar el impulso para la elaboración de una Ley Hipotecaria mediante el Real Decreto de 8 de agosto de 1855 y la Real Orden de 10 de agosto del mismo año. El Real Decreto constituye toda una declaración de principios:

“Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial,

⁵⁶² CÁRDENAS Y ESPEJO F. DE, *El Derecho Moderno: Revista de Jurisprudencia y Administración* Vol. 8, 1850, pág. 114.

⁵⁶³ *Ibidem*, pág. 284.

ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales.

...No debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio, y que es indispensable para la creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados”.

Y fue durante el segundo Gobierno de O’Donnell -el de mas larga duración del reinado de Isabel II, de 30 de junio de 1858 al 17 de enero de 1873- cuando se aprobó la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Dicho Gobierno – en realidad un Gobierno de coalición entre moderados y progresistas- asumió los postulados de los progresistas para la reforma del sistema hipotecario.

Su costoso alumbramiento solo fue posible mediante un pacto de Estado en el seno de un Gobierno de coalición. Aun así, las resistencias fueron formidables, lo que no debe extrañar: para estar protegido por el nuevo sistema, es decir, para que el Estado asumiera la defensa de un determinado derecho de propiedad -pues eso significa en realidad el nuevo sistema: un compromiso activo del Estado en la defensa de los concretos derechos de propiedad de los individuos, como garantía de seguridad para el mercado- era necesario presentar los títulos ante el Registro, esto es, probar -con más o menos rigor- el propio derecho, y no todos los que venían poseyendo la tierra se hallaban en condiciones de hacerlo. La implantación del nuevo sistema podía evidenciar su situación y, en todo caso, debilitarla. El verdadero sentido de la reforma lo expuso CÁRDENAS:

“Era también consecuencia del nuevo sistema que la ley destinada a plantearlo fuese más reglamentaria de lo que deben serlo las leyes comunes. Estas, por lo general, declaran derechos y prescriben obligaciones, determinando pocas veces la forma de ejercitar los unos o de cumplir las otras, pero la Ley Hipotecaria no tiene por objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacer constar los que existan o se constituyan sobre los bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y, como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto a tercero, las disposiciones en que se consignan por detalladas y minuciosas que

parezcan, son de la mayor importancia y de la exclusiva competencia del legislador y nunca de la potestad reglamentaria del Gobierno".⁵⁶⁴

Basta con sustituir el término "*derechos*" por el de "*titularidades*" para que el sentido de la reforma sea transparente: la Ley Hipotecaria tiene por objeto que la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble adquirida conforme a lo dispuesto en ella quede protegida mediante una regla de propiedad y, por lo tanto, se imponga también al denominado *verus dominus* -en realidad, propietario meramente contractual u obligacional- en el caso de que no haya sido el *tradens*. Eso y no otra cosa es lo que quiere decir la expresión "*de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto a tercero*", entendiendo por derechos las titularidades inmobiliarias.

Para comprender el alcance de estas afirmaciones es necesario considerar que el derecho de propiedad implica la atribución de facultades de exclusión frente a todos, sea quien sea su titular, y, en este aspecto, la inscripción no modifica *per se* el contenido del derecho. Lo que la inscripción determina es la configuración del derecho, y, especialmente, la titularidad sobre el mismo, asignándola a una persona o a varias, físicas o jurídicas, y protegiendo dicha asignación mediante una regla de propiedad. Este es su aspecto más característico.

En efecto, si la inscripción afecta a todos los terceros, afectará al *verus dominus* necesariamente en el caso de que sea un tercero, es decir, en el caso de que no haya sido el contratante situado en la posición de transmitente. Es más, la eficacia *erga omnes* de la inscripción se explica como recurso técnico para que quede afectado necesariamente el *verus dominus* en el caso de que no lo fuera el transmitente, porque este queda, en todo caso, vinculado por el contrato, por lo que no se requiere que la inscripción le afecte. Esta es la razón por la cual se establece que la adquisición efectuada queda protegida frente a posibles reclamaciones de terceros derivadas de contratos anteriores y tan solo es vulnerable a las posibles causas de ineficacia que puedan afectar al propio contrato del que deriva.

⁵⁶⁴ CÁRDENAS Y ESPEJO F. DE, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación auprimida por Decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869 escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de Cardenas, vocal de ella.*, RGLJ núm.: 38, 1871, pág. 149.

En efecto, este es el auténtico núcleo de la reforma: él solo se basta para condensar la esencia del cambio, lo que significa pasar, en el ámbito de los bienes inmuebles, del Derecho común o Derecho de la seguridad jurídica al Derecho de la seguridad del tráfico. El instrumento que se crea para posibilitar el cambio es el Registro de la Propiedad, de nueva creación, que nada tiene que ver con los viejos oficios a los que viene a sustituir.

11.3. La magnitud del alcance de la reforma introducida por la Ley Hipotecaria de 1861

La evolución histórica de la publicidad inmobiliaria en España hasta 1861 permite realizar algunas observaciones importantes.

En primer lugar, tanto las formas notorias de contratación que existían en los diferentes reinos peninsulares, como los Registros de Censos y Tributos primero, las Contadurías de Hipotecas después, y, finalmente, los Oficios de Hipotecas, no eran, por lo que respecta a la seguridad jurídica, sino instrumentos de publicidad dirigidos a disminuir los riesgos que conllevaba para los acreedores y para los adquirentes del dominio de bienes inmuebles la adquisición de tales bienes bajo el régimen del Derecho común gobernado por el principio *nemo dat quod non habet*, de donde deriva el principio *ubi ream meam invenio ibi vindico*.

Tales formas de publicidad no supusieron la alteración -al menos, de hecho- de tales principios: por el contrario, se mostraban necesarias debido precisamente a la existencia de los mismos, con la finalidad de disminuir los riesgos que el tráfico inmobiliario suponía, en tales circunstancias, tanto para el *verus dominus*, como para los acreedores y adquirentes de bienes inmuebles. En el caso de que los riesgos potenciales se hiciesen efectivos, acreedores y adquirentes quedaban protegidos por una regla de responsabilidad, no de propiedad, pues en caso de conflicto con el *verus dominus* o con un titular de una carga real, el Derecho común les protegía frente a adquirentes y acreedores posteriores.

En tales circunstancias, a los adquirentes y acreedores potenciales solo les quedaba la alternativa de minimizar los riesgos disponiendo de la mayor información posible acerca de quién pudiera ser el *verus dominus* o cuáles las cargas recayentes sobre el inmueble.

Pues bien, los diversos sistemas de publicidad inmobiliaria tan solo estaban habilitados para suministrar información sobre las cargas, pero no sobre todas ellas- algunas no necesitaban inscripción para perjudicar a terceros, como las hipotecas legales- sino solo sobre algunas, pero ni aún en este caso podían garantizar nada porque, de hecho, es decir, aún sin la preceptiva -en teoría- inscripción, los jueces y tribunales seguían protegiendo las titularidades inmobiliarias no inscritas.

Eran sistemas de publicidad porque, mediante ella -al menos sobre el papel- se trataba de minimizar los riesgos que las reglas del Derecho común presentaban para el tráfico inmobiliario, pero sin alterar, al menos de hecho, tales reglas, singularmente la regla de la reivindicabilidad ilimitada por parte del *verus dominus*.

En una situación tal, no era posible estar seguro de haber adquirido una titularidad *in rem* sobre un *ius in rem*, pues, en el caso de no haber adquirido del *verus dominus* sino de un tercero que se había presentado como tal, bien con la intención de defraudar o bien porque creía serlo, el sistema no protegía al adquirente con una regla de propiedad sino solo con una regla de responsabilidad, salvo usucapión. En todos los demás casos, la regla de propiedad protegía al *verus dominus* y el adquirente quedaba protegido por una regla de responsabilidad. Funcionalmente era, pues, un sistema de adquisición de titularidades *in personam* sobre derechos reales.

La revolución liberal del siglo XIX liquidó los derechos jurisdiccionales de los señores y, en general, el régimen jurídico de la propiedad del Antiguo Régimen proclamó el derecho de propiedad privada, ya desde la Constitución de 1812 y fue llenando su contenido a través de sucesivas leyes a las que me he ido refiriendo a lo largo de estas páginas.

El reconocimiento del derecho de propiedad privada y libremente transmisible significaba el compromiso efectivo por parte del Estado en la defensa de tal derecho, algo

que no había sucedido hasta ese momento. Sin ello, se dificultaba el desarrollo del mercado y, por lo tanto, el crecimiento.

Para conseguirlo, por lo que al derecho de propiedad se refiere, no basta con el reconocimiento abstracto del mismo. Es necesario que se establezcan sistemas claros y poco costosos de adquisición, conservación y transmisión de titularidades -en rigor, el mercado no intercambia bienes ni derechos, sino las titularidades sobre éstos-. Para conseguirlo, es necesaria la eliminación de las asimetrías informativas, de modo que se disipen las incertidumbres y, como consecuencia, se fomente la confianza y, de este modo, se faciliten los intercambios y la utilización de los bienes como activos económicos.

Estas son las finalidades de la Ley Hipotecaria de 1861. Para conseguir las, suprime, en el ámbito inmobiliario, las viejas reglas del Derecho común y las sustituye por las del Derecho de la seguridad del tráfico, reglas que solo operan *inter tertios*, estableciendo así un nuevo paradigma en el Derecho patrimonial inmobiliario: las titularidades adquiridas derivativamente mediante un acto de tráfico, siguiendo la hoja de ruta marcada por la nueva Ley, quedarían protegidas *inter tertios* mediante una regla de propiedad, en lugar de mediante una regla de responsabilidad, como había venido sucediendo, debido a la imposibilidad de identificar con seguridad al titular del *ius disponendi* -así como los derechos reales recayentes sobre los inmuebles mediante actos o contratos anteriores-.

El Registro de la Propiedad -que la Ley crea en sustitución de los Oficios de Hipotecas propios del Antiguo Régimen- es el instrumento que permite el cambio y es, a la vez, el instrumento que vertebra el nuevo sistema que representa el nuevo compromiso del Estado con los ciudadanos.

Ya no se trata de publicar contratos para poder utilizar los documentos en los que se formalizan como prueba ante los tribunales -a cambio del pago de impuestos- sino de generar titularidades seguras respaldadas por el Estado y, simultáneamente, mecanismos de transmisión fáciles y seguros de tales titularidades en un entorno, además, mucho más impersonal y, por tanto, más complejo.

La Ley Hipotecaria de 1861 intenta resolver estos problemas en el ámbito inmobiliario utilizando una arquitectura jurídica similar a la utilizada por la *Lex Mercatoria* en materia de cesión de derechos de crédito y de circulación de mercaderías, si bien adaptándola, como es inevitable, a las *exigencias estructurales* derivadas de la distinta naturaleza de los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles. En efecto, no es posible atribuir a la posesión inmobiliaria los mismos efectos legitimadores que a la posesión mobiliaria, por lo que se requiere una institución pública a cuyos pronunciamientos sí se les pueda dotar de dicho alcance legitimador. Por otro lado, frente a los derechos de crédito, que son *iura in personam*, el derecho de propiedad y demás derechos sobre las cosas son *iura in rem*, de donde derivan consecuencias de largo alcance.

Por ello, no me resisto a transcribir el siguiente fragmento de la intervención del senador Sr. Arrazola, antiguo Ministro de Justicia, tras la Constitución de 1837, durante la discusión en el Senado del proyecto de ley hipotecaria de 1861⁵⁶⁵:

*“...eso es lo que había de hacer la nueva ley hipotecaria; dar ensanche a la propiedad, convertirla en moneda territorial que pueda pasar de mano en mano como pasa un pagaré o una letra...”*⁵⁶⁶

Este objetivo no se consiguió hasta 1944 y aun con muchas dificultades-a pesar de ser el objetivo de la ley de 1861-, debido a la pesada resistencia de las inercias y de los intereses sectoriales afectados por la reforma que, probablemente, no supieron apreciar las ventajas que para sus derechos representaba el nuevo régimen que el Registro pretendía introducir. Por el contrario, cundió la convicción de que la nueva ley era buena para los futuros propietarios y, sobre todo, para los acreedores hipotecarios, hasta el punto

⁵⁶⁵ En *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, Vol. II, ed. Castalia, Madrid, 1989, pág. 80.

⁵⁶⁶ Hay que considerar que el Código de Comercio de 1829 había optado en esta materia por el modelo más prestigioso, el *Code de Commerce* de 1807, separándose así de la regulación contenida en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 –más centrada en los aspectos cartulares de la letra de cambio que en los del contrato del mismo nombre-. Así, los artículos 426 ss de aquel se insertan bajo el título “*Del contrato y letras de cambio*”. De este modo se importó la disciplina francesa de la letra de cambio y del pagaré que permanecería sustancialmente vigente hasta 1986, toda vez que el posterior Código de Comercio de 1885 reiteraría dicha normativa en sus artículos 443 ss. Puede afirmarse, por ello, que la modernidad de la regulación bilbaína no fue óbice para su absoluta esterilidad científica, lo que frustró las bases para la construcción de un derecho cambiario autóctono. EIZAGUIRRE J.M *Derecho de los títulos valores*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 92.

de hacer más segura la inversión hipotecaria que la compra directa – lo cual era cierto- pero no para los propietarios vigentes lo que podía no ser tan cierto-, y sus presiones motivaron que la *fe pública registral* nunca llegará a entrar en vigor, hasta que fue sustituida por el procedimiento o expediente de *liberación de cargas y gravámenes* en 1869, no volviendo a aparecer hasta 1944, año que supone, asimismo, la consagración del *principio de legitimación*, antecedente y fundamento necesario de la fe pública registral.

No es objetivo de este trabajo la descripción de este proceso ⁵⁶⁷-, sino el expuesto anteriormente: demostrar cómo el sistema registral que, finalmente, consagra la Ley Hipotecaria de 1944, es una *tecnología institucional* similar a la de la adquisición de mercaderías de un comerciante –mercaderías “*adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos*”, dice el artículo 464 del Código civil, para cuya regulación remite al Código de comercio- o a la de circulación de los títulos valores cualificados, especialmente la letra de cambio -artículo.19 de la Ley Cambiaria y del Cheque-, porque persigue , en el ámbito inmobiliario, los mismos objetivos que aquella en el ámbito de los derechos de crédito: facilitar su circulación, mediante la seguridad del adquirente –y , como veremos, del dueño- habilitando así a los inmuebles como activos económicos.

Desde luego, no puede considerarse casual que sea la Ley Hipotecaria de 1944 la que introduzca los principios que consoliden la inscripción como título valor –me refiero al de legitimación, que implica sendas presunciones *iuris tantum* de exactitud e integridad, y al de fe pública registral-.

Dejando de lado la necesidad de potenciar los efectos de la inscripción, por las razones que aduce la propia Exposición de motivos, referentes a que más del sesenta por ciento de la propiedad se desenvolvía todavía fuera del régimen registral ⁵⁶⁸, llama la

⁵⁶⁷ Un análisis de este puede verse en PARDO NÚÑEZ C.R *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI, núm. 614, págs. 111 ss.

⁵⁶⁸ Dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944: “*A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60% de la propiedad, se ha iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra Patria una de las leyes “más científicas entre las nacionales” . Como medio para conseguir esta finalidad, se propone que el Registro:” ...ha de superar la inicial y pasiva fase de protección para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que,*

atención su paralelismo temporal con la recepción en España de la teoría general de los títulos valores.

En efecto, es durante los años treinta del pasado siglo⁵⁶⁹, cuando la literatura científica española comienza a *asimilar* o *recibir*, los principios básicos de la concepción unitaria de los títulos valores gestada fuera de nuestras fronteras⁵⁷⁰.

Tales tecnologías institucionales –inscripción y letra de cambio- están basadas en los siguientes postulados esenciales: (1) Disminución de asimetrías informativas entre transmitente y adquirente; (2) Neutralización *inter tertios y solo en relación a los actos de tráfico* – esto es, realizados a título oneroso y de buena fe- de los efectos de las asimetrías informativas residuales, impidiendo que los transmitentes anteriores, así como ,en su caso, el llamado *verus dominus*, puedan utilizarlas en su propio beneficio y en perjuicio de adquirentes posteriores; (3) Para que se produzca este efecto es necesario que se sigan procedimientos transmisivos específicos : en el caso de la letra de cambio, el endoso y, en el caso de los inmuebles inscritos, la transmisión registral, a la que me referiré posteriormente. Cumplidos estos requisitos, tanto la letra de cambio como la inscripción imponen la *simetría informativa funcional* como instrumento para activar la circulación de los derechos.

lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y protegida por la fe del Registro y liberar a este de las innúmeras cargas prescritas que abruman sus libros. Ello contribuirá a definir y aclarar de modo diáfano la realidad jurídica de muchas fincas y derechos reales; concederá a los titulares ágiles y eficaces medios para la defensa de sus derechos, e insensiblemente fomentará la inscripción de no pocos inmuebles hasta el presenta alejados de la vida registral”.

⁵⁶⁹ Cabe destacar las obras de a) DALMASES y JORDANA J, “*El usufructo de derechos (inclusive de títulos-valores)*”, Revista de Derecho Privado, 1932.; b) VICENTE y GELLA A., *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, Zaragoza, Imprenta La Académica, 1933, c) GARRIGUES J, *Curso de Derecho Mercantil*, 1936. EIZAGUIRRE J.M *Derecho de los títulos valores*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, op. cit. pág. 12.

⁵⁷⁰ Como observa Eizaguirre J.M *Derecho de los títulos valores*. Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 11-13, el Código de comercio de 1885, hasta su reforma en la penúltima década del s.XX, contenía la regulación de la letra de cambio (artículos 443-530), de las libranzas, vales o pagarés a la orden (artículos. 531-533), del cheque (artículos .534-543) así como de los títulos (“efectos”) al portador (arículos 544-566). Se trataba de una legislación sectorial que regulaba de modo disperso los diferentes títulos valores, de modo similar a lo que ocurría en el resto de ordenamiento europeos del s.XIX. No obstante, la impronta puramente instrumental de la regulación de los contratos que les sirven de origen, conforme al modelo francés, privaba a dicha normativa de las bases de Derecho material indispensables para la inducción de una doctrina general de los títulos valores, de la que, sin embargo, dispusieron alemanes e italianos.

11.3.1. La Ley Hipotecaria de 1861 supuso la legalización o formalización de gran parte de las titularidades clandestinas existentes

La Ley Hipotecaria de 1861, en relación con los documentos que conforme a la legislación anterior debían haberse registrado pero no se registraron –presumiblemente, para eludir el pago del impuesto- y que, conforme a la legislación derogada, eran nulos, la nueva ley admitió su acceso al Registro, disponiendo su irretroactividad en relación a los mismos durante un año –plazo que se demostró insuficiente y hubo que prorrogar posteriormente-. Si, transcurrido un año no se habían inscrito, la nueva Ley les afectaría plenamente, pero liberados de la sanción de nulidad y de la prohibición de ser admitidos como prueba en juicio.

Ello implicaba *la legalización* de una gran parte de documentos contractuales teóricamente nulos conforme a la legislación que se derogaba, lo que permitía la utilización de tales documentos como prueba de la adquisición de los derechos cuya titularidad se pretendía. Esta medida acababa, o, podía acabar de un plumazo, con la clandestinidad de un sinnúmero de titularidades inmobiliarias, el mayor obstáculo para el desarrollo del mercado inmobiliario e hipotecario en España.

11.3.2. La Ley Hipotecaria de 1861 introdujo, como regla general, la voluntariedad de la inscripción

Ésta fue otra de las innovaciones fundamentales de la Ley, separándose radicalmente de lo establecido por la legislación anterior. En efecto, la Ley Hipotecaria de 1861 estableció, con carácter general, el principio de *voluntariedad de la inscripción*, con la sola excepción de la hipoteca por no ser susceptible de posesión, derogando, pues, su obligatoriedad, junto con las sanciones de nulidad -por falta de inscripción- y la prohibición de alegar los documentos no registrados –y que, según la legislación derogada, debían registrarse- como prueba en juicio. El principio de voluntariedad de la inscripción

es mantenido por la Ley Hipotecaria de 1944, y es una de las características –y, también, uno de los aciertos - fundamentales del sistema registral inmobiliario español.

11.3.3. La Ley introdujo un nuevo sistema transmisivo basado en la seguridad del tráfico jurídico- cuyo eje era el artículo 34-, pero manteniendo el viejo sistema del Derecho común, si bien, para el caso de conflicto entre ambos, estableció una norma de conflicto -artículo 23- en cuya virtud prevalecía el nuevo sistema

El principio de voluntariedad de la inscripción es una diferencia relevante con el sistema francés, el cual impuso el carácter obligatorio de la inscripción. La voluntariedad implicaba que el sistema civil de transmisión de la propiedad inmobiliaria no desaparecía sino que se mantenía en convivencia y en competencia con el nuevo sistema transmisivo basado en el Registro de la Propiedad.

Esta solución, vigente en nuestros días, es paralela a la existente en materia de cesión de créditos : los sujetos pueden elegir entre acogerse al régimen civil de la cesión –regido por el Código civil, conforme las reglas del Derecho común o de la seguridad de los derechos-, que asigna los riesgos al cesionario, dificultando, por lo tanto, la circulación de los créditos, en perjuicio del comercio, o bien al régimen cambiario –regido por la Ley Cambiaria y del Cheque conforme a las reglas del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico-, que elimina los riesgos jurídicos del adquirente, facilitando así la circulación de créditos.

Análogamente, en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, los sujetos pueden elegir entre acogerse al régimen del Derecho común -o de la seguridad de los derechos-, que asigna los riesgos al adquirente, dificultando, por lo tanto, la circulación inmobiliaria, o al régimen registral –regido por el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico- que protege al adquirente, aumentando, al propio tiempo, la seguridad del propietario.

Lo que hace la Ley Hipotecaria de 1861 es respetar el sistema tradicional de adquisición y transmisión de titularidades de derechos reales sobre bienes inmuebles, y, tomando el mismo como base, modularlo, dando lugar a un nuevo sistema transmisivo

para que la adquisición efectuada tuviese también efectos *inter tertios*, relegando el sistema tradicional de transmisión y adquisición solo civil al ámbito de los efectos *inter partes*, lo cual era lógico en el contexto de la contratación impersonal propia de una economía que estaba surgiendo y desarrollando.

Este era el sentido del artículo 23 –actual artículo 32- de la Ley Hipotecaria, según el cual los títulos no inscritos no perjudican a tercero.

La importancia de este precepto era de tal calibre que, como señaló el Ministro de Gracia y Justicia, FERNÁNDEZ NEGRETE en la sesión del Congreso de 9 de enero de 1860, con una cierta exageración, él solo era la ley entera:

“Señores, si se analiza bien esta ley, el artículo 23 es él solo la Ley Hipotecaria: se pudiera decir sin exageración que esta ley fundamentalmente no es más que el artículo 23; es decir, que no tiene más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354: “Los títulos no inscritos en el registro no podrán perjudicar a tercero”.⁵⁷¹

El verdadero sentido de este precepto –desde la perspectiva diacrónica desde la cual está enfocado este trabajo- era el siguiente: cuando dos personas se disputasen la titularidad sobre un bien, alegando cada una de ellas sendos actos o contratos debidamente documentados, incluso en escritura pública, en el caso de que una de las escrituras hubiese sido inscrita y la otra no, esta última, sin perjuicio de su valor probatorio, no podía ser utilizada como prueba en perjuicio de la inscrita. Ello, por sí solo, ya constituía un fuerte estímulo para optar por el nuevo sistema que la ley instauraba⁵⁷². Naturalmente, una

⁵⁷¹ Como señaló GÓMEZ DE LA SERNA R., *Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formulario para su más fácil aplicación*. Vol.I, Madrid, 1862, pág. 562, aunque desde la Pragmática de 1539 se establecía que los títulos no inscritos no perjudicarían a tercero, sin embargo el espíritu de los textos legales es bien diferente: mientras en la Pragmática la falta de inscripción afectaba a los terceros y a las partes, -y, por lo tanto, la inscripción tenía carácter constitutivo-, la Ley Hipotecaria limitaba esos efectos a los terceros.

En efecto, la Pragmática de 1539 (Nueva Recopilación, 5, 15, 3) disponía: “...y que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, ni se obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor”.

⁵⁷² El artículo 24 precisaba, además: “Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común”. Por otro lado, la fecha a partir de la cual el título afecta a tercero, no es la del propio título, sino la de la inscripción, conforme al artículo 25 de la Ley

norma así sólo tenía sentido porque convivían ambos sistemas; en otro caso, solamente hubiera tenido sentido si se hubiera articulado como norma transitoria⁵⁷³, si bien, dicha norma tiene un sino transitorio, pues, hipotéticamente, una vez alcanzada la inscripción de toda la propiedad inmueble, los conflictos de adquisiciones se poamntearían, por definición, entre titulares inscritos y, por lo tanto, ya no se resolverían por la vía dl artículo 23 sino por la del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Este enfoque permite también afirmar que el tercero no inscrito del actual artículo 32 –el que poseyendo un título no inscrito no puede utilizarlo frente a quien tiene inscrito el suyo- es el tercero vencido o *perjudicado* por el nuevo sistema, mientras que el tercero inscrito del artículo 34 es el adquirente -de un titular inscrito -*protegido* por el nuevo sistema⁵⁷⁴. Una afirmación similar podría hacerse en relación al adquirente del titular

Hipotecaria de 1861, lo que constituye, asimismo, un importante estímulo para la inscripción y, por tanto, para el pago del impuesto.

⁵⁷³ Posteriormente, el Código civil introduciría una norma semejante con la misma función, el artículo 606, según el cual:” *Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero*”. Es importante subrayar también que, posteriormente, el artículo 1473 del Código civil, dispondría: “*Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores ... Si fuere inmueble, la pteopiedad peerteecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*”. Solución semejante a la del artículo 1859 del Proyecto de Código civil de 1851, a cuyo tenor: “*Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título*”

⁵⁷⁴ Como es sabido, la cuestión de si los terceros de los artículos 32 y 34 son el mismo o diferentes terceros ha dado lugar a uno de los mas prolongados debates en el ámbito del Derecho Hipotecario. No pretendo terciar ahora en el mismo, aunque sí dejar señalada mi posición. El tercero del artículo 32 es alguien que posee un título conforme al viejo Derecho Común, y que, ve cómo alguien que posee un título conforme al nuevo Derecho de la seguridad del tráfico le disputa su derecho sobre el bien y le vence porque él no puede utilizar su título como prueba. El tercero del artículo 34 es alguien que adquiere mediante un acto de tráfico – a título oneroso y de buena fe- de un titular inscrito e inscribe el derecho así adquirido. La inscripción de la adquisición blindo su derecho frente a cualquier causa de anulación o resolución que no figurara en inscripciones anteriores, salvo contra las causas de ineficacia de su propio acto o contrato adquisitivo (*deferred indefeasibility*). Queda protegido, pues, no solo frente a posibles pretendientes con título no inscrito, sino también frente a posibles pretendientes con título inscrito, v.gr.: contra un titular registral anterior que vendió con precio aplazado a otro adquirente previo, que inscribió su adquisición y, posteriormente, no satisfizo el precio. La bibliografía sobre esta cuestión es amplia. Además de su tratamiento en las obras clásicas sobre Derecho Hipotecario hay multitud de monografías sobre el tema. Entre otras: CARRETERO T., *El problema de la relación que respecto al artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, RCDI julio-agosto 1965, nº 446 y 447. GARCÍA HERGUEDAS M^a P. y GARCÍA ARANDA C., *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro derecho*, RCDI, nº 508 (1975) y nº 529 (1978), MONTSERRAT VALERO ro A., *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*, RDP, junio, 2001. GORDILLO CAÑAS A. *¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema*, en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis M^a Díez-Picazo, T.III, ed. Civitas, Madrid, 2003, *El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral*, ADC abril-junio 2004. BUSTOS PUCHE J.E., *El sujeto beneficiario de la protección registral (propuesta de interpretación armónica de los artículos 32,33 y 34 de la Ley Hipotecaria)*, RCDI nº 679, 2003. JIMÉNEZ PARIS T.A., *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley*

registrar que no inscribe su adquisición en relación a un adquirente posterior que si la inscribe, conforme resulta del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861.

La decisión de no sustituir el viejo sistema del Derecho común por el nuevo sistema del Derecho de la seguridad del tráfico y, en su lugar, optar por la coexistencia de ambos, si bien con una norma de conflicto favorable a este último merece, a mi juicio, una valoración favorable. Es más, esta decisión puede considerarse uno de los principales aciertos del legislador hipotecario de 1861 y de los posteriores.

En efecto, ello evitaba la imposición *forzosa* del nuevo sistema, imposición que, de haberse llevado a cabo, hubiese significado, muy probablemente, un nuevo fracaso y una vuelta a la clandestinidad, lo cual hubiese revestido una mayor gravedad porque, prácticamente culminado el proceso desamortizador, toda la propiedad era libre, lo que hubiera significado la clandestinización de una parte, probablemente importante, a la vista de la evolución posterior, de las propiedades existentes, lo cual hubiera dificultado el desarrollo de los mercados hipotecario e inmobiliario y, como efecto derivado, de la agricultura que era la finalidad pretendida⁵⁷⁵.

Estrechamente ligada con esta decisión se halla otra especialmente destacada por GARCÍA GARCÍA⁵⁷⁶, cual es la regulación de las acciones respecto a tercero contenida en el artículo 36 de la Ley, conforme al cual, *las “acciones rescisorias y*

Hipotecaria, ed. CORPME, Madrid, 2005, RODRÍGUEZ OTERO, *Los efectos de la inmatriculación. Los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 1473 del Código civil*, ed. Dijusa, Madrid, 2007.

⁵⁷⁵ En economías de subsistencia caracterizadas por la escasez de los intercambios inmobiliarios, realizados normalmente entre personas conocidas de grupos reducidos, no tiene el menor sentido que el Estado les obligue o les presione para registrar sus propiedades, ya que el Registro solo les servirá para informarles de lo que ya saben –quién es el dueño de cada inmueble- no para solicitar créditos que no se hallan en su horizonte vital. Forzarles a ello solamente genera desconfianza, expande la creencia de que, en realidad, se trata de una nueva estratagema para obligarles a pagar impuestos –lo que, además, suele ser, también, cierto-. La experiencia española de los Registros de Censos y Tributos, Contadurías de Hipotecas y Oficinas de Hipotecas es elocuente al respecto. Esta es la razón por la cual fracasan, sin excepción, los programas de titulación masiva que se han desarrollado en países del tercer mundo y en vías de desarrollo, fracaso que queda demostrado por el hecho de que apenas se registren segundas transmisiones. Tales programas, por ello, no solamente son costosos sino que, además, son contraproducentes: siembran la desconfianza y dificultan el desarrollo de nuevos proyectos. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario*. RCDI, núm. 700, págs. 613-614.

⁵⁷⁶ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, 1988, págs. 202 y 203.

resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley”.

La razón de esta excepción radica en que, en aquella época, estas acciones afectaban a los terceros, al no existir la distinción entre efectos reales y personales que luego clarificará el Código civil. Como señala GARCÍA GARCÍA, la Ley Hipotecaria de 1861 dio el primer paso limitador del alcance de estas acciones; posteriormente, el Código civil clarificó que estas acciones eran personales, si bien podían afectar a tercero mediante la anotación preventiva de las mismas.

El nuevo sistema, ciertamente, hacía que las propiedades fuesen más seguras y, por lo tanto, más valiosas. Ahorraba costes pero, a cambio, exigía otros, -tales como documentación notarial del acto o contrato, comprobación de su legalidad por el Registrador y, en su caso, inscripción registral y nula probabilidad de elusión fiscal-. Incurrir en tales costes solamente tenía sentido para quienes percibieran que su propiedad se hallaba en peligro jurídico, la hubiesen adquirido de un desconocido, tuviesen intención de comerciar con ella o de utilizarla como garantía para un préstamo. Si no se daba ninguna de estas circunstancias, no tenía sentido incurrir en tales gastos. En efecto, los agentes económicos tienden a comportarse racionalmente y sólo invierten en costes transaccionales hasta el límite de la utilidad marginal.

La escasa utilización del nuevo sistema – en 1944, según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de ese año, todavía había un 60% de la propiedad sin inscribir y, además, se había iniciado una fuerte corriente desinscribitoria- durante largo tiempo demuestra lo acertado de la medida. El legislador dejó en manos del mercado elegir el grado de protección preferido y el mercado fue eligiendo, pasándose muy lenta y progresivamente al nuevo sistema, conforme iba aumentando el valor de las propiedades, el volumen de circulación y las necesidades de crédito.

Según GARCÍA ORALLO⁵⁷⁷, el número de compraventas transcritas en los Oficios de Hipotecas, durante los años cincuenta del siglo XIX se movía en torno a las

⁵⁷⁷ Véase GARCÍA ORALLO R., “El Registre de la Propietat i la informació: el miratge de la modernització institucional espanyola (Catalunya, 1861-1950)”, págs. 348-356, en *Dels capbreus al Registre de la Propietat. Drets, Títols i Usos Socials de la informació a Catalunya (segles XIV-XX)*,

250.000; pocos años después de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861, el número anual de transmisiones mediante contrato había aumentado ligeramente hasta superar en determinados momentos las 300.000, para ir bajando posteriormente. Habrá que esperar hasta finales de los años 40 del siglo XX para encontrar cifras de contratación similares a las del periodo 1868-1873, lo que, según TAFUNELL⁵⁷⁸, constituye una verdadera sorpresa a la espera de una explicación, dentro del análisis cuantitativo de la economía española de los dos últimos siglos.

Por lo que se refiere a la evolución del crédito hipotecario –objetivo esencial de la Ley Hipotecaria como instrumento para atraer capitales a la agricultura-, el impacto inicial de la Ley parece claro. Los créditos hipotecarios crecieron con fuerza a partir de 1863, momento de entrada en vigor de la Ley, alcanzando su máximo nivel en 1868, para ir cayendo posteriormente. A comienzos del siglo XX, el número de préstamos hipotecarios sobre fincas rústicas permanece estancado, mientras que crece progresivamente el de préstamos hipotecarios sobre fincas urbanas, hasta que, a comienzos de los años 20 del pasado siglo, estos últimos superaron a los primeros, aunque sin llegar a alcanzar conjuntamente los niveles de la década de los años sesenta del siglo XIX. La guerra civil supuso un paréntesis en esta trayectoria. Habría que esperar hasta los años 50 del siglo XX para recuperar los niveles anteriores al conflicto.

No se trata ahora de profundizar en las razones de esta lenta evolución sino de poner de manifiesto la misma. Este hecho demuestra, a mi juicio, el acierto de los sucesivos legisladores hipotecarios al permitir la convivencia de sistemas: uno facilita eludir costes directos explícitos e implícitos pero proporciona menor seguridad; el otro conlleva mayores costes directos explícitos, pero en cuanto a los implícitos -aumenta unos, v.gr.: imposibilidad de elusión fiscal- pero disminuye otros -necesidad de investigaciones retrospectivas costosas y siempre inseguras- proporcionando mayor seguridad. Los agentes elegirán el que consideren más adecuado a sus intereses en función de las circunstancias, es decir, se comportan racionalmente e invierten en costes de transacción hasta el límite

CONGOST R. (Ed.). ed. *Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines, Centre de Recerca d'Història Rural (Institut de Recerca Històrica) de la Universitat de Girona y Documenta Universitaria*, Girona, 2008.

⁵⁷⁸ TAFUNELL, X., “Urbanización y Vivienda”, CARRERAS, A. y TAFUNELL X. (cords.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX, v.II*, Bilbao, 2005, Fundación BBVA, pág. 466.

de la utilidad marginal. Esta solución desincentiva, por ello, la informalidad o clandestinidad de las transacciones inmobiliarias.

Es preciso subrayar que los costes directos no son los costes totales, pues no incluyen aquellos en los que habría que incurrir si las instituciones que los requieren no existieran, los cuales serían superiores.⁵⁷⁹ Es ese ahorro de costes transaccionales, precisamente, lo que justifica la existencia de cualquier institución.⁵⁸⁰

La masiva legalización de propiedades clandestinas que supuso la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861 y la concesión al mercado de la posibilidad de optar entre ambos sistemas fueron dos de las más sabias y prudentes decisiones adoptadas por el legislador de 1861.

⁵⁷⁹ GARCÍA ORALLO R., “El Registre de la Propietat i la informació: el miratge de la modernització institucional espanyola (Catalunya, 1861-1950)”, en *Dels capbreus al Registre de la Propietat. Drets, Títols i Usos Socials de la informació a Catalunya (segles XIV-XX)*, CONGOST R. (Ed.). ed. Associació d’Història Rural de les Comarques Gironines, Centre de Recerca d’Història Rural (Institut de Recerca Històrica) de la Universitat de Girona y Documenta Universitaria, Girona, 2008, págs. 349-350- sostiene acertadamente que en la ordenación jurídica liberal conviven la propiedad inscrita, regulada por la Ley Hipotecaria y el artículo 606 del Código Civil, y la no inscrita, bajo el marco de los artículos 609 y concordantes del Código civil –recogiendo la opinión de DE CASSO en *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Instituto de Derecho Civil, Madrid, 1951- Considera este hecho una deficiencia histórica asumida aunque no solucionada. No argumenta tal afirmación, de la cual discrepo. Una cosa es que el sistema de seguridad del tráfico jurídico deba ser lo menos costoso posible y otra muy distinta es negar que, inevitablemente, ha de tener mayores costes directos que el sistema del Derecho común, es decir, las medidas complementarias necesarias para poder contratar con alguna certidumbre. En la medida en la que su función es dotar de seguridad a la propiedad y facilitar las transacciones entre desconocidos en un entorno muy amplio –en rigor, dentro de todo el territorio sobre el que se extiende la soberanía del Estado-, requiere instituciones más costosas que las necesarias en una economía de subsistencia, pero dichas instituciones se justifican, siempre porque, pese a su coste directo, evita costes alternativos superiores. Como observa NORTH D.C. *Understanding the Process of Economic Change*. ed. Prince University Press, 2005, pág. 91, en cita ya transcrita en páginas anteriores “el movimiento desde el intercambio personal al impersonal siempre incrementa el coste transaccional total pero la consecuencia es una drástica reducción de los costes de producción, en mucha mayor medida que se incrementan los costes transaccionales y de ello deriva el dramático crecimiento de las economías modernas”.

⁵⁸⁰ La función de las instituciones como instrumentos de ahorro de costes transaccionales es uno de los temas clásicos del análisis económico del Derecho. Pueden verse, entre otros, WILLIAMSON O.E., *The Economic Institutions of Capitalism*, ed. Collier MacMillan Publishers. 1985, ALCHIAN A.A., *Economic Forces at Work*, ed. Liberty Press, 1977, FURUBOTN E.G and RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, The University of Michigan Press, 2005. NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1995. WILLIAMSON O.E. y MASTEN S.E., *The Economic of Transaction Costs*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd, 1999. EGGERTSSON Th., *El comportamiento económico y las instituciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

11.3.4. En cuanto a las hipotecas la Ley prohibió las hipotecas generales y extendió la exigencia de inscripción a las hipotecas legales, salvo algunas excepciones que se mantuvieron

La Ley reconocía dos clases de hipotecas: voluntarias y legales -artículo 137-. Respecto de las primeras la inscripción era necesaria para producir efecto frente a tercero, pero no tenía valor constitutivo en sentido estricto -artículo 146-. Será el artículo 1875 del Código civil el que introduzca el carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción de hipoteca. La ley convirtió en expresas ⁵⁸¹ las antiguas hipotecas legales tácitas y, además, redujo su número -si bien mantuvo algunas excepciones⁵⁸²- y, en relación a las hipotecas, la inscripción era constitutiva -artículo 159-. La ley no admitió las hipotecas judiciales; en su lugar, reguló las anotaciones preventivas que, además, servían para otros fines.

⁵⁸¹ Lo que significaba que las hipotecas legales, bajo el nuevo régimen, no nacían de manera automática, sino que la ley reconocía a las personas a cuyo favor las establecía, el derecho a exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para garantizar su deuda.

⁵⁸² Las hipotecas legales que se mantenían pero para cuya efectividad se requería inscripción expresa aparecen recogidas en el artículo 353 de la LeHipotecaria de 1861, a cuyo tenor:

“Las hipotecas legales existentes, cuya inscripción, como hipotecas especiales, podrá exigirse, según lo dispuesto en el artículo 347, serán las que á la publicación de esta Ley existan con el carácter de tácitas:”

No obstante, se mantuvieron algunas excepciones, recogidas por el artículo 354 de la misma ley, según el cual:

“No podrán exigir la constitución é inscripción de hipoteca especial, según lo dispuesto en el artículo 347, y salvo lo prescrito en los artículos 365 y siguientes, los que á la p a la publicación de esta ley se hallen disfrutando algunas de las hipotecas generales que establecía la legislación anterior:

1º.- En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por la dote y parafernales que les hayan sido entregados.

2º.- En favor, también de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por la dotes y arras que estos les hayan ofrecido.

3º.- En favor de los hijos, sobre los bienes de los padres, por los que tengan la cualidad de reservables.

4º.- En favor de los hijos, sobre los bienes de los padres, por los de su peculio que estos usufructen ó administren.

5º.- Las hipotecas análogas que establecieren los fueros ó leyes especiales”.

La Exposición de Motivos justificó esta medida en la necesidad de reservar la armonía familiar porque transformar estas hipotecas en expresas supondría alterar la situación de los derechos y obligaciones de los integrantes de la familia.

Impuso el principio de especialidad, lo que supuso la supresión de las hipotecas generales, previsión que se estableció expresamente en el artículo 20 de la Real Orden de 12 de junio de 1861 que contenía la Instrucción sobre la manera de otorgar los instrumentos públicos sujetos a Registro. Disponía:

“Que los escribanos no insertarán en ninguna escritura, aunque los otorgantes lo reclamen, la cláusula general de quedar hipotecados todos los bienes presentes o futuros, en seguridad del cumplimiento de las obligaciones estipuladas”⁵⁸³

En relación a las hipotecas, pues, las novedades que realmente introdujo la ley fueron: la supresión de las hipotecas generales y la disminución del número de hipotecas legales tácitas. La legislación anterior –ampliamente incumplida con la aceptación de los jueces- ya venía exigiendo la constancia registral en materia hipotecaria, con mayor o menor alcance según las diferentes interpretaciones.

Ello nos revela cuál es el sentido de las expresiones “*publicidad*” y “*especialidad*” que atraviesan toda la Exposición de Motivos de la Ley. La inteligencia de la segunda no ofrece problema alguno. Respecto de la primera significa que la hipoteca legal expresa pasa a ser la regla y la tácita la excepción, mientras que, con anterioridad, las hipotecas legales eran, todas ellas, tácitas y generales. Respecto de la propiedad significa, por un lado, que la inscripción pasa a ser parte esencial del nuevo sistema transmisivo y, por otro, que incorpora el título –o, si se prefiere, el derecho-; pero la inscripción, en cuanto tal, es analíticamente distinta de la idea de publicidad. Desde otro punto de vista, significa que se configura como un derecho el acceso al conocimiento del contenido de las inscripciones para quienes tengan *interés conocido* -artículo. 279-, sin que se precise para ello el consentimiento del titular registral.

⁵⁸³ SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME, 1996. pág. 454 nota 141. El principio de especialidad se deduce también de determinados preceptos de la Ley Hipotecaria, tales como los artículos 119 y 120. Según el primero: “*Cuando se hipotequen varias fincas á la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravamen de que cada una deba responder*”. Según el segundo. “*Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad á que respectivamente estén afectos y la que á la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los anteriores artículos*”.

Las dificultades de tránsito del viejo al nuevo sistema y las resistencias ofrecidas dieron lugar a diferentes proyectos de reforma⁵⁸⁴.

11.3.5. La Ley Hipotecaria de 1861 derogó la regla de la reivindicabilidad ilimitada para quienes optaran por la circulación registral de sus derechos y se hallasen protegidos por la fe pública registral

La principal innovación introducida por la Ley Hipotecaria de 1861—innovación que no llegó a entrar en vigor— fue la derogación de la regla de *reivindicabilidad ilimitada*, propia del Derecho común, en el ámbito inmobiliario, pero tan solo para quienes optaran por la circulación registral de sus derechos, en los términos establecidos por la propia Ley. Así lo disponía el artículo 34:

“... los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

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

Este precepto significaba la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada para quien adquiriera de un titular registral con facultad de disponer e inscribiera su

⁵⁸⁴ En concreto el de 11 de abril de 1864 y el de 7 de abril de 1866. En el primero se pretendía el abaratamiento del acceso al Registro mediante la admisión de documentos privados, especialmente en las zonas donde la propiedad estaba muy fragmentada. En el segundo, destaca la pretensión de que los títulos antiguos pudieran inscribirse en cualquier tiempo con las formalidades y efectos establecidos en la legislación en vigor en el momento de su otorgamiento en un Registro independiente del Registro de la Propiedad, Registro en el que debía quedar constancia también de los bienes inmuebles y de los derechos que carecieran de título escrito. Se pretendía también limitar el acceso a los nuevos registros a los instrumentos otorgados con posterioridad al año 1800; la posibilidad de que causasen efectos sin necesidad de inscripción los títulos no inscritos cuyo valor no excediese de 600 reales, y que hasta 1870 las inscripciones posteriores a la ley no provocasen respecto de tercero los efectos que el texto hipotecario establecía. SERNA VALLEJO M. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME, 1996., pág. 489.

adquisición, tan solo después de haberla inscrito. Y siempre que las causas de anulación o resolución no constasen claramente en el propio Registro.

Como consecuencia, la Ley Hipotecaria de 1861, invirtió las reglas de protección de la adquisición efectuada, en relación a las establecidas por el Derecho común, para quienes se acogiesen al régimen de transmisión registral y se hallasen protegidos por la fe pública registral.

En efecto, la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada tiene consecuencias de largo alcance –al igual que en el ámbito de las mercaderías y en el cambiario–, cual es la *inversión de las reglas de protección* de la propiedad respecto de las establecidas por el Derecho común: en el caso de que el titular registral no fuera el *verus dominus* según las reglas del Derecho común, si tenía poder de disposición según el Registro, el que adquiriera del mismo quedaba protegido en su adquisición, una vez la hubiera inscrito, por una regla de propiedad, en lugar de por una regla de responsabilidad como sucedía en el Derecho común, excepto frente a aquellas causas de anulación o resolución del Derecho que constasen claramente del propio Registro.

11.3.6. La Ley Hipotecaria de 1861 hace operativa la reivindicabilidad limitada mediante la imposición de la *abstracción personal* en las relaciones *inter tertios*

Al igual que sucede en el ámbito mobiliario y en el cambiario, la *reivindicabilidad limitada* se hace operativa mediante lo que se ha denominado *abstracción personal*, es decir, estableciendo que las vicisitudes de la relación causal o contractual *inter partes* no afecten a las relaciones *inter tertios*, lo que ordinariamente sucedería como consecuencia de la conexión intercontractual, es decir, de la conexión del contrato del adquirente con los contratos anteriores de adquisición de la titularidad del derecho de propiedad o de imposición de cargas sobre el mismo bien. Ello requería la circulación registral del derecho, tal y como resultaba claramente del artículo 34, y como es propio del Derecho de la seguridad del tráfico: *inter partes* rige el contrato, pero *inter tertios*, tan solo el contenido de la inscripción, al igual que sucede en el ámbito cambiario, en el cual *inter*

partes rige el contrato causal, pero una vez que el derecho ha sido puesto en circulación cambiaria, *inter tertios*, rige solo el contenido cartular.

11.3.7. Para que la limitación de la regla de reivindicabilidad produjera los efectos deseados, la Ley Hipotecaria de 1861 configuró al titular registral –al titular del derecho según la inscripción- como legitimado para disponer desde la perspectiva del tráfico jurídico

Para que estas medidas pudieran conseguir los efectos deseados –corregir las asimetrías informativas existentes en relación a las titularidades y cargas sobre bienes inmuebles, como medio de dotar de seguridad a las adquisiciones de dominio sobre los mismos y, de este modo, convertirlos en activos económicos susceptibles de servir como garantía de prestamos, especialmente, de los dedicados a la agricultura-, no podían fundamentarse en la atribución a la posesión inmobiliaria de los efectos jurídicos atribuibles a la posesión de los bienes muebles, y, especialmente, de mercaderías, por diversas razones a las que me he referido con anterioridad, entre las cuales destacan las características específicas de tales bienes, los cuales son duraderos, difícilmente ocultables y susceptibles de aprovechamientos concurrentes que no conllevan necesariamente posesión.

Pero, si el Estado quería crear unos mercados inmobiliario e hipotecario, era necesario superar la caótica situación existente, en la cual, de un lado, la clandestinidad y la opacidad imperantes en el ámbito inmobiliario, especialmente en relación a atributos tales como titularidades y cargas existentes, cuyo conocimiento es esencial para poder contratar y, de otro lado, la pervivencia de la regla de la reivindicabilidad ilimitada propia del Derecho común, agudizaban el conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos, propio de toda situación en la que confluyen ambos elementos, hasta extremos difícilmente compatibles con la creación y desarrollo de dichos mercados.

La superación de dicho dilema requiere la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada pero sin aumentar los riesgos para el propietario, lo cual se consigue en el ámbito mobiliario atribuyendo a la posesión de buena fe el valor de título,

lo que suministra un legitimado para disponer, sin que ello aumente *de facto* la inseguridad del propietario, como he argumentado en páginas anteriores, pero ello no es posible en el ámbito inmobiliario por las razones expuestas también en páginas precedentes.

Ello, a su vez, significa que, en el ámbito inmobiliario no basta con una intervención normativa –derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada propia del Derecho común- para superar el conflicto entre seguridad y liquidez de los derechos de propiedad, como sucede en el ámbito mobiliario o en el de los derechos de crédito. Se requiere, además, una intervención institucional, dirigida a configurar un *legitimado para disponer* sin que ello aumente, *de facto*, los riesgos del propietario, pues, en otro caso, la inversión de las reglas de protección derivada de la derogación de la regla de reivindicabilidad ilimitada no serviría para conseguir los efectos deseados. Y el Estado es el único capaz de suministrar un legitimado para disponer sin que ello incremente los riesgos para el propietario.

Sobre esta legitimación para disponer organizada institucionalmente se fundamenta la regla de reivindicabilidad limitada de la que deriva la inversión de las reglas de protección de los derechos de propiedad inmobiliarios respecto de las establecidas por el Derecho común, inversión que, a su vez, permite superar el conflicto entre seguridad y liquidez.

En todos los casos, y, por lo tanto, también en el inmobiliario, la *reivindicabilidad limitada* se hace operativa mediante lo que se ha denominado *abstracción personal*, es decir, estableciendo que las vicisitudes de la relación causal o contractual *inter partes* no afecten a las relaciones *inter tertios*, lo que ordinariamente sucedería como consecuencia de la conexión intercontractual, es decir, de la conexión del contrato del adquirente con los contratos anteriores de adquisición de la titularidad o de imposición de cargas sobre el mismo bien.

Ello se consigue dotando a la inscripción de la propiedad normativa denominada posteriormente fe pública registral y organizando un nuevo sistema transmisor que configura la inscripción como eje del mismo. Este es el significado del artículo 34 de la

Ley Hipotecaria de 1861, que nunca llegó a entrar en vigor, y a cuyas vicisitudes me refiero a continuación brevemente.

Por ello, esta fué la innovación esencial: significaba el abandono del viejo sistema transmisivo del Derecho común complementado con medidas paliativas, y la introducción del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario.

11.3.8. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 configuraba la inscripción como epicentro del nuevo sistema transmisivo

Según el citado artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861:

“No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro.

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

Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no sera aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título”⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ Dicho precepto se completaba por los artículos 36 y 37. Según el artículo 36 de la Ley Hipotecaria:

“Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta Ley”.

Y según el artículo 37 de la misma Ley:

“Se esceptuan de la regla contenida en el artículo anterior:

1º.- Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten esplicitamente en el registro.

2º.- Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

La reacción de los propietarios fue tal que, en realidad, esta norma nunca llegó a entrar en vigor, al prorrogarse sucesivamente su entrada en vigor. La primera de las prórrogas fue aprobada por el Gobierno bajo su responsabilidad sin necesidad de refrendo legislativo alguno, mediante el Real Decreto de 31 de diciembre de 1863, y con aplauso general según OLIVER⁵⁸⁶. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno prorrogó de nuevo y por tiempo indefinido las normas transitorias “*hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente*”, mediante Real Decreto de 19 de diciembre de 1865.⁵⁸⁷

Pese a todo ello, este es el verdadero eje de la reforma, el precepto que cambió de manera radical –o mejor, que intentó cambiar, pues nunca llegó a entrar en vigor- la naturaleza y función de la inscripción en relación a las que había tenido hasta ese momento, el precepto que instrumenta el cambio desde el Derecho común al Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario. Y, precisamente por ello, se concentraron sobre él todas las fuerzas que se resistían al cambio.

Para apreciar el impacto que produjo el cambio de sistema, resultan iluminadoras las siguientes palabras del Sr. ORTIZ DE ZÁRATE:

“Esto, en mi opinión, señores, es muy grave; aquí se viene a sancionar un principio enteramente opuesto a los principios y a las acciones legales. Hasta hoy entre nosotros era un axioma que el dueño perseguía la cosa donde quiera que la encontrase,

En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenación fraudulenta”.

También aparecía completado por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria referente a la inoponibilidad de los títulos no inscritos, así como por el artículo 97 de la Ley Hipotecaria relativo a las cancelaciones y según el cual:

“La cancelación de las inscripciones ó anotaciones preventivas no estingue por su propia y exclusiva virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos á que afecte; pero la que se verifique, sin ningún vicio exterior de nulidad de los espresados en el artículo siguiente, surtirá todos sus efectos, en cuanto al tercero que por efecto de ella haya adquirido é inscrito algún derecho, aunque después se amule por alguna causa que no resulte claramente del mismo asiento de cancelación”.

⁵⁸⁶ OLIVER Y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomson Ruters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, págs. 557-558.

⁵⁸⁷ PARDO NÚÑEZ C.R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI núm.: 614, pág. 156, nota 86. Me remito a todo lo expuesto al respecto en las paginas precedentes a prOpósito de lass resistencias que suscitó la introducción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861.

y otro axioma era que nadie podía dar lo que no tenía. Esos dos axiomas vienen abajo con esta ley”.⁵⁸⁸

En efecto, hasta ese momento, el Derecho civil patrimonial aparecía gobernado en el ámbito inmobiliario por los principios “*nemo dat quod non habet*” y su consecuencia lógica “*ubi rem meam invenit ibi vindico*”, y la inscripción tan sólo servía, en el mejor de los casos, para informar al potencial adquirente sobre quién podría ser el *verus dominus* -entendiendo por tal el adquirente civil, esto es, comercial seguido de *traditio*- de quien debería adquirir y cuáles podrían ser las cargas a las que podría estar afecto el derecho que pretendía adquirir, pero sin darle seguridad alguna sobre ninguno de estos extremos, y, además, una vez inscrito su derecho, el Registro no le suministraba protección alguna si resultaba no haber adquirido del *verus dominus* o existían cargas que no constasen en el Registro, en cuyo caso primaban tales derechos sobre su propia adquisición, por lo que, si no había adquirido del *verus dominus* y este reivindicaba su propiedad, el pretendido adquirente se veía privado del derecho que creía haber adquirido. Del mismo modo, si existían cargas no publicadas por el Registro ni manifestadas por el transmitente, el adquirente debía soportarlas. Todo ello con independencia de las acciones personales que pudiera ejercitar en el orden civil y aun de las penales.

Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, a partir de ese momento y en relación a los derechos inscritos –y tan sólo en relación a ellos- se entendía que tales principios quedaban derogados cuando entraban en colisión con la inscripción registral y cedían en favor del tercer adquirente que, habiendo adquirido de quien, según el Registro, era titular del derecho inscrito, inscribía, a su vez, el derecho adquirido del mismo.⁵⁸⁹ En realidad, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria había introducido un nuevo sistema transmisivo, sistema que, a su vez, podía legitimar, en ciertos casos excepcionales, ciertas adquisiciones *a non domino* en aras de la seguridad del tráfico jurídico, sin que pueda afirmarse que esta fuera la función del

⁵⁸⁸ A continuación ORTIZ DE ZÁRATE arremete contra el nuevo sistema alegando que es más justo proteger al *verus dominus*. Véase *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T.I, ed. Castalia, 1989, pág. 162

⁵⁸⁹ No se trata ahora de abordar cuestiones tales como quién era el tercero de este artículo, qué condiciones debía reunir dicho tercero para poder beneficiarse de la protección que dicho artículo posibilitaba. A los efectos de este estudio interesa saber, especialmente, en qué consiste la protección jurídico-real que el mismo establecía y en qué medida derogaba el Derecho Común.

citado precepto sino solamente una consecuencia que podría producirse en ciertos casos excepcionales., como consecuencias de errores cometidos en el procedimiento registral, como argumentará al referirme a este asunto al tratar de la Ley Hipotecaria de 1944/46.

De este modo, la titularidad del tercero quedaba protegida por una regla de propiedad frente a cualquier acción ejercitada por el *verus dominus* o propietario meramente contractual extraño a las inscripciones registrales antecedentes. En este sentido, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria permitía al tercero protegido la acción reivindicatoria, la acción confesoria y cualquier otra acción real.⁵⁹⁰

Además, la inscripción protegía también mediante una regla de propiedad al tercer adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo, nacida de un titular registral anterior que pretendiera la anulación o resolución del derecho del transferente. Por ejemplo, si Ticio fué un titular registral que transmitió en un momento dado a Cayo y este más tarde a Sempronio, cuando Sempronio reunía las condiciones de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, Ticio no podía pretender frente a Sempronio la anulación o resolución del derecho de Cayo y, consiguientemente, del negocio dispositivo a favor de Sempronio. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria decía claramente que el mantenimiento del tercero en su adquisición se producía “*aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito*”.

No lo protegía, sin embargo, frente a las propias causas de ineficacia de su propio acto o negocio adquisitivo. En consecuencia, el nuevo Registro protegía al titular inscrito conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria con una regla de propiedad frente a los terceros pero no contenía protección específica alguna frente a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Los legisladores eran perfectamente conscientes de que el crédito hipotecario requería una propiedad segura y fácilmente transmisible. Así, puede leerse en la EM de la Ley Hipotecaria 1861: “*Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en prestamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas*”.

⁵⁹¹ Algo que se ha venido manteniendo desde entonces (*deferred indefeasibility*). Muchos sistemas Torrens, sin embargo, tienen efectos sanatorios sobre la propia transacción (*immediate indefeasibility*), algo que en nuestro sistema se halla vedado, además, por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. ARRUÑADA B.,

11.3.9. La Ley Hipotecaria de 1861 publicó –dotó de carácter público- al sistema transmisivo que instrumentaba

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 significó la publicación del sistema transmisivo inmobiliario.

Dicha *publicación* tiene dos significados complementarios. A saber:

En primer lugar, significa la exigencia de la conjunción de dos requisitos, (a) uno *ex ante* –haber adquirido de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción- y (b) otro *ex post*: obtener el reconocimiento por el Estado del derecho contractualmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, para que opere la regla de la *reivindicabilidad limitada*, la cual conlleva una consecuencia de largo alcance cual es la inversión de las reglas de protección del *ius disponendi*, en relación a las establecidas por el Derecho común.

Esta exigencia de conjunción de ambos requisitos es imprescindible para que dicha inversión de las reglas de protección produzca un incremento de la liquidez del derecho sin merma de su seguridad, pues el cumplimiento de la misma permite eliminar las asimetrías informativas existentes en el ámbito inmobiliario en relación a la identidad de los titulares de los bienes que se desean adquirir, lo cual es imprescindible para que la inversión de las reglas de protección produzcan el resultado deseado, a saber: incrementar la liquidez del derecho sin merma alguna de su seguridad, o, más precisamente, incrementando, al propio tiempo, la seguridad del propietario.

En segundo lugar, la *publicación* significa que la identidad del titular reconocido por el Estado como tal, y, por tanto, el titular, puede ser conocida por quien tenga interés legítimo *sin consentimiento del mismo*, mediante una simple consulta a la

Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa. ed. Palestra (Perú), 2004, pág. 102.

institución del Estado que tiene atribuida la función de realizar tal reconocimiento, y que el conocimiento así obtenido basta para disipar las asimetrías informativas existentes en cuanto a la titularidad, cargas y extensión del derecho, de conformidad con las reglas de buena fe, por lo que no debe consultar ni, por lo tanto *temer*, ninguna información que, de existir, podría afectarle si el Estado no realizara esta labor de reconocimiento –lo que es tanto como decir, de atribución o asignación de derechos- mediante la institución creada al efecto.

En este sentido, la Ley Hipotecaria de 1861 disponía en su artículo 280: “*Los registradores pondrán de manifiesto los registros en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros del oficio, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación*”.⁵⁹² Y el artículo 285 disponía lo siguiente: “*Los registradores no espedirán las certificaciones de que tratan los anteriores artículos, sino a instancia por escrito del que, a su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate, o en virtud de mandamiento judicial*”.

11.4. La contrarreforma hipotecaria de 1869: la purga sustituye a la fe pública registral

De este modo se preparó el camino para la contrarreforma de 21 de diciembre de 1869, en la que la fe pública registral cedió ante la purga, que ya no se concebía como un mecanismo de seguridad complementario al de la fe pública sino que la sustituyó⁵⁹³. En el aspecto concreto de las notificaciones, la reforma introducida por la Ley Hipotecaria

⁵⁹² La Ley Hipotecaria de 1861 regulaba todo lo referente a la denominada “publicidad formal de los registros” en su título IX. El artículo 281 se refería a las diferentes clases de certificaciones y el artículo 283 disponía: “*La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales solo podrá acreditarse en perjuicio de tercero, por la certificación de que trata el artículo precedente*”.

⁵⁹³ PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm 614, pág. 158.

de 1869 ⁵⁹⁴ ha permanecido en vigor ⁵⁹⁵ hasta que la reforma de 1944/46, las suprimió, época en la que, según parece, el sistema de notificaciones ya había sido desterrado por el desuso, según afirma GARCÍA GARCÍA ⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1869 quedó redactado de la siguiente manera:

“No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro ó si la inscripción se hubiere notificado ó hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta días.

La notificación á que se refiere el párrafo anterior se verificará á solicitud del que, según el Registro, sea dueño del inmueble ó del derecho real, por el mismo registrador, verbalmente ó por escrito, á los anteriores adquirentes que tuviesen registrado su derecho y residan en el territorio del Registro, y por edictos á los que se hallen ausentes ó no sean conocidos, y á los herederos de los que hayan fallecido.

Los requeridos de cualquiera de estos modos que en el término de treinta días no presenten en el Juzgado ó Tribunal correspondiente demanda que pueda invalidar la inscripción notificada, no podrán hacer valer su derecho, si alguno tuviese, contra el tercero que inscriba después el suyo en la forma debida sobre la misma finca, aunque la inscripción anterior provenga de un título falso ó nulo.

La notificación personal se verificará dejando en poder del requerido un breve extracto de la parte de la inscripción que pueda interesarle, recogiendo recibo de ella, ó si no fuera posible extendiendo el mismo Registrador una diligencia de entrega. Si el requerido contestase verbalmente que no tiene reclamación que hacer ó dejare transcurrir el término de los treinta días sin traer al Registro documento que acredite la presentación de su demanda, el Registrador lo hará constar también por diligencia. Cuando el requerido contestase por escrito será este firmado de su puño, y el Registrador lo conservará en su Archivo.

Los edictos, en su caso, se publicarán y fijarán por el Registrador en los parajes acostumbrados del lugar en que radique la finca y del pueblo del Registro, y en el Boletín oficial de la provincia.

Si en los treinta días señalados no se entablare demanda que pueda dejar sin efecto la inscripción, el Registrador, ocho días despues, pondrá en esta una nota marginal expresando aquel resultado. En cualquiera otro caso no se extenderá dicha nota hasta que sea vencido en juicio el anterior adquirente que hubiera reclamado contra la inscripción.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable á la inscripción de la mera posesión, á menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito”. Leyes hipotecarias y registrales de España, ed. Castalia, 1989, Tomo. I, Vol. I, pág. 529.

⁵⁹⁵ Posteriormente, en 1877, se introdujo el requisito de la *onerosidad*. El origen de la Ley de 17 de Julio de 77 fué una proposición presentada por el senador D. Valeriano Casanueva, en la que la única modificación que se trataba de introducir en el artículo 34 era la sustitución de las palabras “*en cuanto a tercero*” por “*en cuanto a las que con aquella habían contratado*”. Fue la Comisión la que añadió la frase “*a título oneroso*”. Véase *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, Vol.I, ed. Castalia, 1989 págs. 651 ss. Posteriormente, la Ley Hipotecaria de 1909 introdujo un último párrafo referente a las adquisiciones de bienes comprados al Estado, a cuyo tenor: “*Transcurrido el plazo de quince años desde su fecha, las inscripciones de bienes comprados al Estado sean anteriores o posteriores a esta ley, no podrán ser anuladas por exceso de cabida ni por otras causas que no consten en el Registro*”. Como observa GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, T.II*, ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 248, el precepto respondía al plazo de prescripción de quince años del Código civil que la Ley de Contabilidad del Estado de 1 de Julio de 1911 aplicó también a las ventas de bienes del Estado y a las acciones que el propio Estado tenía para anular tales ventas por exceso de cabida u otras causas, como la falta de pago del precio aplazado, etc.

⁵⁹⁶ Según este autor, el sistema de notificaciones no llegó prácticamente a aplicarse.

De ser así, ello se debe a que, de hecho, hacía tiempo que había desaparecido su razón de ser. En efecto, el expediente de liberación había sido introducido en 1861 con el objetivo de permitir a los propietarios inscritos extinguir las cargas ocultas que gravaban sus fincas por razón del viejo Derecho que el legislador había decidido respetar.

En 1869 se dió un paso más y se admitió la existencia de acciones y derechos ocultos nacidos de derechos inscritos: el título inscrito, aun en lo que el asiento no publicaba y, por lo tanto, ocultaba, también perjudicaba. En consecuencia, no cabía deducir de la inscripción presunción alguna de legitimidad y existencia del derecho en los términos que el asiento recogía.

Por otro lado, en 1875 concluyó el denominado periodo transitorio, por lo que, a partir de ese momento, ya no cabía inscribir los derechos adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 1863 con efecto retroactivo. Finalmente, la reforma hipotecaria de 1909 dispuso la caducidad de los asientos de las contadurías en cinco años.

De este modo, gran parte de las cargas ocultas que podrían perjudicar al tercero hipotecario fueron declaradas extinguidas por ministerio de la ley, por lo que, en gran parte, desaparecieron las razones que justificaban el expediente de liberación: la purga legal había acabado con la necesidad de la judicial⁵⁹⁷.

Ello permitirá que poco a poco se fuera abriendo camino el denominado principio de legitimación, fundamento lógico de la fe pública registral. Pero habría que esperar hasta la Ley Hipotecaria de 1944.

GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.III, ed. Civitas, Madrid 2003, pág. 246.

⁵⁹⁷ PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm 614, págs. 159-161.

11.5. La oposición a la introducción al nuevo sistema: sus causas

Con el sistema introducido por la Ley Hipotecaria de 1861 ganaban todos, especialmente los acreedores, y no solo unos a costa de otros⁵⁹⁸. Sin embargo, la nueva Ley desató una fuerte resistencia, especialmente la fe pública registral introducida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Aunque el objeto de este estudio no es el análisis de las causas de tales resistencias, sino el expuesto al inicio, es necesario hacer una referencia, por breve que sea, a las causas de oposición al nuevo sistema.

Sin duda, el sistema introducido por la Ley Hipotecaria de 1861 estaba llamado a pivotar sobre la inscripción: según su artículo 23 los títulos no inscritos no eran oponibles frente a los inscritos; y, según el artículo 34, si se adquiría de un titular inscrito y, a su vez, el adquirente inscribía el derecho adquirido, quedaba inmune frente a las causas de anulación o de resolución del derecho de transmitentes anteriores al suyo que no constasen claramente en el Registro, si bien, como hemos visto, la interpretación que predominó fue que, una vez inscrito el derecho por su titular, si este lo transmitía y el adquirente inscribía, este no quedaba inmunizado frente a las causas de resolución o anulación del título de su transmitente.

Dicho de otro modo, el sistema del Derecho común seguía operando entre titulares no inscritos, pero no podría operar en relación a titulares inscritos. Los sectores opuestos al nuevo sistema consiguieron forzar la interpretación del nuevo artículo 34 en el sentido de que si un titular inscribía su derecho, dicho titular seguía conservando todas las facultades reconocidas por el Derecho común y, por lo tanto, podía ejercitarlas incluso contra titulares inscritos con posterioridad aun cuando las causas de anulación o resolución de su derecho no constasen inscritas.

⁵⁹⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI núm 703, págs. 2132 ss.

La eficacia del nuevo sistema quedaba reducida, pues, a las relaciones entre titulares inscritos y no inscritos. Y, de hecho, durante el periodo transitorio, - sucesivamente prorrogado -, el nuevo sistema no era eficaz ni siquiera en las relaciones entre titulares inscritos y no inscritos. La inscripción, por lo tanto, no ofrecía protección alguna y, en consecuencia, seguía siendo preferido como propietario quien tuviese el título más antiguo, lo hubiese inscrito o no.

Los sectores opuestos a la reforma estaban, pues, consiguiendo sus objetivos, hasta conseguir la contrarreforma de 1869 ¿Cuáles eran las causas de esta oposición? Es esta una cuestión compleja que merece un estudio pormenorizado. Podemos señalar las siguientes:

1.- La firme oposición mostrada por los grandes propietarios hay que relacionarla con el hecho de que un número importante de ellos careciera de título.

Desde la Constitución de 1812 y hasta la Ley de 26 de agosto de 1837 de supresión de los señoríos jurisdiccionales se desarrolló el procedimiento de transformación de los señoríos jurisdiccionales en propiedad particular, propiedad que, para acceder al Registro, necesitaba de la presentación de la titulación exigida por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria de 1861, titulación de la que, muy probablemente, carecían muchos antiguos señores.

El Decreto de 5 de agosto de 1811 había dispuesto que *“los señoríos territoriales y solariegos quedan ahora en la clase de los demás derechos de propiedad particular, si no son de aquellos que por su naturaleza deban incorporarse a la Nación, o de los que no se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron, lo que resultará de los títulos de adquisición”*.

Este precepto planteó la duda de si para ser reconocidos propietarios los antiguos señores debían presentar los documentos justificativos de sus derechos sobre la tierra. La Ley de 3 de mayo de 1823 resolvió tal duda en sentido afirmativo; en efecto, según su artículo 2 el requisito de la presentación de los títulos ante los jueces de primera instancia era requisito indispensable para el reconocimiento de sus derechos de propiedad particular sobre la tierra.

Finalmente, la Ley de 26 de agosto de 1837 dio un giro en beneficio de los señores. En efecto, según sus artículos 1 y 2 todos los censos, pensiones, rentas, terrenos, haciendas y heredades situadas en señoríos jurisdiccionales se consideraban *ex lege* de propiedad particular, y sólo en el caso de que los antiguos señoríos fueran jurisdiccionales, sus titulares tenían obligación de presentar ante el juez de primera instancia sus títulos para que este constatará que, una vez incorporados a la Nación los derechos jurisdiccionales, los antiguos señores tenían derecho sobre las tierras. Pero, incluso, en este supuesto, las dificultades de los antiguos señores para que fueran reconocidos sus derechos de propiedad eran mínimas, y en la mayor parte de las ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretó los textos jurídicos en beneficio de los antiguos señores, consolidando de esta manera sus derechos de propiedad⁵⁹⁹.

Ahora bien, ¿cómo acceder a la protección registral? Ante este objetivo se hallaban diferente situación aquellos señores que habían tenido obligación de presentar sus títulos ante el juez de primera instancia y aquellos otros a los que no se les había impuesto tal obligación.

En principio, aquellos que teniendo esta obligación cumplieron con ella y consiguieron sentencia judicial favorable fueron quienes menos dificultades encontraron para proceder a la inscripción de sus derechos, pues el artículo 3 de la Ley Hipotecaria admitía la ejecutoria como título para la inscripción. Por el contrario, aquellos otros respecto de los que no había existido obligación de presentar sus títulos en el momento de entrar en vigor el texto de 1861 hubieron de acudir al régimen previsto en los artículos 397 a 410 de la Ley como medio para lograr la providencia judicial necesaria en el caso

⁵⁹⁹ La solución final que se adoptó en el conflictivo tema de los señoríos resultó bastante favorable para la nobleza. La ley de 26 de agosto de 1837 obligaba a los señores a presentar los títulos cuando se estuviesen dirimiendo sus derechos de propiedad territorial en lugares en los que hubiesen ejercido jurisdicción. Pero esta norma facultaba a los señores a legalizar sus derechos probatorios en juicios instructivos en los que los pueblos no podían intervenir y en los que se otorgó validez a los fallos de los tribunales del Antiguo Régimen. Ello, junto con otras circunstancias –corrupción, connivencia de intereses- hizo posible que dudosos derechos señoriales sobre la tierra se transformasen en derechos de plena propiedad privada sobre la misma. No obstante, en Valencia y en otras zonas de la Corona de Aragón, el conflicto acerca de los derechos señoriales sobre la tierra no se dilucidó mayoritariamente a favor de las casas nobiliarias. En general estas no resultaron favorecidas en tales litigios cuando las cesiones enfitéuticas eran predominantes y los grupos sociales intermedios tenían un peso social considerable. LLOPIS ARGELÁN E., "Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789)", en *Historia económica de España (siglos X-XX)*, COMÍN F., HERNÁNDEZ M. y LLOPIS E. (eds.). ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 181-182.

de no disponer de título de dominio escrito para que dicho derecho pudiese acceder a los libros registrales⁶⁰⁰.

GARCÍA ORMAECHEA⁶⁰¹ argumentó que la oposición que manifestó la nobleza señorial en las Cortes de 1836-1837 al requisito de la presentación de sus títulos indica la inexistencia de dichos títulos en numerosas ocasiones. Pues bien, la constante presión de los grandes propietarios, para evitar la entrada en vigor del nuevo sistema registral, indica, igualmente, la falta de título de muchos de ellos. Puesto que el nuevo sistema pivotaba sobre la inscripción y para la inscripción se requería título, dado que muchos de ellos carecían del mismo, lo mejor sería neutralizar los efectos de la inscripción tanto en relación a los títulos inscritos como a los no inscritos.

2.- Muy probablemente, el nuevo sistema era contemplado con desconfianza tanto por los grandes como por los medianos y pequeños propietarios. Las exigencias formales del nuevo sistema probablemente no eran contempladas como una necesidad propia, especialmente por los propietarios pequeños y medianos, pues muchos de ellos las poseían pública y pacíficamente, no pensaban comerciar con las tierras ni hipotecarlas, sino tan solo cultivarlas. Por ello, el nuevo sistema no podía ser contemplado sino como una nueva estrategia del Estado por razones fiscales. Y, desde luego, la experiencia histórica les daba toda la razón. Por otro lado, la conexión fiscal que la nueva Ley mantenía entre Registro de la Propiedad y Oficina Liquidadora, situando al frente de ambas al mismo oficial público era una razón suficientemente sólida para fundamentar su desconfianza.

A mi juicio, estos dos grupos de razones explican suficientemente la fuerte resistencia desplegada para impedir que la nueva Ley entrara en vigor en sus previsiones más importantes. Es necesario, sin embargo, referirse a una tercera.

614 SERNA VALLEJO M. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME, pág. 274.

⁶⁰¹ GARCÍA ORMAECHEA R. *Supervivencias feudales en España (Sobre el problema de los señoríos)*”, RGLJ, 160, 1932, págs. 569-663. También se refiere a la falta de titulación de muchos propietarios como causa de oposición a la ley PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, en RCDI, núm 614, pág. 154 nota núm. 93.

3.- Muy posiblemente, la Ley contó también con la oposición de los escribanos. Ciertamente, la nueva Ley Hipotecaria fue la causa directa de la renovación de los escribanos, mediante la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo 1862. Aunque este asunto no ha sido objeto de estudio específico, no es arriesgado suponer tal oposición, por varias razones. En primer lugar, porque la nueva Ley Hipotecaria les privaba de la competencia para la llevanza de los nuevos Registros⁶⁰². En segundo lugar, porque el nuevo sistema registral, basado en la fe pública registral, una vez se consolidada, les haría perder protagonismo ⁶⁰³. En tercer lugar, porque esa fue la tónica general en Inglaterra, Francia y otros países, básicamente por la pérdida de protagonismo que, en mayor o menor medida, implicaba para el notariado la evolución de los sistemas registrales ⁶⁰⁴.

⁶⁰² Una Real Orden circular de 7 de octubre de 1836 ordenó que en los Ayuntamientos donde los Secretarios no fuesen Escribanos Reales debería encargarse del Oficio de Hipotecas el Escribano más antiguo de la Cabeza del Partido. La nueva Ley preveía la creación de un cuerpo especial, lo que hizo que todos cuantos estaban a la cabeza de los Oficios por un título u otro, reaccionaran, hasta el punto de que se creó en el Senado una Comisión Especial encargada de las pretensiones de este colectivo. Gonzalo de las Casas quien, entonces, ocupaba el cargo de Director de la Gaceta el Notariado solicitó que se encargase la gestión de los registros a los depositarios de la fe pública y en los casos en que no fuera posible que, al menos, se respetasen los derechos adquiridos de aquellos que hasta la fecha habían estado al frente de las Contadurías de Hipotecas, bien de modo natural, bien legalmente mediante la correspondiente indemnización a los propietarios que, por juro de heredad o mediante un usufructo vitalicio venían disfrutando del cargo. La Comisión rechazó tales pretensiones, si bien entendió que, respecto de aquellos que habían comprado el derecho a la Corona, es decir, en relación a los Contadores de Hipotecas debía proceder la correspondiente indemnización. Sin duda, la organización del notariado mediante la Ley del año siguiente, 1862, permitió una mejor organización del notariado para articular su oposición al nuevo sistema. SERNA VALLEJO M. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME. págs. 477-479.

⁶⁰³ Con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, los notarios, según RODRIGUEZ ADRADOS A., en *Comentario del Código Civil*, T. II. ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 336, examinaban toda la cadena de títulos de propiedad durante todo el periodo de la prescripción adquisitiva. Esta afirmación –por otro lado, imposible, pues ni el notario ni nadie podía ni puede seguir de ningún modo ninguna cadena de títulos- pone de relieve el mayor protagonismo del notariado cuanto más oscuridad pese sobre la situación jurídica de los inmuebles, su nostalgia de una antigua e idealizada actuación y sus resistencias a la implantación de ningún sistema que clarifique absolutamente la situación jurídica de los inmuebles en favor de adquirentes y acreedores. Sobre el diferente papel de notarios y *solicitors* en general en un registro de documentos y en uno de derechos, véase ARRUÑADA B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, ed. Palestra, Perú, 2004, pág. 93

⁶⁰⁴ NOGUEROLES PEIRÓ N. *La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista*. En *Historia de la Propiedad (Crédito y garantía)*. DE DIOS S, IINFANTE J, ROBERTO R y TORIJANO E. (Coords). ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2007, págs. 857-859. Según NOGUEROLES PEIRÓ N., en el *Estudio introductorio* a la obra de Torrens R.R., *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*, traducido por NOGUEROLES PEIRÓ N. y MARTÍNEZ ESCRIBANO C., ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011, el establecimiento del Registro en Inglaterra y Gales contó desde el principio con la oposición de los *solicitors* y de la aristocracia terrateniente. Sin embargo, la oposición de la aristocracia se fue mitigando en la medida en que el Registro se desligó de las leyes que pretendían reformar la primogenitura, se conservó el carácter secreto del contenido del Registro y las clases medias fueron adquiriendo una mayor influencia. En cambio, la oposición de los *solicitors* se articuló alrededor de la *Law Society* y adoptó distintas formas: unas veces la oposición fue frontal, en otras pretendía simplificar los títulos como alternativa a la implantación del Registro y, finalmente, cuando la implantación del Registro parecía inminente propugnaron un *Register of*

11.6. Reflexión sobre las razones que impulsaron la introducción en España del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario

Resulta muy iluminador comprobar cómo, ante el mismo tipo de problemas, las soluciones alumbradas suelen ser muy parecidas.

En efecto, cuando el Estado se ve en la necesidad de organizar el mercado inmobiliario —, en España, en el siglo XIX como consecuencia del reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre la tierra, de la salida a mercado de numerosas propiedades amortizadas y vinculadas y de la necesidad de atraer capitales para el desarrollo de la agricultura- recurre a soluciones jurídicas que incorporan los mismos principios jurídicos que las elaboradas por los comerciantes en las postrimerías de la Edad Media para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de bienes muebles y mercaderías, soluciones que integraron desde fines del siglo XI, durante el siglo XII y a comienzos del siglo XIII un cuerpo integrado de conceptos, principios, reglas y procedimientos conocido bajo el nombre de *Lex Mercatoria*.

El efecto de este conjunto de normas fue especialmente alentador para la expansión del comercio. Las leyes preexistentes del Derecho romano y germánico no dotaban a las transacciones de la seguridad y certeza que necesitaban los comerciantes, porque ninguna ley los protegía contra las eventuales reclamaciones del propietario original de mercancías robadas o perdidas que el comerciante hubiera adquirido de buena fe.

Pues bien, en España - y en otros países, como Alemania (Prusia)- por las razones expuestas, cuando el Estado se vio en la necesidad de organizar los mercados hipotecario

Deeds o Registro de documentos. La situación era muy parecida en Francia. GUILLOUARD escribió que el primer obstáculo para la creación del *libre foncier* era la hostilidad de todas las personas que, en el mundo de los negocios “viven de la oscuridad de nuestro régimen hipotecario y estas personas son legión”. Lo mismo sucedió en Italia, así como en Australia y Tasmania. Véase NOGUEROLLES PEIRÓ N., en el *Estudio introductorio* a la obra de TORRENS R.R., *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011.

e inmobiliario, recurrió a soluciones de idéntica arquitectura jurídica, si bien adaptadas a las características de los bienes inmuebles y al carácter real de los derechos sobre los mismos. Por ello, creó el Registro de la Propiedad y atribuyó a la inscripción determinadas *propiedades normativas*, en cuya virtud se trasladan al ámbito inmobiliario los principios básicos que venían gobernando el comercio de bienes muebles, específicamente letras de cambio y mercaderías, privilegiando la posición del adquirente de buena fe, previa organización de un régimen institucional en el que dependía del denominado *verus dominus* el hecho de que no pudiera privarle de su derecho un tercero de buena fe. Para evitarlo, le bastaba con inscribir previamente su derecho, es decir, con obtener una resolución favorable en el procedimiento necesario para que el Estado reconociera su derecho y comprometiera toda su fuerza coercitiva en su defensa.

No todos los estados, sin embargo, –v.gr. Francia, Italia- optaron por las mismas soluciones. Prefirieron seguir manteniendo los viejos principios del Derecho Común, adoptando medidas paliativas –registros de documentos- del dilema generado por el mantenimiento de la regla de reivindicabilidad ilimitada en un entorno de información escasa y asimétricamente distribuida sobre los *iura in rem* recayentes sobre los inmuebles. En esos países no fue posible la evolución institucional dirigida a la superación de dicho dilema.

En el caso de España, existe una razón, al menos, que explica el alto grado de implicación del Estado en la organización de un mercado inmobiliario en nuestro país.

Fueron el fracaso del Proyecto de 1851 y la convicción generalizada de que era necesario atraer capitales hacia la agricultura, junto con la constatación de que el sistema existente lo imposibilitaba –por las razones expuestas- los factores que determinaron que se optara por elaborar una Ley Hipotecaria al margen del proceso codificador. Desde esta perspectiva, de poco o nada servirían las profundas reformas introducidas por los diferentes gobiernos liberales en el régimen jurídico de los derechos de propiedad sobre la tierra si no se alumbraba un sistema que dotase de claridad y de seguridad a las

titularidades –plenas y menos plenas- sobre dichos derechos y facilitase la circulación de estas⁶⁰⁵.

La *finalidad última* de la creación del Registro de la Propiedad en 1861 fue el fomento del crédito territorial –en la terminología de la época, o hipotecario, en la terminología actual-, y, para ello, debía conseguir, previamente, una *finalidad instrumental*, cual era que los derechos de propiedad sobre la tierra –una vez configurados por la revolución liberal de la primera mitad de siglo- fueran seguros y fácilmente transmisibles, pues, de lo contrario, difícilmente podían servir de garantía crediticia.

En efecto, si los derechos de propiedad sobre la tierra no eran seguros, el prestamista no podría tener la certeza de que quien le ofrecía la tierra en garantía fuera el *verus dominus*, lo cual mermaba su valor como garantía; si no eran fácilmente transmisibles en caso de impago, verían muy mermado asimismo su valor como colateral. Con el Derecho común vigente en un entorno de contratación impersonal, los derechos no eran seguros ni fácilmente transmisibles, aun cuando se hubiere proclamado y reconocido la propiedad individual, absoluta y libremente transmisible.

Conseguir la finalidad perseguida en un plazo razonable requería una intervención directa por parte del Estado, pues es esta intervención la única que permite superar el *dilema* entre seguridad y liquidez de los derechos, mediante la creación de un Registro de derechos o de tráfico. Esta razón explicaría, por sí sola, la opción tomada.

Pero, adicionalmente, para que se desarrolle un mercado hipotecario no basta con que la intervención del Estado se circunscriba a conseguir que los derechos de propiedad sobre la tierra sean seguros y fácilmente transmisibles, aun cuando ello sea una condición necesaria. No debemos olvidar que la hipoteca es un derecho real de garantía que, si bien es susceptible de garantizar cualquier tipo de obligación, usualmente garantiza un

⁶⁰⁵ De hecho, así lo expresaba claramente el Decreto de 8 e agosto de 1855:” *Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma á no haberse creído que el Código Civil era el lugar más oportuno para verificarla y nada habría que oponer á este aserto si la complicación inevitable de la obra y las difícilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía, permitieran llevar en breve término á ls Cortes el proyecto de Código Civil.*”. En *Leyes hipotecarias y registrales de España*, T. I. Vol. I, ed. Castalia, 1989, pág. 110.

prestamo o crédito. Y este es un tipo de contrato cuyo desarrollo requiere una especial eficacia del Estado. A este respecto, no debe olvidarse que la finalidad fundamental que indujo a impulsar una Ley Hipotecaria al margen del proceso codificador fue, debido a la lentitud de este, el desarrollo del crédito territorial como instrumento de fomento de la agricultura.

En efecto, los préstamos son contratos de larga duración, en los que si bien ambas partes ganan, sin embargo no ganan ambas partes en cada momento de la vida del contrato. Por el contrario, el prestatario lo gana todo al inicio de la relación contractual – especialmente en el préstamo, tras la entrega del dinero que perfecciona el contrato-, mientras que la prestamista entrega toda su contraprestación al principio sin tener que realizar ninguna otra a lo largo del resto de la vida del contrato, durante el cual es el prestatario el único que tiene que realizar la contraprestación.

Esta estructura de la relación contractual implica, como afirma BARZEL⁶⁰⁶, que, una vez recibido el dinero, la permanencia en el contrato tiene un valor negativo para el prestatario, por lo que, si puede, incumplirá. Ello implica que este tipo de contratos no inducen a su cumplimiento, sino que su desarrollo requiere un tercer imparcial externo e independiente, singularmente el Estado, que fuerce su cumplimiento y, en caso de no ser posible, sancione el incumplimiento, singularmente el Estado.

La configuración de un sistema hipotecario basado en unos derechos de propiedad sobre la tierra seguros y fácilmente transmisibles permite la utilización de tales derechos como garantía, y, por lo tanto, estimula el desarrollo de un mercado crediticio. Pero para

⁶⁰⁶ Sostiene BARZEL que en las interacciones duraderas ambas partes esperan ganar. Tales interacciones requieren una inversión en reputación, e incurren costes de policía de la relación. En las interacciones directas de largo recorrido, incluso aun cuando se cumplan estos requerimientos, pueden no acomodarse los proyectos conjuntamente valorados. Así, una interacción a largo plazo puede presentar un valor positivo para ambas partes al comienzo, pero, a lo largo del tiempo puede tener un valor negativo para una u otra de las partes en diferentes momentos temporales. Cuanto mayor sea la creencia de una parte de que el valor puede devenir negativo para ella, mayor será la ventaja de recurrir a un *enforcer* externo e independiente que asegure el cumplimiento. Definitivamente –sostiene– los contratos de préstamo no pueden ser *self-enforced*, pues el prestatario no tiene incentivos para cumplir una vez que el préstamo le ha sido concedido. Por ello, las partes pueden ganar con un *enforcer* externo que asegure el cumplimiento del contrato. Véase BARZEL Y., *A Theory of State. Economic Rights, Legal Rights and The Scope of the State*. Cambridge University Press, 2002, pág. 36. Define BARZEL el *enforcement* como “una amenaza creíble para inducir al cumplimiento”, pág. 35. Sobre la función del riesgo moral en el ámbito contractual, SALAMIÉ B, *The Economics of Contracts*, ed. MIT Press, Cambridge, Massachussets, 2005, págs. 119-136.

que este se desarrolle se requiere, además, una actuación estatal eficaz. En otros términos, es imprescindible que exista un sistema judicial independiente que decida con agilidad, interpretando correctamente los contratos en caso de disputa sobre su significado y alcance, o de incumplimiento de estos, y un sistema de policía que imponga con celeridad y coactivamente, si fuera necesario, la decisión judicial.

Bajo este presupuesto, la configuración de un sistema hipotecario basado en unos derechos de propiedad sobre la tierra seguros y fácilmente transmisibles sirve de poderoso estímulo para el desarrollo de un mercado hipotecario, pues asegura la efectividad de la resolución judicial en caso de incumplimiento en un breve periodo de tiempo y a bajo coste.

Adicionalmente, puede argumentarse que el sistema introducido, si bien era muy distinto del vigente *de facto*, debido a la inaplicación de la ley por los tribunales, sin embargo no carecía de precedentes en los ordenamientos jurídicos peninsulares.⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ Cabe citar la roboración la cual confería un carácter inatacable a la adquisición efectuada. FERNÁNDEZ ESPINAR R., *La compraventa en el derecho medieval español*, AHDE, T.XXV, 1955, pág. 488. Lo mismo cabe decir de la denominada purga mallorquina, introducida en 1321 y ampliada a través de un Ordenamiento de 20 de diciembre de 1413. SERNA VALLEJO M. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, ed. CORPME. págs. 93-95.

12. La teoría del título y el modo en el sistema transmisivo de bienes inmuebles en el Código Civil

12.1. La teoría del título y el modo

Tras muchas vicisitudes, finalmente se aprobó el Código civil, hallándose en vigor la Ley Hipotecaria de 1869, ley especial que el legislador optó por mantener en vigor, incorporando solamente algunas referencias a la hipoteca y a los asientos registrales. El Código optó por el sistema de transmisión denominado del título y el modo -artículos 609 y 1095 del Código civil- e incorporó numerosas remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente en materia de transmisión de bienes inmuebles. Procede, por ello, analizar a continuación la regulación introducida por el Código civil.

Según MIQUEL⁶⁰⁸ la elaboración de las fuentes había desembocado en Oriente en una doctrina abstracta de la *traditio*, formulada por NICEO, mientras que en Occidente dió lugar a una doctrina causal de la misma: la teoría del título y el modo, cuyas raíces hay que buscarlas en la Glosa.

El sistema del título y el modo que, en su origen, no fue mas que una explicación escolástica al fenómeno de la *traditio* romana, como afirma CUENA CASAS⁶⁰⁹, es el más fiel al sistema romano y, al igual que el mismo, se basa en la distinción entre actos de obligación y actos de disposición.

Los restantes sistemas jurídicos se han separado del sistema romano en materia de transmisión derivativa *inter vivos* a título oneroso de los derechos reales. Por ello, existiendo instituciones idénticas en sus códigos civiles y en el Código civil español, sin

⁶⁰⁸ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 69.

⁶⁰⁹ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 221.

embargo, deben ser interpretadas de manera diferente en atención a la diversidad de sistemas traslativos del dominio, lo que, sin embargo, no es tenido en cuenta por parte de nuestros autores y por no pocas decisiones judiciales que tienden a interpretar el sistema de transmisión del título y el modo del Código civil a la luz de esos otros sistemas, especialmente del francés y del italiano, lo que dificulta la adecuada inteligencia del mismo⁶¹⁰.

La formulación concreta de la teoría fue atribuída a JOHANN APEL por HOFMAN, lo que es aceptado comúnmente por nuestros autores, al menos desde JERÓNIMO GONZÁLEZ ⁶¹¹. MIQUEL, sin embargo, sostiene (1) que la propia obra de HOFMAN muestra que la teoría del título y el modo es anterior a APEL ⁶¹², (2) que la glosa *sic enim sicut* ⁶¹³es, probablemente, el punto de partida de toda la teoría y (3) que la doctrina de JASON DE MAYNO es de gran importancia por constituir una formulación clara de la misma. Según MIQUEL ⁶¹⁴, en ella se formula por primera vez la definición de título como “*causa habilis ad translationem dominio*”⁶¹⁵ que luego pasará a través de VOET al Código civil español. Esta definición va acompañada de dos

⁶¹⁰ CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 223-225.

⁶¹¹ APEL J. *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani Imperatoris*, Lugduni, 1543; *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentia adcomodata*. ed. Vincierus, Nuremberg, 1535, citado por JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, pág. 34.

⁶¹² Resalta MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 69, que es difícil hablar de autor cuando se trata de ideas que, por así decir, flotan en el ambiente y que, leyendo a Jason de Mayno se reafirma la impresión de que hay autores anteriores a Apel que ya conocen la teoría del título y el modo. De hecho, Hofman no atribuye la originalidad a Apel, sino que simplemente afirma que es, en cierto sentido, el autor de esta.

⁶¹³ Glosa *Nec enim sicut* a D.41,2,3,4: “*Nota duas regulas scilicet: dominium ex una causa possessio etiam ex pluribus habetur: ut et j.de reg.iur. l. non ut ex pluribus (D.50,17,159). Primae obicitur, si concurrat usucapio pro emptore: et pro suo: ut hic. Et usucapio est acquisitio dominii: ut j. Tit. j. Usucapio (D. 41,3,3). Ergo ex diversis causis quaeritur dominium Responde proximam causam incipit (L. inspici), id est traditionem sive acquisitionem possessionis non remotam, sc. causam, ex qua fit traditio. Et sic nota tria: causa sc. traditionis se titulus qui possunt esse plures uno vel diverso tempore incoantes: secundo est traditio possessionis, quae est una, tertio usucapio, quae nascitur ex primis duobus* ».

⁶¹⁴ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009. pág. 77.

⁶¹⁵ BALDO DE UBALDIS, *Commentaria in primam, Digestum vetus, partem 1576*, citado por MIQUEL J *Ibidem*.

precisiones: 1.-*Titulus solus non sufficit ad transferendum dominium*⁶¹⁶ y 2.- *Traditio realis facta cum titulo transfert dominium*⁶¹⁷. En otro lugar afirma que no basta la *traditio causa non praecedente*⁶¹⁸ e, incluso, de los *modi acquirendi dominii*⁶¹⁹.

En todo caso, corresponde a J. APEL el mérito de una formulación clara de la teoría del título y el modo:

*“Una cosa es el dominio y otra la obligación; el primero es algo perfecto; la segunda, en verdad, cosa imperfecta. Así como también son diferentes la causa del dominio (es decir, el modo de adquirir) y la causa de la obligación (por ejemplo, el contrato). No hay nada de común entre los modos de adquirir y la obligación, a menos que no nos refiramos a que los contratos son frecuentemente la causa de la tradición”*⁶²⁰

Esta doctrina fue recogida por HEINECIO ⁶²¹, lo cual hizo que tuviera una gran repercusión en España:

“En cuanto a la primera pregunta, se ha de procurar ante todo no confundir el título y el modo de adquirir, porque distan tanto como el cielo de la tierra. Todo dominio tiene dos causas: una próxima, por la cual inmediatamente se consigue el dominio, y otra remota, por la cual, y mediante la cual se hace uno dueño. Por ejemplo, si compro una cosa a su dueño, y este me la entrega, me hago señor de ella: la tradición es la causa próxima del dominio y la compra, la causa remota. Aplicando esto, la causa próxima del dominio se llama modo de adquirir; la causa remota se llama título. También se diferencian en el efecto. Por el título, solamente se consigue el derecho ad rem; por el

⁶¹⁶ Digestum novum, fol 19, al comentar D. 41, 2,1,4, citado por MIQUEL J., *Ibidem*.

⁶¹⁷ Digestum novum, fol.19, al comentar D 45.1.135,3citado por MIQUEL J, *Ibidem*.

⁶¹⁸ Digestum novum fol.51, n7 al comentar D.41,2,1,4, citado por MIQUELJ, *Ibidem*.

⁶¹⁹ Digestum vetus, de iustitia et iure, n.43,44 citado por MIQUEL J, *Ibidem*.

⁶²⁰ APEL J, *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani Imperatoris*, Lugduni, 1543; *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentia adcomodata*. Nuremberg, 1535, citado por JERÓNIMO GONZÁLEZ *Principios Hipotecarios*, ed. Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931, pág. 34.

⁶²¹ HEINECIO J., *Recitaciones de Derecho Civil*, Imprenta de P. Sanz, Madrid, 1830, pág.299.

modo de adquirir el derecho in re. Por el título me dirijo contra la persona que contrató conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa de cualquier poseedor. Tenemos un ejemplo en la 1.12 ff.1.15C, de reiv. L.3, ff, de obli, et act., donde se pone este caso: compro un libro a un librero, que enseguida se lo vende a Juan y se lo entrega ¿Podré reclamar de Juan el libro por haberlo comprado yo primero? No, porque el que compra, aunque tiene título todavía no adquiere la cosa, ni, por tanto, puede exigirla de cualquier poseedor no teniendo ningún derecho in re; pero debe pedir al librero que cumpla el contrato, y si no puede que resarza los daños y perjuicios. A este propósito debe notarse un axioma: el título jamás da derecho in re, si no acompaña a la tradición. L 20, 1 de pact. (C,2,3,20).

(C.2,3,20,1) Luego aunque compre o se me legue, done o permute una cosa, todavía no soy dueño antes de que se verifique la tradición, la cual solamente produce el dominio o derecho in re, precediendo título hábil para transferirle. L 31 pr.ff. de adq. Rer. Dom. (D. 41,1,31). Luego, ni el título basta sin la tradición ni esta sin aquel, axioma que reina en todo el Derecho y debe grabarse en la memoria. Sin embargo, tiene algunas excepciones, a saber:

- 1.- El derecho de hipoteca.*
- 2.- Las servidumbres negativas.*
- 3.- Las cosas adquiridas en los tres juicios divisorios.*
- 4.- Las adquisiciones de última voluntad...”*

Como señala MIQUEL, este texto, por una parte, pone de manifiesto la distinción entre título y modo y, por otra parte, las dos influencias que han contribuido en mayor medida a alumbrar dicha teoría, a saber: (1) la distinción entre causa próxima y remota⁶²²

⁶²² Sobre la influencia de la doctrina de la distinción entre causa próxima y remota, así como de la potencia y el acto, MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009. pág. 75. En el mismo sentido, FAIRÉN M, en *Anotaciones al Derecho romano y francés histórico* de OURLAC y MALAFOSSE, Barcelona, ed. Bosch Casa Editorial, 1960, pág. 537.

y (2) la doctrina del *ius ad rem*. Concretamente, esta última doctrina, de origen canónico, encuentra un campo de aplicación apropiado en los casos en los que el comprador no ha recibido aún la entrega de la cosa vendida, concediéndole un derecho preferente sobre los adquirentes posteriores, incluso ante los que hubieran tomado posesión, a menos, en este último caso, que lo hubieran hecho de buena fe. El *ius ad rem* es una facultad que emana del negocio obligatorio y que otorga al titular el derecho a exigir la entrega de una cosa proporcionándole una protección especial contra posibles actos de disposición del deudor, que se opongan a su obligación de entrega⁶²³

En mi opinión, para una adecuada inteligencia del sistema transmisivo conocido bajo la denominación de teoría del título y el modo, es necesario partir de que solo hay dos modos o sistemas de adquisición derivativa del dominio y demás derechos reales por actos *inter vivos* a título oneroso: la usucapión y la tradición.

Así como la usucapión no es un acto sino un proceso o modo adquisitivo que se compone de varios elementos -justo título, buena fe y transcurso del tiempo, en la usucapión ordinaria-, del mismo modo, cuando hablamos de *traditio* como modo, no debemos pensar en un acto sino en un entero proceso adquisitivo que consta de dos elementos o requisitos, una justa causa y el acto traditorio o de traspaso no tanto de la posesión como del *ius possidendi* o control jurídico sobre el bien transmitido, pues no siempre el acto traditorio consiste en una entrega de la posesión⁶²⁴. Justa causa y acto

⁶²³ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 226-228. La figura del *ius ad rem* trata de explicar una situación propia del Derecho eclesiástico: la situación en la que alguien que ha sido nombrado para un oficio -que normalmente lleva aparejado un beneficio, es decir unas rentas procedentes de un conjunto de bienes-, antes de que hubiera tenido lugar la colación del beneficio, es decir, la toma de posesión o investidura. En ese ínterin, el beneficio está afecto a una persona determinada, pero no llega a ser un *ius in re*, sino más bien una situación intermedia entre el derecho de crédito y el derecho real. Véase también ÁLVAREZ SUÁREZ U., *El problema de la causa en la tradición*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, pág. 53.

⁶²⁴ DE MOLINA L., *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, Imprenta Cosano, Madrid, 1941, Tratado II, Disp. XIII, pág. 225, sostiene: “Basta el título y la tradición, sin necesidad de transferir la posesión, para la transmisión del dominio. De modo que si un fundo mío es poseído por otro y no por mí, será suficiente que después de transmitírtelo por venta, donación u otro título cualquiera, te lo entregue, esté o no presente el poseedor, para que adquieras su dominio, aunque no su posesión, que permanecerá en este otro”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., sin embargo, identifica la tradición con la entrega de la posesión, transmita o no la propiedad, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, T.III*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 704 ss.

traditorio son los dos elementos que conforman la *traditio* como sistema o modo adquisitivo.

Sucedee, sin embargo, que la propia denominación de la teoría, al denominarse del título y el modo, induce a error⁶²⁵, - a lo que, además, contribuye el significado polisémico del término *traditio*- pues, de un lado, identifica justa causa con título, situándolo fuera del sistema traditorio, y, de otro, olvidando que la *traditio* es, junto con la usucapión, el otro único modo o sistema de adquisición *inter vivos* a título oneroso, reduce el significado del término *traditio* al de acto traditorio⁶²⁶, calificándolo, además, de modo, con lo que induce a una confusión completa, pues un modo adquisitivo no es un acto sino todo un proceso que consta de diferentes elementos o fases.

Ello da lugar a otro grave error de la teoría: la creencia de que la única justa causa posible en el procedimiento traditorio es un contrato preexistente, olvidando que cabe también una justa causa no contractual. Como pone de manifiesto acertadamente DE LOS MOZOS, la doctrina del Derecho común realiza una identificación inadecuada entre *traditio* y *solutio* que es heredada por la teoría del título y el modo, con su idea de considerar el título como causa precedente, con lo que la tradición aparece en el lugar del cumplimiento de las prestaciones nacidas de una relación obligatoria y, si se la refiere a la tradición, tendremos como consecuencia la descomposición de la unidad del acto traslativo⁶²⁷.

Ello da lugar a una concepción causal del sistema transmisivo traditorio que es la que inspira el artículo 609 del Código civil. Este error de la teoría induce, a su vez, a otro, a saber: la devaluación injustificada del acto traditorio, al que configura, como acto de

625 Confusión terminológica, pues lo que antes era el todo (la tradición como modo) ahora con esta denominación parece solo una parte (la transmisión de la posesión). De aquí parece arrancar la tendencia actual de asimilar la tradición a la mera transmisión de la posesión, es decir, la consideración de la *traditio* como un mero hecho cuya función principal era hacer públicas las adquisiciones de los derechos reales". CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 228.

626 Señala acertadamente DE LOS MOZOS J.L, *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*, ADC 1972, fascículo 4, págs. 127 ss., que en la teoría del título y el modo la tradición se trivializa al referirla exclusivamente al traspaso posesorio, olvidando su doble función.

627 DE LOS MOZOS J.L. *Ibidem*.

nuda ejecución o cumplimiento de la obligación de entrega derivada de la justa causa, que es siempre contractual, sin hacer referencia alguna al hecho de que el acto traditorio es un negocio dispositivo y que, por ello, el *ius disponendi* debe residenciarse en el *tradens* en el momento de realización de ese negocio dispositivo, en el cual radica la potencia transmisiva, siendo innecesario con anterioridad.

En definitiva, la *traditio* como acto necesita de una justa causa -no necesariamente contractual, lo que olvida la teoría- así como poder de disposición en el transmitente -lo que la teoría no subraya como debiera-⁶²⁸. A estos efectos, como subraya MIQUEL, resulta especialmente iluminadora la doctrina de AZON: “...*et idem ex quacumque causa acquiritur dominium, si fiat traditio a domino; nam si fiat a non domino, paratur iusta causa usucapiendi...*”⁶²⁹. Abordaré a continuación a cada uno de estos aspectos.

Me referiré, en primer lugar, a la identificación entre los conceptos de justa causa y título o justo título. Dicha identificación es debe a que tradición y usucapión son los dos únicos modos o sistemas de adquisición derivativa del dominio a título oneroso *inter vivos* y ambos requieren una causa hábil para transferirlo, que, en el caso de la tradición, recibe el nombre de justa causa y en el de la usucapión de justo título, si bien también puede hablarse de justo título de la tradición y justa causa de la usucapión, por ser términos intercambiables.

En el caso de que el *tradens* tenga *ius disponendi*, la tradición, como sistema transmisivo y como acto que forma parte del mismo, transmite el dominio; si carece de él no lo transmite, pero sirve para que el *accipiens* lo adquiera mediante usucapión.⁶³⁰

⁶²⁸ Señala acertadamente MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 221, que “hablar de “título y modo” induce el prejuicio de que con título (simplificando, contrato) y modo (entrega) se completa la transmisión de la propiedad y de ahí a preterir el poder de disposición no hay más que un paso”.

⁶²⁹ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 71, citando a AZON, *Summa Azonis in Codicem C.7,2,8*, Madrid, Imprenta Helénica, 1910.

⁶³⁰ En este sentido, JERÓNIMO GONZÁLEZ en *Principios hipotecarios*, ed. Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931, pág. 26. Véase MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, Bolonia, 2009, págs.121 ss., en el que el autor postula la unidad fundamental entre ambos conceptos. Discrepa SERRANO y SERRANO I., *Iusta causa traditionis*, RCDI, núm.: 123, 1935, pág. 333, según el cual, aunque la justa causa suela consistir en un contrato u obligación,

Me referiré a continuación a la creencia de que la justa causa de la tradición solo puede consistir en un contrato preexistente del que surge una obligación de entrega, versión acogida por el artículo 609 del Código civil. Ciertamente, así era en la *traditio* romana en la que se fue asimilando progresivamente la justa causa al negocio obligacional precedente, hablándose así, vgr.: de *vendendi* o *fiduciae causa*. No siempre, sin embargo, la justa causa de la *traditio* consistía en un negocio obligacional sino en una *stipulatio*, que era un negocio abstracto, esto es, no vinculado a un negocio obligacional anterior, cuya justa causa era la *solutio*, hablándose, por ello, en este caso, de *traditio solutionis causa*.⁶³¹

De aquí surge la teoría savigniana del negocio real abstracto, la cual no niega la necesidad de una justa causa sino la identificación de esta, en todo caso, con un negocio obligacional precedente, aunque reconozca que “*la obligación preexistente sea el caso más frecuente y más importante*”⁶³².

La construcción de SAVIGNY ha sido expuesta por MIQUEL, del que traduce los siguientes párrafos ⁶³³:

no necesariamente es así, lo que la distingue de la *causa usucapionis* En el mismo sentido CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 231, según la cual es la identificación entre justa causa y negocio obligacional precedente lo que da lugar a la equiparación entre los conceptos de justa causa de la tradición y justo título de la usucapión.

⁶³¹ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 39 ss, en donde argumenta sobre el carácter abstracto de la *solutio*. En el mismo sentido, CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág 231.

⁶³² SAVIGNY F.K. VON, citado por MIQUEL J, por referencia a unos apuntes de las lecciones de cátedra sobre metodología del curso 1803/1804 tomados por los hermanos GRIMM y editados por WESENBERG. MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 81. También MIQUEL J. “Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto: historia del texto e historia de las estructuras dogmáticas”. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.IV, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs.5756-5765. JERÓNIMO GONZÁLEZ también realizó una excelente traducción en *Desde la teoría del “título y el modo” al llamado “principio del consentimiento*, en RCDI, núm.3, 1925 págs. 170 ss.

⁶³³ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009. págs. 83 y 84. Se basa también MIQUEL en las explicaciones del curso 1820-1821, citando a THEODOR KRAUS: *F.C. von Savigny Institutionen, Rechtsgeschichte und Antiquitäten, Vorlesung, Winter 1820/1821*. Apuntes anónimos: *F.C von Savigny, Vorlesungen über Pandekten 1827*. Biblioteca de la Universidad de Gottinga. Destaca que el Tratado de

“El significado de la justa causa es distinto del que se le ha venido dando. Cuando se efectúa una entrega, se pueden perseguir con ella fines diversos. Así, la tradición puede significar tanto entrega de la mera posesión como de la simple detención, o de la propiedad. ¿Qué es lo que diferencia unos casos de otros? Sencillamente que en unos casos el propietario ha querido transmitir la propiedad y en otros no. Así pues, la tradición transfiere la propiedad por la voluntad concorde de las partes y no se transmite cuando falta esa voluntad... (...) ...

La tradición es, por este motivo, un contrato solo que no es un contrato obligatorio sino real, que se distingue de la simple convención obligatoria (venta, permuta, etc.) que puede servirle de base y precederle ... (...) ...

Para encontrar en cada caso un criterio exacto sobre si hubo transmisión o no de la propiedad no hace falta más que referirse a las circunstancias accesorias, a los motivos jurídicos del negocio, por los que la tradición ha sido realizada. Este es, precisamente, el verdadero significado de la iusta causa, porque por ella se podrá reconocer siempre con seguridad si la intención de las partes se ha dirigido al traspaso de la propiedad (como en la compraventa y en la permuta) o no (como en el arrendamiento o en el depósito) ... (...) ...

De esta explicación de la iusta causa se deduce que los textos consideran la operación desde distintos puntos de vista y no están, por tanto, en contradicción. Unos exigen para la tradición la intención de transferir la propiedad (A) y esta se refiere a la esencia de la tradición. Otros exigen una iusta causa (B) en la que la cita los textos de Ulp.19,7, y Gayo II, 20 y Paulo D.41,1,31 y designan de este modo el índice extremo de la intención que se encuentra en el negocio jurídico que acompaña a la tradición. El sentido de estos dos grupos de textos es, pues, el mismo. ... (...) ...

He aquí explicado por qué de la exigencia de iusta causa para la tradición y no para la mancipación. Para la tradición se exige porque la intención está encaminada al

obligaciones ya es un resumen de las ideas elaboradas hasta entonces. Véase SAVIGNY F.K. VON *Le Droit des obligations*, vol. II, Paris, 1873, Ed. Kessinger, Paris, 2010, págs. 432 ss.

traslado de la propiedad y esta debe ser expresada de modo manifiesto...Para la mancipación no se exige porque sería superflua”.

Queda, por último, por determinar si la justa causa debe preceder necesariamente al acto traditorio, cuestión que se plantea solamente cuando es un negocio obligacional. Tal exigencia parece derivar de un texto de Paulo que ha generado confusión: D.41.1.31, pr.: “*Nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*”

Este texto ha dado lugar a múltiples interpretaciones⁶³⁴, pero, en mi opinión, lleva razón MIQUEL al afirmar que la palabra *praecesserit* procede de un simple error del copista al interpretar como *prae* la sigla correspondiente a *pro*, debiendo leerse por tanto *processerit* en lugar de *praecesserit*. Para ello, se basa en la traducción griega del Anónimo que se encuentra del texto en las *Basilicas* 50,1,29 en el que no se dice una palabra de que la causa deba preceder a la tradición. De ello resulta que no es decisiva la cuestión de si la justa causa debe preceder a la tradición, por no ser jurídicamente relevante, sino que lo decisivo es el *procedere* de la justa causa, es decir, que sea válida e informe toda la transmisión.⁶³⁵ Discrepa de esta opinión RODRIGUEZ OTERO para el que, sin embargo, no hay diferencia apreciable entre usar un verbo u otro⁶³⁶.

⁶³⁴ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 25 ss.

⁶³⁵ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 27. Con ello viene a coincidir con SAVIGNY F.K cuando afirma que “*de haber mediado una relación obligatoria, un negocio por el que se transmita la propiedad de acuerdo con la voluntad del propietario no es necesario que esta iusta causa anteceda, sino que puede ir unida a la traditio e, incluso, seguirla*”. MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 83.

⁶³⁶ RODRÍGUEZ OTERO L., *La gestación del sistema registral alemán: Crítica y diferencias con el nuestro.*, Ed. CORPME, Madrid, 2012, págs. 185-189.

12.2. El sistema de adquisición derivativa de bienes inmuebles por negocios jurídicos *inter vivos* a título oneroso en el Código civil español

12.2.1. Precedentes de la teoría del título y el modo en el Derecho histórico español. Especial referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861

En el Derecho histórico español existen precedentes, al menos, desde Partidas. La Ley 46, Título. 28, Partida 3 disponía:

“Apoderan unos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas, en dote o en otra manera, o cambiándolas o, por alguna otra derecha razón. E por ende dezimos que por tal apoderamiento como este que gafa un ome a otro de su cosa...pasa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderase de ella”.

Como señala ALONSO PÉREZ ⁶³⁷: *“No pueden fijarse mejor los requisitos de la tradición causal, tal como les señaló el Derecho romano: iusta causa (derecha razón) y se enumeran algunas clásicas (venta, dote, permuta), entrega o traspaso posesorio (apoderamiento), adquisición de la propiedad (pasa el señorío). Aunque el animus transferendi no se señala expresamente, puede deducirse fácilmente del dato de que “por el apoderamiento... passa el señorío”, es decir, el apoderamiento supone una voluntad de entregar la cosa en propiedad. El animus está implícito”.*

Señala asimismo ALONSO PÉREZ ⁶³⁸ que en este texto no hay ninguna referencia a la necesidad de buena fe para adquirir la propiedad, exigencia que, según el citado autor, introdujo posteriormente GREGORIO LÓPEZ en su glosa a esta Ley.

⁶³⁷ALONSO PÉREZ M, “Título y modo de adquirir en el Código civil”, en BADOSA COLL I F, GETE-ALONSO CALERA M.C (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E, NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. Colegio Notarial de Catalunya y Marcial Pons. 2009, pág. 155.

⁶³⁸ *Ibidem*, 2009, págs.155-156.

También se refirieron al *titulus* y al *modus acquirendi* DOMINGO DE SOTO⁶³⁹ y LUIS DE MOLINA⁶⁴⁰, además de OLIBA

Hecha referencia a estos precedentes, me ceñiré a los existentes desde el siglo XIX.

El Proyecto de 1836, en su artículo 633 disponía:

“El derecho de propiedad se adquiere:

3º.-Por entrega legítima”

El artículo 698 aclaraba el concepto de entrega legítima:

“Llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código”.

Finalmente, el artículo 725, referido a la usucapión, disponía:

“Por justo título se entiende cualquiera real y verdadero de aquellos que son traslativos del dominio, como la venta, la donación, etc.”

De todo ello, resulta clara la concepción causal de la *traditio*, que debe ir precedida de una justa causa, y consiste en una entrega legítima, no meramente posesoria. Hay una referencia clara a la “*entrega legítima*” como modo o sistema adquisitivo y una regulación autónoma de la misma.

El segundo precedente que encontramos en el siglo XIX se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861:

⁶³⁹ DE SOTO D., *Tratado De la justicia y el derecho*, ed. Maxtor, Valladolid, 2021, pág. 281.

⁶⁴⁰ DE MOLINA L., *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, Imprenta Cosano, Madrid, 1941, pág. 306.

” *Nuestras Leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la distinción entre título y modo, y establecieron que el título solo produjera una acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos de la cosa y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradición, ó lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles*”.

La Exposición de Motivos no incluía, al hablar de “*Nuestras leyes*”, es decir, del sistema tradicional, al Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, el cual, por una parte, nunca se convirtió en ley y, por otra parte, diversamente, pretendió incorporar el sistema francés de transmisión *solo consensu*. En efecto, el artículo 548 de dicho Proyecto disponía:

“*La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*”, precisando el artículo 981: “*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes del título XX de este capítulo*”.

Como señala ALONSO PÉREZ ⁶⁴¹ esta es la gran aporía en la que incurre GARCÍA GOYENA y el propio *Code civil* en el que se inspira: una obligación perfecta como tal por el consentimiento y vinculante, lógicamente, para el deudor, tiene la virtud de ser al mismo tiempo con salto en el vacío sin red ni puente para evitarlo, derecho dominical. Deudor y dueño son una y la misma cosa sin haber hecho nada para adquirir esta última titularidad.

Es preciso resaltar que el Proyecto de GARCÍA GOYENA, al optar por el sistema francés de transmisión de la propiedad, optó también por un sistema registral de mera inoponibilidad, de modo que la fecha del título a efectos de terceros era la de la publicación, no la del título. En este sentido, el artículo 1858, párrafo primero, disponía:

⁶⁴¹ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil”, en BADOSA COLL F., GETE-ALONSO CALERA M.C. (Dir.), GINEBRA MOLINS M.E, NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. Colegio Notarial de Catalunya y Marcial Pons. 2009, pág. 159. Se trata de una crítica muy similar a la formulada por DE PAGE al sistema *solo consensu* del *Code Napoleon*, a la que me he refrido al tratar del sistema francés.

“Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo 2º de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público. “, prefiriendo, en caso de doble disposición, a quien primero hubiese inscrito. En este sentido, el artículo 1859, disponía: “Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título.”

Y, para que se produjera este efecto, no se exigía buena fe, al igual que en el sistema francés, por lo que, supuestamente, si un adquirente conocía la existencia de un título previo no publicado, ese conocimiento no impedía que quedase protegido si publicaba su título⁶⁴².

Advierte la Exposición de Motivos -lo que debe ser subrayado- que no es misión de una Ley Hipotecaria inclinarse por uno u otro “*principio*” o, lo que es lo mismo, sistema de transmisión “*cuando se limita a los mismos contrayentes*”, esto es, por lo que se refiere a los efectos *inter partes* de una transmisión de la titularidad del dominio o derecho real sobre los mismos. Por ello, afirma la Exposición de Motivos, el proyecto “*se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes*” y, por lo tanto “*no contiene (...) la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes*”.

“Por esto -continúa la Exposición de Motivos- se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse”.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los efectos que producía la inscripción en los Registros de Censos y Tributos, creados por la Pragmática de 1539 son discutidos.

⁶⁴² Como expliqué al tratar del sistema francés, una sentencia del 5 Thermidor del año XIII, en aplicación de una ley de Brumario del año VII, falló: “*No hay fraude en aprovechar una ventaja ofrecida por una ley; es el primer adquirente quien debe culparse a sí mismo si no ha usado de una diligencia igual para hacer transcribir su acta*”.

Así, para SERNA VALLEJO, entre las partes, la inscripción carecía de valor constitutivo: a lo sumo probatorio. En relación a terceros, la inscripción era necesaria para que dichos actos pudieran ser oponibles.⁶⁴³

En el mismo sentido GARCÍA GARCÍA, según el cual, los terceros no quedarían perjudicados ni obligados respecto a los censos, tributos e hipotecas no inscritos. Se trataba de una regulación similar a la establecida posteriormente por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, recogido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente, similar a lo establecido por el artículo 313 de la misma⁶⁴⁴.

GÓMEZ DE LA SERNA, autor principal de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, sin embargo, atribuye a la inscripción en los Registros de Censos y Tributos un valor constitutivo. En su opinión, la Pragmática debería haberse limitado a regular los efectos de la inscripción frente a tercero, en lugar de añadir que los contratos no registrados no harían fe ni se podría juzgar conforme a ellos “*aunque trajeren causa del vendedor*”, pues, al establecer tal efecto, la Pragmática estaba regulando los efectos de la inscripción también *inter partes*, un terreno en el que, en su opinión, no debería haber entrado y, mucho menos, de un modo tan duro. En su opinión, la Pragmática debería haberse limitado a disponer que lo no inscrito no perjudicaría a tercero.⁶⁴⁵

En mi opinión, lo que la Pragmática venía a establecer era que los documentos inscribibles no inscritos no perjudicarían a tercero y que, además, carecían de valor probatorio *inter partes*, lo que no excluía que la imposición de la hipoteca censal, por ejemplo, pudiese ser probada *inter partes* por medios distintos.⁶⁴⁶

⁶⁴³ SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario histórico español*, ed. CORPME, Madrid, 1996, pág. 136.

⁶⁴⁴ GARCÍA GARCÍA J.M., *Drecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.I Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 168.

⁶⁴⁵ GÓMEZ DE LA SERNA P., *Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil manejo*, 2 Vols, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1862, Vol.II, pág.94.

⁶⁴⁶ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. ed. Thomson-Civitas, 2008, págs. 77-78.

Después de dejar claro que la Ley Hipotecaria no entra en los efectos *inter partes* del sistema transmisivo, sea el del título y modo o el de *solo consensu*, afirma con claridad:

“Lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar á que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento”.

En otros términos, la Exposición de Motivos considera que no es de su competencia regular los efectos *inter partes* del sistema transmisivo, esto es, qué procedimiento o procedimientos debe seguir A para transmitir una propiedad que afirma ser suya a B, que desea adquirirla, pero sí lo es regular los efectos de dicho sistema transmisivo en relación a terceros, esto es, *inter tertios*. Así, continúa diciendo la Exposición de Motivos:

“Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción”.

En definitiva, y a los efectos que interesan en este apartado, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se refiere expresamente a la teoría del título y el modo, habla explícitamente de tradición y precisa -lo que resulta especialmente relevante a los efectos de este estudio- que los efectos de tal sistema transmisivo solo tienen lugar *inter partes*, pero no *inter tertios*, para lo que es necesaria la intervención del Registro de la Propiedad, lo que es especialmente relevante para entender la función de este en el sistema transmisivo inmobiliario, especialmente en un entorno de contratación impersonal, como es el propio de una economía de mercado, pleno de incertidumbres

sobre, v.gr. identidad del titular del *ius disponendi* y cargas preferentes al derecho que se desea adquirir. Un entorno en el que, además, la facilidad de las transacciones es un aspecto crítico del sistema, dada la interdependencia recíproca entre todos los agentes económicos, lo que exige un especial rigor en el cumplimiento de los requisitos del sistema transmisivo tanto para que produzca efectos *inter partes* como para que produzca efectos *inter tertios*.

12.2.2. El artículo 609 del Código civil. Su elaboración

Con estos precedentes llegamos a los actuales artículos 609 y 1095 del Código civil que, según opinión común, acogen la teoría del título y el modo, si bien dicha expresión no aparece recogida en ninguno de los dos preceptos, sino en el párrafo primero del artículo 433 del Código civil, según el cual:

” Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”.

El Código civil dedica su Libro III a los diferentes modos de adquirir la propiedad y comienza con una Disposición Preliminar contenida en el artículo 609 que enumera tales modos:

“La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por Ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de prescripción.”

Este precepto ha sido objeto de múltiples críticas, en las que no me detendré, por no ser relevantes desde la perspectiva del objeto de estudio⁶⁴⁷, desde la que, sin embargo,

⁶⁴⁷ Así, por ejemplo, para ALBALADEJO M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VIII, vol.1º, EDERSA, Madrid, 1987, pág. 3, el artículo 609 del Código civil es inútil, inexacto e incompleto. Inútil porque el Código civil regula después cada modo de adquirir, aun cuando le reconoce el

merece subrayarse: 1.- No hay referencia alguna, en dicho artículo, al Registro de la Propiedad. 2.- El Código civil regula posteriormente los diferentes modos que enumera, entre los que se encuentran los “*ciertos contratos mediante la tradición*”, expresión en la que la doctrina residencia el acogimiento por nuestro Código civil de la teoría del título y el modo. 648

Además, son necesarias dos precisiones preliminares en cuanto a este modo o sistema adquisitivo:

1.- El artículo 609 del Código civil se completa por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal, conforme al cual: “*El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada*”

2.- El Código civil regula a lo largo de su articulado los diferentes sistemas o modos que enumera⁶⁴⁹, pero no la tradición, -término que el Código civil no vuelve a usar en ningún otro precepto, ni siquiera en el artículo 1095- a la que regula en sede de compraventa como obligación de entrega del vendedor, careciendo de una regulación

mérito de incorporar la teoría del título y el modo. Es inexacto porque incluye la ley entre los modos de adquirir, pero los derechos reales se adquieren y transmiten por ciertos hechos que establece la ley, como por ejemplo ciertos contratos -entre los que la donación- mediante tradición. Por lo que se refiere a la ley, MIQUEL GONZÁLEZ J.M., *Comentario al Código Civil, Tomo I*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1543-1544 precisa que si bien la mención de la ley puede ser inútil, sin embargo, sirve para recordar supuestos en que la adquisición se produce, incluso sin el conocimiento del adquirente, sin requerir una declaración de voluntad de este, o, si se quiere, supuestos de hecho a los que el legislador les atribuye esta eficacia independientemente del conocimiento de los interesados. Por lo que se refiere a la donación, LALAGUNA E, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz *Modos de adquirir*, T. XVI, ed. Seix, Barcelona 1990, pág. 557, critica la posición de Albaladejo y otros sobre la donación como modo de adquirir: “*Al excluir la consideración de la donación como modo de adquirir se incurre en una petición de principio. Se puede sostener que la donación es contrato, pero el hecho de que el legislador la considere como modo de adquirir en el mismo cuerpo legal en que habla de los contratos para lograr su finalidad traslativa requiere del acto de la tradición, obliga al intérprete a preguntarse si en esta referencia a la donación como modo de adquirir existe o no un designio legislativo de considerar un contrato de finalidad traslativa de naturaleza diferente a aquellos otros ciertos contratos que necesitan de la tradición para adquirir el derecho*”.

⁶⁴⁸ La teoría del título y el modo también es recogida por el Código civil de Cataluña según resulta del artículo 531,1 y 3 del Libro V. En el Preámbulo se afirma explícitamente: “*regula la tradición en concordancia con los títulos de adquisición configurando el sistema transmisor-adquisitivo de acuerdo con la teoría del título y del modo vigente tradicionalmente en el ordenamiento jurídico catalán*”.

⁶⁴⁹ Precisamente por ello, DURÁN y BAS consideraba innecesario el artículo 609 del Código civil, puesto que cada modo de adquirir es regulado posteriormente. LASSO GAITE M., *Crónica de la Codificación española*, Vol.I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 603.

autónoma. CUENA CASAS sugiere que ello podría significar que las normas del Código civil referidas a las formas de entrega se entendían más bien como normas que regulaban la tradición como modo de adquirir y no la obligación de entrega del vendedor⁶⁵⁰, opinión con la que coincido.

Estas dos ausencias -ninguna referencia al Registro de la Propiedad y carencia de una regulación autónoma de la tradición- han contribuido -quizás decisivamente- a la falta de una adecuada inteligencia del sistema español de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y, en consecuencia, de la función del Registro de la Propiedad Inmueble dentro del mismo.

El hecho de que el artículo 609 del Código civil hable de “*ciertos contratos*”, sin especificar cuáles son – solo pueden ser los contratos de finalidad traslativa-, de que solo en él se utilice el término tradición - ni siquiera lo hace el Código civil en el artículo 1095 , que habla de entrega-, que la tradición se regule en sede de compraventa al tratar de la obligación de entrega del vendedor, en lugar de dedicarle una regulación autónoma, así como el hecho de que la teoría del título y el modo solo considere como justa causa de la tradición un negocio jurídico obligatorio, plantean la cuestión de si la potencia transmisiva está en el negocio jurídico obligacional, siendo la tradición una mera entrega posesoria pero muy espiritualizada, con lo que el sistema se aproximaría al francés, o, por el contrario, la potencia transmisiva está en la *traditio* como acto por ser el momento en el que el *tradens* debe ser titular del *ius disponendi*.

Además de todo ello, merece la pena subrayar que ni siquiera los autores que desvalorizan la tradición⁶⁵¹, configurándola como un mero traspaso posesorio ejecutor de la obligación de entrega del vendedor, suelen traer a colación el artículo 1537 del Código civil, último de los que el Código civil dedica a la compraventa y que constituye, él solo, un Capítulo, el VIII, de los que dedica a la misma, intitulándolo, además. como Disposición General, a cuyo tenor:

⁶⁵⁰ CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246.

⁶⁵¹ Entre otros, ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp-301 ss. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T.III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, págs.705 ss.

” Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria”.

Remisión que debe completarse con la que realiza el artículo 608 del Código civil para calibrar su alcance adecuadamente.

Disponen el citado precepto:

“Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas (...) y el valor de los asientos de sus libros se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

Sin tener todo ello en cuenta, no me parece posible llegar a una inteligencia adecuada sobre cuál es el sistema transmisivo integral o completo – esto es, *inter partes* e *inter tertios*- de bienes inmuebles en el sistema del Código civil.

En todo caso, para la adecuada inteligencia de los artículos 609 y 1095 del Código civil es conveniente hacer una breve referencia al proceso de elaboración de este cuerpo legal.

Pero, antes de abordar dicho proceso de elaboración, me parece necesario plantear previamente la siguiente cuestión: si, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, no corresponde a la Ley Hipotecaria la regulación de los efectos *inter partes* del sistema transmisivo de bienes inmuebles, o, si se prefiere, la regulación de su sistema transmisivo para que produzcan efectos *inter partes*, pero sí le corresponde la plena competencia para regular los efectos en relación a terceros o, si se prefiere, para la regulación del sistema transmisivo de bienes inmuebles *inter tertios* y, por lo tanto, el adquirente sea propietario *erga omnes*, cuestión esta de la mayor importancia por ser este, en rigor, el momento a partir del cual el adquirente se convierte en propietario, surge la cuestión de por qué el Código civil no reguló el completo sistema transmisivo, esto es, el procedimiento necesario para que el adquirente sea propietario no solo en relación al transmitente sino a cualquier otra persona que, en su caso, pretendiera la titularidad sobre el propio inmueble, es decir, no solo el sistema transmisivo *inter partes* sino, también,

inter tertios,⁶⁵² de una manera directa, máxime si tenemos en cuenta que participó en los trabajos de la Comisión Bienvenido Oliver.

En efecto, en 1884, Alonso Martínez fue encargado de la materia hipotecaria, labor que delegó en Bienvenido Oliver, uno de los más prestigiosos juristas de su tiempo, reconocido, además, como la mayor autoridad en materia hipotecaria⁶⁵³.

Señala⁶⁵⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que, aunque del texto de la Real Orden de nombramiento -Real Orden de 11 de noviembre de 1886- no aparecía muy claro en qué términos debía acogerse en el Código civil la materia hipotecaria -el Anteproyecto declaraba expresamente la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1869-. OLIVER, a la vista del aún Proyecto de Ley de Bases -Bases 10^a, 12^a, 20^a y 26^a- creía que la Ley Hipotecaria “*debía desaparecer*” y que debían incorporarse al Código “*las doctrinas orgánicas y propiamente legislativas de la Ley Hipotecaria*”, “*con las reformas y modificaciones que se estimase necesarias*”.⁶⁵⁵

OLIVER redactó la ponencia correspondiente a los títulos del Registro de la propiedad y derecho hipotecario. La parte correspondiente a la materia hipotecaria constaba de 42 artículos y fue aprobada por la “subcomisión” en 1887. La correspondiente al Registro de la Propiedad constaba de 17 artículos y fue aprobada por la Comisión en 1888⁶⁵⁶. El Ministro de Justicia, a la sazón Manuel Alonso Martínez, sin embargo,

⁶⁵² Con la excepción del artículo 1473 del Código civil para el supuesto del conflicto de adquisiciones.

⁶⁵³ Así lo reconoció G. GAMAZO en la sesión del Congreso de 11 de abril de 1889. Confer.: *Código civil. Debates parlamentarios*. Dirección de Estudios y Documentación. Secretaria General del Senado. Estudio preliminar de JL DE LOS MOZOS s, 1989, T.II, págs.2454-2455. Bienvenido Oliver era a la sazón Subdirector de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado. La Real Orden de 11 de noviembre de 1886 encargó a Bienvenido Oliver “*de redactar los títulos correspondientes al Registro de la propiedad y al derecho y contrato de hipoteca en el Proyecto de Código Civil que se está formando*” y “*de su ponencia en la Comisión General de Codificación*”. Fue nombrado Vocal de la Comisión General de Codificación el 18 de abril de 1889, después de la promulgación del Código civil.

⁶⁵⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, 2^a ed., Colegios Notariales de España, 2006, págs. 21 y 22.

⁶⁵⁵ OLIVER Y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomson Reuters., 2^a ed.: Cizur Menor, 2009, págs. 768-781.

⁶⁵⁶ Lo afirma el propio OLIVER y ESTELLER B.: “*así resulta de los Libros de Actas de aquella docta corporación y así lo afirmó en el Congreso uno de los dignos vocales de la misma*”, en *Derecho inmobiliario español*. Civitas Thomson Reuters., 2^a ed.: Cizur Menor, 2009, pág.626, intervención de Danvila en la sesión de 22 de mayo de 1889. Vide.: *Código civil. Debates parlamentarios*. Dirección de

acordó que el trabajo realizado quedase sin efecto, que se incorporase al Anteproyecto lo sustancial de la materia de hipotecas y se dejase intacta la Ley Hipotecaria.⁶⁵⁷

Las razones de esta decisión probablemente se encuentren en que la incorporación de los preceptos más importantes de la Ley Hipotecaria al Código civil hubiera supuesto una diversidad de sistemas hipotecarios entre las provincias sujetas a legislación común y las provincias aforadas, lo que entendía la Comisión que no se conciliaba con la Ley de Bases de 1888 y, además, menoscababa la necesaria unidad en esta materia.⁶⁵⁸

En todo caso, esta decisión también ha tenido como consecuencia que el Código civil solo regule de una manera directa el sistema de adquisición derivativa *inter partes*, remitiendo a la Ley Hipotecaria para todo lo relativo a bienes inmuebles -artículo 1537 del Código civil-, lo que implica la regulación del sistema adquisitivo *inter tertios* de tales bienes. Ello está en el origen, en mi opinión, de la inteligencia inadecuada del sistema integral de adquisición derivativa de bienes inmuebles. Quizás, cuando se tomó esta decisión no se tuvo conciencia de que la regulación del sistema de adquisición *inter tertios*

Estudios y Documentación. Secretaría General del Senado. Estudio preliminar de JL, 1989, T.II, DE LOS MOZOS, J.L., págs. 2405 y 2406.

⁶⁵⁷ Así resulta de las actas de la Comisión General de Codificación -leg.18, de Código Civil, carpeta 4ª. En donde puede leerse la siguiente nota: “Este trabajo quedó completamente sin efecto acordando el Sr. Ministro que sólo se trajese a él lo sustancial de la materia de hipotecas, y dejando intacta la ley hipotecaria”. Como afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Colegios Notariales de España, 2006, pág. 22, estas vicisitudes repercutieron formalmente de algún modo en el texto del Anteproyecto. En la portada del último cuaderno de los que lo integran, se anuncia que “el título de las Hipotecas se dará por Apéndice a este cuaderno”. Y después, antes del índice, que repite la misma indicación de la portada, aparece pegada una hoja suelta con el título de la Hipoteca, diciendo a pie de página “Este título debe entender colocado a continuación del que trata de la prenda”.

⁶⁵⁸ Así resulta de la intervención de Germán Gamazo en el Congreso, explicando la no inclusión de los trabajos de Oliver, según relata el propio OLIVER “...envolvían la reforma de preceptos importantes de la Ley Hipotecaria, y por lo tanto, iba a crear entre el derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el derecho hipotecario de las provincias aforadas, antagonismos que entendía la Comisión que no se conciliaban con la base de la Ley de 1888, ni tampoco podían admitirse sin detrimento de la potestad que el Estado tiene y sin menoscabo de la unidad en ciertas materias”. OLIVER Y ESTELLER B., *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomason Ruters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, pág. 789. Este criterio ha sido mantenido por las leyes hipotecarias posteriores, así como por la Constitución de 1931 -artículo 15- y de 1978 -artículo 149.1.8-, lo que es lógico por cuanto el sistema de seguridad jurídica transaccional es un componente esencial de la unidad de mercado. Peña cree que más parece una excusa que una razón compartida por quien la daba para la desestimación de la propuesta, teniendo en cuenta el valor general del Código cuando sustituye leyes anteriores que ya se aplicaban en todo el territorio español. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Colegios Notariales de España, 2006, pág.22. También Oliver y Esteller V. *Derecho Inmobiliario español*, ed. Civitas Thomason Ruters., 2ª ed., Cizur Menor, 2009, pág. 781.

incide directamente en el sistema adquisitivo *inter partes*, como veremos, pues ambos conforman un mismo sistema.

Esta bifurcación formal o normativa ha tenido, además, otra consecuencia: a la hora de estudiar el sistema adquisitivo, doctrina y jurisprudencia se han centrado en el Código civil. No solo eso, buena parte de la doctrina centra la potencia transmisiva en el título -en los “*ciertos contratos*” del artículo 609 del Código civil-, pese a que la Base 20 de la Ley de 11 de mayo de 1888 que le sirve de fundamento dice claramente que “*Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir*”- ,relegando la tradición a un mero traspaso posesorio, simbólico, en cumplimiento de una obligación de entrega de un negocio jurídico obligatorio precedente. Como consecuencia, el Registro de la propiedad queda excluido del sistema transmisivo y relegada su función a la de instrumento de publicidad de procesos transmisivos consumados extraregistralmente.

Esta concepción dificulta alcanzar una visión integral del proceso transmisivo - *inter partes* e *inter tertios*- y, además, de la función de la tradición y del Registro de la propiedad dentro del mismo.

Desbrozada esta cuestión, continuaré con el proceso de elaboración del Código civil en esta materia.

Correspondió a German Gamazo, entre otras materias, la ponencia relativa a las obligaciones en general. En opinión de BARÓ PAZOS⁶⁵⁹ probablemente corresponda a este ilustre jurista vallisoletano el abandono del sistema consensual del *Code civil* -a lo que estaba obligado por la Base 20⁶⁶⁰- y la adopción de la teoría del título y el modo.

⁶⁵⁹ BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991, pág. 258.

⁶⁶⁰ Así como por la Base primera de la Ley de Bases de 1888, cuyo inciso primero disponía: “*El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en este el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio,*”, lo que suponía una ruptura con el sistema transmisivo *solo consensu* del Proyecto de García Goyena.

La redacción definitiva del artículo 609 del Código civil se separó de la línea que seguía el Anteproyecto, cuyo artículo 606⁶⁶¹ no exigía el requisito de la tradición, como tampoco lo exigía el artículo 548 del Proyecto de 1851⁶⁶². No obstante, esta modificación no significaba una alteración del sistema transmisivo del Anteproyecto, porque el artículo 606 se completaba con el artículo 1112, precedente del actual artículo 1095, el cual establecía: “*El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación. No obstante esto, no adquirirá derecho real sobre ella hasta después que le haya sido entregada*”.

Según CUENA CASAS⁶⁶³, al parecer, Benito Gutiérrez fue el autor del artículo 606 y quien, curiosamente, propuso que la materia dedicada a obligaciones y contratos se regulase en un Libro distinto al de los modos de adquirir, que sería el Libro IV del actual Código civil, y, además, de sus palabras parece seducirse que la expresión “*por efecto de los contratos*” no significaba considerarlos como modo de adquirir sino como “*título en cuya virtud se puede adquirir la propiedad*”⁶⁶⁴, lo cual es consistente con su propuesta

⁶⁶¹ Según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1965, pág. 174, el artículo 606 del Anteproyecto del Código civil (1882-1888) deriva del artículo 710 del *Codice civile* italiano de 1865, según el cual: “*La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre las cosas se adquieren y transmiten por sucesión, por donación y por efecto de los contratos. También pueden adquirirse por medio de prescripción*”. Señala acertadamente CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 242, que si bien pudiera deducirse del artículo 606 del Anteproyecto su fidelidad al artículo 548 del Proyecto de García Goyena, al no mencionar la tradición, tal deducción no aparece confirmada sino más bien contradicha por el artículo 1.112 -equivalente al actual artículo 1095-. Señala PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código civil de 30 de abril de 1888*, ADC, Vol.13, Núm.4, 1960, pág. 1190, que, una vez terminado el Anteproyecto se invitó, por Real Orden de 30 de abril de 1888 -antes, por tanto, de la aprobación de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888- a todos los miembros de la Comisión a que realizasen las observaciones que estimasen pertinentes. Entre dichas observaciones, CUENA CASAS M *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246, se refiere a la realizada por Danvila -*Observaciones al Libro III del Proyecto de Código civil*, Legajo 19, Carpeta 2ª, del Archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia- que propuso la inclusión de la tradición en el artículo 606 del Anteproyecto: “*también se adquiere por la especificación, por la tradición, por la percepción de los frutos y por la sucesión en los derechos del propietario*”.

⁶⁶² Merece la pena subrayar que las variaciones introducidas en el Anteproyecto fueron acordadas por la Sección Civil y no por el Pleno de la Comisión. BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991, pág. 274.

⁶⁶³ CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pag. 242.

⁶⁶⁴, *El Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889.TI*. Senado.1989. Sesión de 27 de abril de 1885, nº. 110, 2276, Dirección de Estudios y Documentación. Secretaria General del Senado. Estudio preliminar de DE LOS MOZOS, J.L.

de regular en libros diferentes la materia referente a obligaciones y contratos, por un lado, y la referente a los modos de adquirir la propiedad, por otro.

En fin, lo que en el Anteproyecto eran los artículos 606 y 1112, fundamentados en la Base XIX ⁶⁶⁵ del Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885, se convirtieron en los artículos 609 y 1095 de la redacción definitiva, sustentados en la Base XX⁶⁶⁶ de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, con un contenido sustancialmente idéntico del que resulta que los contratos son meros títulos de adquirir o *iusta causa traditionis*. Según DE LOS MOZOS ⁶⁶⁷, en la redacción definitiva del artículo 609 del Código civil tuvo una influencia decisiva el Código civil chileno de Andrés Bello.

12.3. La *traditio* como acto traslativo en el Código civil

El término tradición solo es utilizado por el Código civil en el artículo 609 que, en este punto, se separa del artículo 606 del Anteproyecto, el cual hablaba de la “*entrega que es efecto natural de los contratos*”, no de tradición, por lo que no se puede equiparar la tradición del artículo 609 del Código civil con la “*entrega que es efecto natural de los contratos*” del artículo 606 del Anteproyecto, modificación que es consecuencia de la Base XX de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por lo que la tradición no puede ser

⁶⁶⁵ La Base XIX del Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885 disponía: “*Los contratos, considerados como una fuente de obligaciones, continuarán siendo meros títulos de adquirir, sometidos al principio de que la simple coincidencia de la voluntad entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas; y se cuidará de fijar las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad como en cuanto a la libertad de los que lo presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación y sobre los motivos que las anulan o rescinden*”

⁶⁶⁶ La Base XX de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888: “*Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente (...)*”

⁶⁶⁷ DE LOS MOZOS J.L., *Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia -RGLJ-, 1978-I, págs. 437-467.

confundida con la obligación de entrega propia de un contrato de finalidad traslativa, asimilándose más bien a la *entrega legítima* del artículo 698 del Proyecto de 1836.

El Código civil, sin embargo, no contiene una regulación específica y autónoma de la tradición, a diferencia del Proyecto de 1836 en relación a la entrega legítima. Más aún, el artículo 1095, que complementa al artículo 609, habla de entrega –“...*hasta que le haya sido entregada*”–, en lugar de tradición, lo que puede inducir a creer que se refiere a la “*entrega que es efecto natural de los contratos*”, lo que no es posible porque esa expresión del Anteproyecto fue sustituida por el término tradición en la primera edición del Código civil. Por ello, hay que asimilarla, más bien, al concepto de *entrega legítima* del Proyecto de 1836, uno de cuyos requisitos era que fuese realizada por el dueño de la cosa, pues, sin este requisito, aun cuando tenga lugar la entrega, el adquirente no adquiere derecho real sobre la cosa, como como quiere el artículo 1095 del Código civil sino que, en ese caso, es un título hábil para adquirir por usucapión. El artículo 1095 del Código civil solo se puede referir, por lo tanto, a una entrega traditoria, con los requisitos propios de la misma, como parte de un proceso transmisivo/adquisitivo traditorio.

La cuestión que se plantea, entonces, es la siguiente: ¿Por qué el Código civil regula las formas de entrega en sede de compraventa?

En mi opinión, el hecho de que el Código civil regule los diferentes modos de adquisición que enumera, con excepción de la tradición, podría significar que las normas del Código civil que regulan la obligación de entrega del vendedor deben entenderse más bien como normas que regulan la tradición como acto traslativo y no la obligación de entrega del vendedor, o, al menos, no solo esta última. Esta opinión se refuerza por el hecho de que tales normas no solo rigen en sede compraventa sino en relación a cualquier negocio jurídico de finalidad traslativa, v.gr. permuta. 668

Ello significa concebir la regulación de la entrega como una regulación bifronte: no solo se regula la entrega como obligación del vendedor sino como acto traditorio, esto

668 CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246, se expresa en este mismo sentido, si bien con la matización de que la regulación referida debe entenderse como regulación de la tradición como modo de adquirir.

es, traslativo del dominio, pues, en otro caso, se confundirían conceptos distintos: el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor forma parte del cumplimiento del contrato de compraventa, mientras que la tradición traslativa es necesaria para que el comprador -y, en general, adquirente- adquiera la propiedad,⁶⁶⁹ o, en el caso de no ser dueño el *tradens* la posesión que sirva de título para la adquisición por usucapión.

Esta observación, sin embargo, no explica por qué el Código civil regula la tradición como acto jurídico en sede de compraventa.

Tal regulación, no obstante, tiene sentido si consideramos que el Código civil español es el que más se ajusta a los esquemas del Derecho romano, tanto en lo referente a la compraventa como a la tradición, a diferencia de lo que sucede con los códigos civiles francés, italiano o alemán.⁶⁷⁰

Como expuse al tratar de la evolución del Derecho romano en esta materia, a diferencia de lo que sucedía con la *mancipatio* –al menos, la primitiva- y la *in iure cessio*, la *traditio* no agotaba, por sí sola, el proceso transmisivo.

En efecto, así como la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran procesos transmisivos solemnes y ceremoniosos, pero *uno actu*, sin embargo, el proceso transmisivo conocido con el nombre de *traditio*, se descompone en dos fases: (1) la *iusta causa* –normalmente un contrato y normalmente precedente- y (2) la entrega de la posesión con ánimo de

⁶⁶⁹ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.); GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 143 y 144, señala que la entrega desempeña (1) una función traslativa si funciona como elemento de la tradición (2) solutoria cuando funciona, además, con la finalidad de cumplir una obligación contraída y (3) de transmisión o restitución posesoria, Con base en ello, afirma que hay una incorrección evidente en el artículo 531-2 del Libro V del Código civil de Cataluña, cuando afirma que “la tradición consiste en la entrega de la posesión de un bien”, pues ello significa que considera a la tradición como una *datio possessionis*, que es característica de la entrega como elemento constitutivo de la tradición. Lo cual entra en contradicción con el artículo 531-1 del mismo cuerpo legal que valora la tradición, currectamente, como modo de transmitir y adquirir la propiedad y demás derechos reales, realizada como consecuencia de una justa causa o “determinados contratos”. No es aceptable confundir la tradición, como modo adquisitivo y traslativo, con la entrega como cesión posesoria.

⁶⁷⁰ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246.

transmitir la propiedad, fase a la que también se le daba el nombre de *traditio*. Estas dos fases se hallaban interconectadas, si bien el alcance de esta conexión ha sido uno de los más discutidos por la doctrina. Es también un factor capital en la configuración de los diferentes sistemas transmisivos.

Este negocio obligatorio precedente solía ser -y suele ser- la compraventa (*emptio-venditio*), arquetipo de los contratos de finalidad traslativa, originariamente un contrato mercantil propio del *ius gentium*, por cuya razón, el tratamiento del proceso transmissivo en el Derecho romano, especialmente a partir de Justiniano, requería tratar no solamente de la *traditio* sino también de la *emptio venditio* como negocio obligatorio usual en las transacciones en el mercado. Ambas, juntas, completaban el proceso transmissivo traditorio, a condición de que el *tradens* tuviera el *ius disponendi* en el momento de realizar la *traditio*, algo que no era posible saber con seguridad, por lo que solamente estaba obligado a entregar la cosa y a garantizar su pública y pacífica posesión. Hay que tener en cuenta, además, que en el tráfico con peregrinos hubiera sido imposible imponer al vendedor la obligación de transmitir el *dominium ex iure Quiritium* de un fundo itálico a un extranjero, lo que, por sí solo, explica ya el origen de la compraventa aplicada a la transmisión inmobiliaria en la época clásica.

Hubiera sido imposible porque en un entorno impersonal como consecuencia de la expansión del imperio, ni siquiera el vendedor podía estar seguro de ser el *verus dominus* aunque creyera serlo. En esas circunstancias era válida la venta de cosa ajena. Tan solo estaba obligado a asistir al comprador en caso de que un tercero le perturbase en su posesión, obligación que cesaba cuando transcurrián los plazos de la usucapión, pues el comprador ya no podía ser vencido en juicio por el *verus dominus*, en el caso de no serlo el vendedor.

Ahora bien, en un sistema causal como el romano, la *emptio venditio* formaba parte conceptualmente del proceso transmissivo, completado con la *traditio*, si el *tradens* era *verus dominus* y, si no lo era, con la *usucapio*. Por ello, por un lado, el vendedor no podía excluir la transmisión de la propiedad –esa cláusula era incompatible con la *emptio venditio*- y, por otro, debía de hacer todo lo posible para que el *emptor* deviniese *dominus*, lo que le obligaba a: (1) realizar la *traditio*, esto es, a realizar el traspaso posesorio con animo de transferir la propiedad, es decir, a transferirle la *possessio ad usucapionem* y (2)

a asumir la responsabilidad por evicción, hasta tanto el *emptor* no hubiese adquirido por usucapión.

Todo ello se debió, principalmente, (1) a la práctica imposibilidad de prueba del propio derecho de propiedad –*probatio diabolica*-, (2) a que el Derecho romano no conoció un Registro de la Propiedad propiamente dicho, salvo en Egipto, lo que dificultaba –en realidad, impedía- conocer con seguridad quién era el *verus dominus*, cuáles eran las cargas que pesaban sobre las fincas y, en consecuencia, impedía saber si el comprador se convertía en propietario y, en caso afirmativo, en qué medida,(3) así como, por último, a la conveniencia de facilitar el comercio de *res Mancipi* con los peregrinos.

El Código civil recoge, esencialmente, esta configuración de la compraventa y de la *traditio* como acto traslativo, las cuales, juntas, conforman el modo o sistema adquisitivo traditorio, operando la compraventa y la obligación de entrega como arquetipos del mismo. De ahí su regulación en sede de compraventa. La palabra *traditio* significa “entrega” y, en el contexto del proceso de adquisición de la propiedad, significa entrega de la posesión -entendida como *ius possidendi* y no necesariamente de la posesión como hecho- de la cosa, que transmite la propiedad por ir acompañada de una justa causa – en este caso, la compraventa-, supuesto el poder de disposición del *tradens* en el momento de realizarla.

En mi opinión, el hecho de que el acto traditorio se halle tan estrechamente ligado a una entrega posesoria -con el ánimo de transmitir la propiedad- se debe, entre otras razones, al hecho de que la *emptio venditio* era originalmente un contrato mercantil, exposición de la que traigo a este apartado los aspectos más relevantes.

La *emptio venditio* no solo era un contrato mercantil, sino que era el contrato mercantil por excelencia, pues servía precisamente para el intercambio de productos mediante su estimación en dinero. El objeto propio del contrato era una mercancía (*merx*), es decir, cosas venales, no cosas de propiedad más estable, como la *res Mancipi* –para las que se requería la *mancipatio* o la *in iure cessio*-.

Dado que la *emptio venditio* era un contrato de alcance estrictamente obligacional, era necesario, además, un negocio dispositivo adaptado a las necesidades de sencillez y celeridad del comercio, y la *traditio* cumplía todas estas características. Lo que importaba era que la cosa entregada quedase bajo el control efectivo del *accipiens*. Originalmente, cuando la *emptio venditio* recaía sobre una *merx*, normalmente de peso y tamaño reducidos, la entrega material de la misma era la forma de trasladar al *accipiens* dicho control efectivo. De ahí la configuración de la *traditio* como traspaso posesorio.

Posteriormente, la fuerza expansiva del comercio extendió este contrato también a la *res Mancipi*, lo que necesariamente modificó la *traditio*, pues respecto de este último tipo de bienes, la *traditio* ya no podía consistir en una entrega física, de mano a mano, como en el caso de las mercancías: el traslado del control efectivo había que realizarlo de otro modo, mediante actos que tuviesen esa significación.

En este aspecto, en materia inmobiliaria, se desarrolló una notable variedad de actos o formas traditorios y que va desde la *circumambulatio glebarum* –rito consistente en que *tradens* y *accipiens* recorren juntos los linderos de la finca-, hasta la *vaccuam possessionem tradere* – consistente en que el *tradens* deja el fundo libre para que el *accipiens* lo encuentre desocupado-, pasando por la *traditio longa manu* – subidos a una torre el *tradens* señala al *accipiens* los linderos de esta-. Dentro del mismo, merece ser destacada la que, con posterioridad, los juristas medievales, conocieron con el nombre de *traditio per chartam*, esto es, *traditio* mediante la entrega del documento, procedente de los derechos orientales, recogido por Justiniano, también aplicable a los inmuebles y precedente de la tradición instrumental regulada en el artículo 1462.2 del Código civil.⁶⁷¹

En todos estos casos, suele hablarse de proceso de espiritualización o de formas espiritualizadas de *traditio*, precisamente porque no hay una entrega material de la posesión del bien, a diferencia de lo que sucedía en la compraventa original que tenía por objeto solo mercaderías.

⁶⁷¹ D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 221-222.

El hecho de que la entrega material fuese la forma ordinaria de trasladar el control efectivo al *accipiens* cuando la *emptio venditio* tenía por objeto una *merx* no significa que sea el único modo de transferir dicho control a un *accipiens*, especialmente cuando ese modo deviene imposible debido a las características del bien transmitido, como sucede cuando la *emptio venditio* evoluciona y también pueden ser objeto de la misma las *res mancipi*, entre las que se encuentran los fundos itálicos. Dado que ya no es posible una entrega material que permita el control físico efectivo, se opta por la realización de actos que significan la transferencia del control jurídico sobre el bien transmitido, lo que, en mi opinión, revela la auténtica naturaleza del acto traditorio y explica la exigencia de que el *tradens* sea titular del *ius disponendi* para que esos actos de significación y efecto traditorio sean actos traditorios -esto es, traslativos de la propiedad- propiamente dichos.

Por ello, en mi opinión, no debería hablarse de formas ficticias de la *traditio*⁶⁷². Esa expresión sugiere que hay formas reales y robustas de *traditio* y formas meramente simbólicas, más volátiles y, por lo tanto, prescindibles, de la misma, lo que sencillamente no es posible si configuramos los contratos y, entre ellos, los de finalidad traslativa, que no traslativos, como fuentes de obligaciones y, por lo tanto, como meros títulos de adquirir, lo que revela su naturaleza de *iustae causae traditionis* y, por lo tanto, la imprescindibilidad de la *traditio* dentro de ese esquema conceptual.

Como señala ALONSO PÉREZ⁶⁷³, las formas inmateriales de la tradición se producen en sociedades más avanzadas, más urbanas, comerciales y globalizadas, siendo la tradición física -que él llama “real”- más propia de territorios cerrados, agrarios y artesanales, que no se ha abierto a la industria y al comercio entre los pueblos, probablemente -debe añadirse, porque en estas últimas, la tierra sigue siendo el activo fundamental.

⁶⁷² MIQUEL J., *Derecho Privado Romano* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 186-187.

⁶⁷³ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 199, pág.174.

Todo ello pone de manifiesto que la esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* por parte del *tradens* y, mediante el mismo, la transferencia de la titularidad del dominio o de un derecho real -en este caso, sobre inmuebles- al *accipiens*, con las facultades que lo integran, incluido el propio *ius disponendi* sobre las facultades transferidas.⁶⁷⁴

El problema no resuelto por el Derecho romano era cómo identificar al titular del *ius disponendi*, esto es, a la persona legitimada para realizar una *traditio* traslativa, así como a los titulares de *iura in re aliena* preferentes al derecho del adquirente.

Este problema tampoco lo resuelve el Código civil directamente sino mediante diferentes remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente las del artículo 608 del Código civil y, en materia de compraventa de inmuebles, la del artículo 1537 del mismo. La Ley Hipotecaria, como argumentaré más adelante, regula un sofisticado y elegante sistema de transmisión *inter tertios* o, si se prefiere, regula los requisitos que deben integrar, en materia de bienes inmuebles, el sistema transmisivo *inter partes* regulado en el Código civil para que también opere *inter tertios*, competencia esta exclusiva de la Ley Hipotecaria, como ya dijera la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y confirma el Código civil.

Conviene subrayar que, para entender adecuadamente la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo inmobiliario, esto es, la configuración de un sistema transmisivo *inter tertios* o, si se prefiere, la configuración de los requisitos que debe reunir el sistema transmisivo *inter partes* regulado por el Código civil para que también produzca efectos *inter tertios*, es necesario entender que tal sistema transmisivo *inter tertios* implica necesariamente una modalización del sistema transmisivo *inter partes* regulado por el Código civil.

⁶⁷⁴ BADOSA COLL F. "El poder de disposición en el Dret civil català", en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193 realiza un estudio exhaustivo sobre esta figura en el Derecho civil catalán, aplicable, en sus fundamentos conceptuales, al ordenamiento jurídico español en su conjunto.

De este modo, entre dos leyes diferentes y complementarias se ensambla un sistema transmisivo inmobiliario completo o integral si el adquirente desea ser propietario no solo frente al vendedor sino *erga omnes*, momento a partir del cual deviene, en rigor, propietario.

No obstante, antes de abordar ese proceso, se hace preciso abordar previamente la cuestión de la naturaleza de la *traditio* como acto traslativo para determinar su alcance dentro del modo o sistema transmisivo traditorio.

Para ello, es necesario partir de la distinción entre derechos personales o de crédito y derechos reales. Como sabemos, el contrato es fuente de obligaciones –artículos 1089 y 1091 del Código civil- y para obligarse es necesario tener capacidad para ello, pero no es necesario tener poder de disposición sobre un derecho preexistente integrante del patrimonio del obligado. Una cosa es obligarse y otra muy distinta transmitir un derecho, y para transmitir un derecho real es necesario que el *tradens* sea dueño y, además, tenga poder de disposición sobre un derecho preexistente que le pertenece.

Ello significa, como señala CUENA CASAS que: (1) Los modos de adquirir un derecho real son necesariamente distintos de los modos de obligarse en los que no es necesario el requisito del *ius disponendi* del *tradens*; (2) El requisito del poder de disposición debe situarse conceptualmente fuera del terreno contractual.⁶⁷⁵

Ello hace conceptualmente ineludible ubicar el *ius disponendi* en la *traditio* como acto traslativo, al menos en aquellos sistemas, como el del Código civil español, en los que rige la teoría del título y el modo, lo cual permite abordar una cuestión nuclear: ¿cuál es la función del acto jurídico traditorio dentro del *iter* transmisivo del mismo nombre?

La finalidad de un sistema -o modo en el sentido de sistema- transmisivo es, como su propio nombre indica, transmitir el dominio al adquirente. Dentro de ese *iter* transmisivo, el acto traditorio desempeña la función de transmitir al adquirente, si este

⁶⁷⁵ CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 256.

acepta, el *ius disponendi*, que es la facultad que permite el control jurídico efectivo -y, en ese sentido, la posesión⁶⁷⁶- sobre las demás facultades que integran el dominio y que el *tradens* se ha obligado a transmitir. Mediante el acto traditorio, el *tradens* transmite el *ius disponendi* y, con él, las demás facultades que integran el dominio, pues aquel permite el control efectivo de estas. De ahí que si el *tradens* no tiene el *ius disponendi* no pueda tener lugar el acto traditorio ni, por lo tanto, consumarse la adquisición por el modo o sistema traditorio, si bien, la posesión así transmitida servirá de justo título para la adquisición por usucapión si se dan las demás condiciones, teniendo en cuenta que, como observa Miquel, la tara que purga la usucapión no es un vicio del título sino una falta de *ius disponendi* en el *tradens* ⁶⁷⁷.

Una vez configurada la función jurídica del acto traditorio, se plantea la cuestión de determinar en qué consiste materialmente. El Código civil solo usa el término tradición en el artículo 609. Por su parte, el artículo 1095 del Código civil, que lo complementa, no usa ese término sino el de entrega, la cual, a su vez, viene regulada entre las obligaciones del vendedor en sede de compraventa -artículos 1462 a 1463 del Código civil -, lo que ha generado notable confusión, pues induce a identificar tradición con el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor y, en general, del *tradens* en todo contrato finalidad traslativa. Puede admitirse, como hace SÁNCHEZ ROMÁN, que, en un sentido gramatical, significa entrega⁶⁷⁸, lo que no significa que toda entrega sea traditoria ni que todo acto traditorio conlleve una entrega física o material ni, lo que es más relevante, que la tradición pueda concebirse como -y, por lo tanto, identificarse con- el cumplimiento de la obligación de entrega derivada de un contrato de finalidad traslativa.

⁶⁷⁶ Como ha señalado YU-CHIENG CHANG, “The Economy of concept and possession”, en YU-CHIENG CHANG (Ed.), *Law and Economics of Possession*, pág.108, Cambridge University Press, 2015, pág.108, el común denominador que define a la posesión es el control real. Esta definición permite explicar por qué hay razones económicas sustantivas para imponer cargas o conceder beneficios a quien ostenta el control real. En su opinión es el común denominador de la concepción de la posesión en diferentes códigos civiles como los de Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, España, Portugal, Austria, Japón, Corea del Sur y Taiwan.

⁶⁷⁷ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 133. Resalta Miquel que mantiene esta posición, que comparto, frente a la totalidad de la doctrina.

⁶⁷⁸ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, T.III, ed. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, págs. 198-200.

Para que el acto traditorio sea tal, se requiere voluntad y poder de disposición en el *tradens* así como voluntad y capacidad de adquirir en el *accipiens*. La entrega que no reúna estos requisitos no es un acto traditorio.

Por otro lado, la entrega material del bien raramente forma parte del acto traditorio. Puede formar parte de este cuando se trata de transmitir la propiedad de una cosa mueble de peso y tamaño reducidos, v.gr. un iPad, pero no si se trata de objetos pesados y/o voluminosos, aunque sean muebles. Así, por ejemplo, si se trata de un vehículo la entrega del mismo se realiza mediante la entrega de las llaves, o, si se trata de bienes muebles almacenados o guardados, la entrega de los mismos se realiza mediante la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados -artículo 1463 del Código civil-. En ninguno de estos casos hay entrega física de los bienes objeto de transmisión sino de instrumentos que permiten al adquirente acceder al control efectivo -y, en ese sentido, a la posesión- de los mismos.

Tratándose de inmuebles, sencillamente, es imposible una entrega física idéntica a la de un bien mueble de peso y tamaño reducidos. Si se tratara de una finca agrícola vallada, con una puerta de acceso, la entrega de esta puede consistir en la entrega de las llaves de acceso. Lo mismo cabe decir, si se trata de un piso que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. En ninguno de estos hay entrega física del bien objeto de transmisión pero sí de instrumentos que permiten un control efectivo -y, en ese sentido, la posesión- de los mismos.

Fuera de estos casos, el acto traditorio en sentido jurídico en el ámbito inmobiliario, mediante el cual tiene lugar la entrega o traslación del *ius disponendi* del *dominus y tradens* al *accipiens* se implemente mediante una serie de actos, de mayor o menor perfil litúrgico, que, aunque tienen tal significación jurídica, sin embargo, no conllevan la entrega de instrumentos físicos que permitan un control efectivo del bien inmueble transmitido sino de la legitimación jurídica para requerir la intervención judicial en el caso de que alguien dificulte o impida el ejercicio del *ius disponendi* adquirido.

Señala VOLTERRA⁶⁷⁹ que ya en el Derecho clásico romano se admitía, en algunos casos, que la *traditio*, con el consiguiente efecto de la transferencia de la propiedad, pudiera ser realizada sin que se efectuara la entrega material de la cosa, a través de algunos actos que indicaran la voluntad del *tradens* de poner la cosa a disposición del que la recibía -con la intención, se entiende, de desprenderse definitivamente de su propiedad a favor de este- y la voluntad del adquirente de recibirla y disponer de ella -se entiende que con la intención de adquirir definitivamente la propiedad de la misma-. Así, se dieron, entre otras, las figuras siguientes:

1.- *Traditio longa manu*: cuando el objeto, aunque esté presente en momento de la *traditio*, no es entregado materialmente al adquirente o puesto materialmente a su disposición, sino que es señalado a distancia por el que lo transfiere. Los casos previstos en las fuentes son, por ejemplo, el de la enajenación de un fundo que es señalado desde lo alto de una torre por el enajenante al adquirente, o el de la enajenación de mercancías mediante la entrega de las llaves del almacén o lugar donde están depositadas; los juristas romanos exigen que tal entrega se haga junto al almacén o bodega de que se trata.

2.- *Traditio brevi manu*, cuando el adquirente, antes de la *traditio*, detentaba ya la cosa bajo otro título distinto -arrendamiento, usufructo, etc- y no es necesario, por tanto, ninguna transmisión o puesta a disposición material de la cosa misma.

3.- *Constitutum possessorium*, cuando el adquirente retiene la posesión en virtud de un título distinto al de dueño, pactado con el adquirente. Por ejemplo, se constituye un derecho de usufructo o de arrendamiento a favor del enajenante.

4.- *Traditio symbolica*, cuando la entrega o puesta a disposición no se realiza sobre la cosa cuya propiedad se transmite sino sobre otro objeto que la simboliza. Se trata de una figura desarrollada en la época postclásica y desarrollada por los juristas medievales basándose en pasajes del *Corpus Iuris*. Durante la Edad Media la *traditio* simbólica adquirió una singular importancia, hasta el punto de que algunas modalidades de *traditio longa manu* fueron consideradas *traditio symbolica*, v.gr. la entrega de las llaves del almacén prescindiendo de su proximidad.

⁶⁷⁹ VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pag. 351.

5.- *Traditio* mediante entrega del documento, figura desarrollada también en la época postclásica, e importada de los ordenamientos orientales. Esta modalidad es recogida en la Constitución de Severo y Caracalla (C.8,53,1) que afirma que para realizar la transferencia de la propiedad de esclavos a causa de la donación, es suficiente que el donante entregue al donatario el escrito de compraventa que prueba que el donante adquirió los esclavos. Basándose en los textos del *Corpus Iuris*, los juristas medievales construyeron la *traditio per chartam*. No está claro, sin embargo, que los juristas romanos, así como los bizantinos, consideraran este supuesto como una *traditio symbolica*. Probablemente lo consideraron una figura distinta. Como he expuesto, es el precedente de la tradición instrumental regulada en el artículo 1462.2 del Código civil.

En ninguno de estos supuestos, que eran ordinarios, existe una entrega material del bien cuya propiedad se transmite. Se trata de actos que tienen la significación jurídica de trasladar el *ius disponendi* y, con él, el control jurídico efectivo al adquirente.

12.4. La tradición instrumental

Como subraya ALONSO PÉREZ⁶⁸⁰, especialmente a partir del siglo XIV las diferentes formas de tradición espiritualizada experimentan un desarrollo inusitado en toda Europa, especialmente la *traditio per chartam* hasta el punto de que en la tradición jurídica de Occidente la *traditio per chartam* acanará por obtener la prioridad frente a la tradición de la cosa.

Dada su especial relevancia, merece la pena detenerse en el análisis de la tradición instrumental en nuestro ordenamiento jurídico. Esta forma de tradición no es una *traditio ficta* o *symbolica* sino una tradición tan real y con tanta sustantividad propia como la

⁶⁸⁰ ALONSO PÉREZ M., "Título y modo de adquirir en el Código civil," en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 177.

entrega de la cosa cuando la *emptio venditio* recaía sobre mercaderías y la *traditio* consistía en la entrega de estas.

A ella se refiere el artículo 1462.2 del Código civil, el cual dispone:

*“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.*⁶⁸¹

El precedente más inmediato de este texto lo encontramos en el artículo 1385 del Proyecto de García Goyena, conforme al cual:

*“Cuando por disposición de la ley, o por voluntad de las partes se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de esta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”*⁶⁸²

El Proyecto de García Goyena adoptaba el sistema de transmisión francés *solo consensu* complementado por un sistema registral de documentos, esto es, de mera inoponibilidad de los títulos no publicados frente a los publicados.

Este precedente, el hecho de que el Código civil, pese a abandonar el sistema francés y adoptar la teoría del título y el modo en el artículo 609 complementado por el artículo 1095, mantenga en el artículo 1462.2 una redacción similar a la del artículo 1385 del Proyecto de García Goyena; el hecho de que el Código civil solo utilice el término tradición en el artículo 609, añadido a que no dedique un capítulo a la regulación de la tradición, a que el artículo 1095 no hable de tradición sino de entrega y a que regule las diferentes formas de entrega en sede de compraventa al regular la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, han generado y siguen generando confusión sobre la configuración de la tradición como modo o sistema adquisitivo así como sobre la

⁶⁸¹ Por el contrario, la venta mediante documento privado no equivale a la tradición: v.gr. sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997 o 13 de octubre de 2004.

⁶⁸² CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 263.

tradición como acto traditorio⁶⁸³, tendiendo a identificar esta última con el cumplimiento de la obligación de entrega del *tradens* en ejecución de su obligación de traspasar la posesión al *accipiens*.

Ello, además, viene facilitado por el hecho de que en el sistema del Código civil el vendedor, pese a ser la compraventa un contrato de finalidad traslativa del dominio, no está obligado a transmitir la propiedad del bien vendido al comprador sino solo a garantizarle su posesión pública y pacífica y al saneamiento en caso de evicción - artículos 1461 y 1474 del Código civil.⁶⁸⁴

Por todo ello, el análisis de la tradición instrumental es de gran utilidad para la configuración de la tradición como acto traslativo y, por lo tanto, como parte del modo transmisivo traditorio, dentro de nuestro sistema jurídico.

Desde la perspectiva del objeto material de este estudio, lo primero que cabe destacar es que la tradición instrumental a la que se refiere el artículo 1462 II del Código civil no conlleva un traspaso posesorio real o efectivo sino que consiste en el otorgamiento de la escritura pública.

⁶⁸³ En este mismo sentido JERÓNIMO GONZÁLEZ: “...en el fondo de todos estos problemas yace una confusión entre las formas legales de tradición y el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida. El Código francés, que no admite aquel modo de adquirir, contiene preceptos que han sido la base de nuestro articulado como resulta de la comparación de los artículos 1604 y siguientes de aquel con los artículos 1462 del Código Civil español, y parece desprenderse de las palabras empleadas por los que intervinieron en la redacción de los últimos que hay una perfecta analogía entre el cumplimiento de la obligación de entregar y la transferencia por medio de la tradición.

El Tribunal Supremo, en cambio, no ha tenido más remedio que distinguir la tradición propiamente dicha de la posesión o tenencia material de las fincas”. En *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, T. I, ed. Civitas, 2009, pág.439. Es una colección de escritos y conferencias del autor. La cita corresponde a una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de enero de 1943, titulada *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*.

⁶⁸⁴ Por el contrario, el artículo 621.1 del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, dispone:

“La compraventa es el contrato por el que el vendedor se obliga a entregar un bien conforme al contrato y a transmitir su titularidad, ya sea del derecho de propiedad o de los otros derechos patrimoniales, según su naturaleza, y el comprador se obliga a pagar un precio en dinero y a recibir el bien.”.

12.4.1. Requisitos para que el otorgamiento surta efecto traditorio

Para que tal otorgamiento sea traditorio es necesario que se cumplan determinados requisitos:

1) En primer lugar, es necesario que el otorgamiento se adecúe a la legalidad. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de mayo de 2008, sobre el artículo 145 del Reglamento Notarial en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, precisó lo que debe entenderse por adecuación del otorgamiento a la legalidad:

*“...la dación de fe por el notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el artículo 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el artículo 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el artículo 195, tras lo cual el notario autoriza el documento”*⁶⁸⁵

Dado que se trata de normas imperativas cuyo contenido es de gran relevancia para, entre otras finalidades, conseguir que las partes comprendan exactamente aquello a lo que se comprometen, su incumplimiento conllevará la nulidad de pleno derecho del otorgamiento -confer.: artículo 6.3 del Código civil-, lo que impide que el mismo sea apto para producir efecto traditorio alguno.⁶⁸⁶

Es el otorgamiento que reúna estas condiciones el que equivale a la entrega traditoria. La compraventa en documento privado no transmite por si sola la propiedad

⁶⁸⁵ Los artículos citados por la sentencia son todos del Reglamento Notarial. Los artículos 193 y 195 han sido modificados por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

⁶⁸⁶ GARCÍA CANTERO G. sostiene, en el comentario al artículo 1462 del Código civil, que la tradición instrumental opera no solo en el caso de escritura pública notarial, sino también judicial (STS 11 de diciembre de 1904 y 30 de noviembre de 1939), así como el auto aprobatorio de la adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1963), aunque tratándose de cosas muebles el criterio es más restrictivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1946). También en el caso de los documentos administrativos. En PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.). *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, 1991, pág 912.

al comprador -sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997 y 13 de octubre de 2004, entre otras-.

2) Que de la propia escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario.

No se requiere que la escritura contenga un reconocimiento expreso de su valor traditorio sino que de la misma no resulte o se deduzca claramente lo contrario. Se deduce claramente lo contrario cuando las partes o alguna de ellas manifiestan que la escritura no tiene valor traditorio, en cuyo caso producirá todos los efectos que le son propios excepto el traditorio. Así, producirá los efectos señalados por la Ley y Reglamento notariales y por el Código civil, el cual regula los documentos públicos dentro del Capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones -artículos 1214 a 1224 del Código civil-.

Los problemas se plantean cuando no existen tales declaraciones explícitas sino que la privación del carácter traditorio debe deducirse de la lectura de la propia escritura.

En este orden de cosas, una de las cuestiones más relevantes que plantea este precepto es la de determinar si, supuesto el cumplimiento de los demás requisitos, es necesaria la condición de poseedor del *tradens* para que la escritura pública equivalga al acto traditorio – en rigor, sea una modalidad del mismo- o, por el contrario, la carencia de tal condición, reflejada en la escritura, es un hecho que lo impide por cuanto implica que de la misma escritura resulta o se puede deducir claramente que el *tradens* no es poseedor. En este punto existen diferentes posiciones doctrinales. Me limitaré a exponer, brevemente, las más relevantes.

ROCA SASTRE⁶⁸⁷ sostiene que si el transmitente no tiene la posesión el otorgamiento no equivale a la tradición, puesto que esta implica la entrega de la cosa. Si se hubiera practicado una inscripción puede ser rectificadora, salvo que hubiera surgido un tercero protegido por la fe pública registral. GARCÍA GARCÍA⁶⁸⁸ crítica esta solución

⁶⁸⁷ ROCA SASTRE R. *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 249-265.

⁶⁸⁸ GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 644.

porque no es una solución para las situaciones normales -pues, a juicio de este autor, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo contempla una adquisición a *non domino*-.

LACRUZ⁶⁸⁹, por su parte, sostiene que el artículo 1462 del Código civil es aplicable también cuando el otorgante no es poseedor, porque considera que el artículo 1462 del Código civil no contempla una forma de tradición sino un equivalente de la misma. En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO⁶⁹⁰, si bien, según este autor, el artículo 1462 II no establece una presunción *iuris tantum* de tradición real sino que configura la tradición instrumental como otra forma de tradición, estableciendo que el otorgamiento conlleva una presunción *iuris tantum* de tradición instrumental, no de entrega de la posesión.

En esta misma línea, GARCÍA GARCÍA⁶⁹¹ afirma que la inscripción no queda desvirtuada por la falta de posesión real del *tradens*, ya que solo requiere tradición instrumental. Indirectamente, esta es también la posición de GIMENEZ ROIG⁶⁹², el cual sostiene que cabe no solo la venta del bien sino también de la acción reivindicatoria. A esta última le sería aplicable el artículo 1526 del Código civil. Si el vendedor no es poseedor, el comprador estaría legitimado para ejercitar las acciones del vendedor -confer.

⁶⁸⁹ LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IIº 3ª, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 145-146.

⁶⁹⁰ ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil III-1º*, ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 143.

⁶⁹¹ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 644.

⁶⁹² GIMÉNEZ ROIG E., *El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código civil*, RCDI,2003, núm.677, págs. 1463-1536. La posición de este autor es criticada por JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, CORPME, Madrid 2004, págs. 53-56, la cual argumenta dos fallos: 1.-Prescinde del título y el modo, lo que no es admisible tratándose de la transmisión *inter vivos* de derechos reales. El artículo 1526 del Código civil puede estimarse aplicable a estos supuestos, pero no para regular la transmisión del derecho real sino con vistas a la protección del tercero. 2.-Impone al comprador el resultado a través del artículo 1186 del Código civil aun cuando hubiera querido comprar una cosa y no la acción reivindicatoria. Suscriben el primer argumento GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 670, GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicitaria de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)* ADC, 2001, págs. 179-180, o BERCOVITZ ÁLVAREZ G., *Tradición instrumental y posesión*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 184.

artículo 1186 del Código civil-. Ello significa, según GARCÍA GARCÍA⁶⁹³, que no sería necesaria la posesión en el *tradens*.

JEREZ DELGADO⁶⁹⁴ analiza la cuestión centrándose en la relación que media entre el artículo 1462 II del Código civil y el Registro de la Propiedad. Desde esta perspectiva, en opinión de esta autora, el artículo 1462 del Código civil facilita la prueba de la entrega y, por lo mismo, facilita la prueba de la tradición. En el ámbito hipotecario, lo que interesa es determinar: 1º.) Cuándo puede estimarse suficientemente probada la tradición -a efectos de la inscripción-, para lo cual no es exigible indagar más allá de la documentación que se presenta y la información resultante se los propios libros registrales y 2º.) Qué consecuencias puede tener la inscripción efectuada, aspecto este en el que solo incide indirectamente el artículo 1462 II del Código civil en la medida en la que la falta de posesión del *tradens* pueda provocar la rescisión del contrato y la consiguiente ineficacia de la transmisión publicada.

En mi opinión, la esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* por parte del *tradens* y, mediante los mismos, la transferencia de la titularidad del dominio o de un derecho real - incluido el propio *ius disponendi* sobre las facultades transferidas y también el *ius possidendi* de un modo inmediato si el *tradens* no ha concedido previamente un derecho real que conlleve posesión, y, si lo ha concedido, cuando el mismo se extinga -v.gr.: usufructo-, extinción que puede ser provocada por el propio contrato de finalidad traslativa formalizado en escritura pública -v.gr. arrendamiento de local de negocio-.

La tradición consiste así en la transferencia de los instrumentos que permiten el control jurídico efectivo sobre el bien cuya titularidad se transmite. De ello se deduce que el hecho de que el *tradens* no sea poseedor no desvirtúa el carácter traditorio del acto del otorgamiento, lo cual rige también, por las razones expuestas, en el caso del propietario

⁶⁹³ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral Registral o Hipotecario*, T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 666.

⁶⁹⁴ JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 68 y 69.

despojado de la posesión contra su voluntad -artículo 460.4 del Código civil⁶⁹⁵ - Coincido con CUENA CASAS cuando afirma que solo es exigible la posesión en el *tradens* cuando sea este el objeto de transmisión. De lo contrario, es decir, de exigir la posesión en todo caso en *el tradens* sería inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor⁶⁹⁶.

Por ello, cuando el *tradens* no es poseedor, como observa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el otorgamiento de escritura pública puede ser la única forma posible de tradición como acto traslativo porque la tradición instrumental es siempre posible⁶⁹⁷, lo que permite que todos los derechos reales, incluidos los no susceptibles de posesión, puedan ser objeto de transmisión traditoria⁶⁹⁸ y neutraliza las críticas que afirman que los derechos reales no susceptibles de posesión no son tampoco susceptibles de tradición y, por lo tanto, la transmisión, en esos casos, se produciría *solo consensu*. Es más, cabe entender que los derechos de adquisición cuando se constituyen como autónomos, las servidumbres negativas -sobre todo las no aparentes o aquellas en que no es posible de momento el uso a favor o sobre el edificio futuro, los censos, los derechos de garantía -sin desplazamiento de posesión- no pueden, en general, constituirse como derechos reales -y no meramente con efectos personales- de otro modo que en escritura pública, como se

⁶⁹⁵ Son contrarios a esta posición los autores que conciben la tradición como una entrega posesoria. Además de los citados, entre otros HERMIDA LINARES M., *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles*, RCDI, núm. 457, 1966, pág. 420.

⁶⁹⁶ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 269. Señala esta autora que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que la expresión “*de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*” se refiere al hecho posesorio, es decir, que de la misma escritura no se deduzca la voluntad contraria a la transmisión de la posesión real o material, lo que conduce a interpretar el artículo 1462.2 como una presunción de entrega real o material, que puede destruir acreditando la posesión de la cosa por un tercero (STS de 31 de octubre de 1951 o 17 de noviembre de 1992), pág. 272.

⁶⁹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M.: “*Hay una forma de tradición que es posible siempre: la tradición instrumental*”, *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999, pág. 107.

⁶⁹⁸ Como afirma CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 282: “*La consideración de la tradición instrumental como una forma de traditio que no requiere la condición de poseedor en el tradens permite la aplicación sin excepción del artículo 609 cuando señala expresamente que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten...por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

confirma, para supuestos determinados, en los artículos 1628 y 1875 del Código civil, 145 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.⁶⁹⁹

12.4.2. ¿Es el otorgamiento un acto traditorio o un equivalente de este?

Se plantea esta cuestión debido al tenor literal del artículo 1462 del Código civil –“*equivaldrá a la entrega*”-. Literalmente, equivaler significa ser igual⁷⁰⁰, lo que lleva a concluir que el otorgamiento es una forma más de tradición⁷⁰¹ en el sentido de acto traditorio y también de entrega entendida como el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor⁷⁰², lo que es una consecuencia del significado dual de la regulación contenida en los artículos 1462 y siguientes del Código civil.

Ciertamente, los artículos 1461 y 1474 del Código civil imponen al vendedor la obligación de entregar al comprador la cosa vendida y garantizarle su posesión pública y pacífica, de donde se deduce que debe entregar la posesión al comprador. Ahora bien, la entrega posesoria no es -porque no puede ser- una entrega material o física cuando se trata de bienes que por sus características de peso, tamaño etc, no son susceptibles de una entrega posesoria idéntica a la de un bien mueble de pequeño tamaño y escaso peso. En estos casos, la entrega posesoria se realiza siempre de otros modos necesariamente, modos o formas que significan traspaso posesorio como consecuencia del traspaso del

⁶⁹⁹ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L, *Derecho Hipotecario*, T.I, Barcelona, 1995, pág. 220.: “*El Código civil equipara los derechos reales no susceptibles de posesión a los derechos personales o de crédito a los efectos de su transmisión, salvo lo que dispone el artículo 1526 cuando dichos derechos reales sean sobre inmuebles. El Código engloba unos y otros bajo la rúbrica “transmisión de créditos y demás derechos incorporales” y emplea igualmente para los derechos reales el concepto de cesión, como acto dispositivo por el solo consentimiento, es decir, solo consensu*”.

⁷⁰⁰ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “equivaler” significa, en su acepción primera: “*Dicho de una persona o de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia*”.

⁷⁰¹ En este mismo sentido, GÓMEZ GÓMEZ M., En *Inscripción y Tradición*, RCDI, 1958, pág. 242, para quien la tradición instrumental es una verdadera forma de tradición a los efectos del artículo 609 del Código Civil.

⁷⁰² CALVO SORIANO A, *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 2ª, Vol. 1º, Madrid, 1962, pág. 463, sostiene que la entrega a la que se refiere el artículo 1462.2 del Código civil es la tradición del artículo 609 del Código civil y no la entrega posesoria.

ius possidendi. Si un tercero perturba con éxito la posesión del *accipiens*, el *tradens* está obligado a sanear porque ello es consecuencia de que no le transmitió el *ius possidendi* a lo que está obligado. El acto traditorio o entrega traditoria, por su parte, traspasa los instrumentos jurídicos que permiten el control efectivo sobre el bien, y, por tanto, el *ius possidendi* si el derecho real que se transmite lo conlleva.

Todo ello deriva del hecho de que en un Estado moderno, conceptualmente, el control efectivo es siempre un control jurídico porque corresponde al Estado el monopolio del uso legítimo de la fuerza para proteger los derechos de los ciudadanos⁷⁰³

El otorgamiento es una modalidad de tradición -no una presunción de tradición-, salvo la voluntad contraria de las partes o de alguna de ellas manifestada de forma explícita o implícita en la propia escritura de compraventa, no en un lugar distinto. Ese es el significado de la expresión “*si de la propia escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”.⁷⁰⁴

12.5. La naturaleza causal de la tradición en el sistema del Código civil

La adopción por el artículo 609 del Código civil -completado por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal- de la teoría del título y el modo implica la opción por una concepción causal de la tradición, en su doble acepción de acto traslativo y de sistema traslativo.

⁷⁰³ En un moderno Estado de derecho los ciudadanos no pueden hacer uso de la fuerza para ejercer o proteger sus derechos, salvo el de la propia vida usando su derecho a la legítima defensa. En los demás casos, el uso de la fuerza es un monopolio del Estado, que puede ejercitar una vez que el sistema judicial haya adoptado la decisión que legítima dicho uso.

⁷⁰⁴ Así lo expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 28 de junio de 1961, que consideran irrelevante que unos testigos declaren que no hubo entrega. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999, pág. 105, matiza acertadamente que el Tribunal Supremo entiende que la tradición instrumental conlleva también la presunción de la transmisión de la posesión en concepto de dueño y que dicha presunción cede ante la prueba de que el poseedor era una persona distinta al vendedor o transmitente. La escritura, aunque, en esos casos, no implique transmisión de la posesión equivale también a la entrega a efectos de transmitir el dominio, citando las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912, 6 de diciembre de 1983, 7 de febrero de 1985, 29 de mayo de 1997.

Uno de los requisitos necesarios para que el acto traditorio pueda cumplir su función traslativa es que vaya acompañado de alguno de esos “*ciertos contratos*” a los que se refiere el artículo 609 del Código civil, que desempeñan la función de *iustae causae traditionis*. Sin justa causa, la tradición es inoperante, lo que implica, a su vez, que las vicisitudes que afecten a la justa causa se proyectan, inevitablemente, sobre la eficacia traslativa de la tradición.

Los “*ciertos contratos*” del artículo 609 del Código civil son meros títulos de adquirir, más exactamente meros títulos obligacionales, de los que, por lo tanto, solo surgen obligaciones que solo conciernen a “*las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley*”, según dispone el párrafo primero del artículo 1257 del Código civil, por lo que EL Código civil no adopta el sistema *solo consensu* del *Code*.

A su vez, la tradición sin un contrato de finalidad traslativa, válido y eficaz carece de potencia transmisiva, lo que significa que, en el sistema del título y el modo del Código civil, no cabe una tradición abstracta, en el sentido de desconectada del negocio de naturaleza obligatoria que le sirve de base o causa. La nulidad o inexistencia del título impide la transmisión de la propiedad aunque se haya producido la entrega de la cosa y si el *tradens* no es propietario no puede legitimar la ulterior adquisición por usucapión⁷⁰⁵, pues esta solo purga la falta de titularidad del *tradens* pero no un vicio del título.

Es una característica esencial del sistema del título y el modo adoptado por el Código civil la separación entre el negocio de obligación –“*ciertos contratos*”- y el de disposición –“*tradición*”-, pero, al mismo tiempo, impone la necesidad cumulativa de ambos y la interdependencia entre ambos para que se produzca el efecto traslativo *inter partes*.

⁷⁰⁵ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 132 y 133. Según este autor, la razón por la cual no cabe la tradición abstracta en nuestro sistema radica en que el Código civil no acoge la distinción romana entre el título *pro soluto* y el título *pro emptore* porque sigue la teoría del título y el modo, la cual solo acoge este último.

13. La modulación del sistema transmisivo del Código civil por la Ley Hipotecaria. Las propiedades normativas de la inscripción

13.1. Código civil y Ley Hipotecaria: La regulación *inter partes* e *inter tertios*, respectivamente, de las transmisiones inmobiliarias

En la fase final de elaboración del Código civil, se optó por mantener la Ley Hipotecaria, en lugar de derogarla e incorporar su contenido al Código civil. Ello hace que el sistema completo o íntegro de transmisión inmobiliaria, especialmente por actos *inter vivos* y a título oneroso – esto es, por actos de mercado- no se contenga en una sola ley, el Código civil, sino en dos, en el Código civil y en la Ley Hipotecaria. Cada cuerpo legal regula aspectos diferentes o, si se prefiere, responde a necesidades que son diferentes pero que están siempre presentes por ineludibles en un contexto de contratación impersonal, como es el propio de una economía de mercado y que, por ello, deben ser solventadas por un sistema transmisivo coherente con las necesidades de esta.

El Código civil regula los sistemas de transmisión -o adquisición- *inter partes*, es decir, entre A y B: qué debe hacer A si desea transmitir a B y qué debe hacer B si desea adquirir de A. A esos sistemas o modos se refiere el artículo 609 del citado Código. El arquetipo de sistema o modo transmisivo *inter vivos* es la compraventa, el acto de mercado por excelencia, a la que tomaré, por ello, como modelo. El Código civil centra su regulación en los diferentes aspectos que afectan a ese contrato y, además, lo hace desde una perspectiva esencialmente intracontractual, es decir, de los efectos que producen entre los contratantes,⁷⁰⁶ con la excepción del artículo 1473, que aborda la

⁷⁰⁶ El Código civil regula el contrato de compraventa en el Título IV del Libro IV, artículos 1445 a 1537. Regula la naturaleza y efectos del contrato -artículos.1445 a 1456-, la capacidad para comprar y vender -artículos 1457 a1459-, los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida -arículo.1460-, las obligaciones del vendedor -artículo. 1462 a 1499-, dentro de ellos, una disposición general -arículo.464-.la entrega de la cosa vendida – artícuos 1462 a 1473-, el saneamiento, dedicando al saneamiento por evicción los artículos. 1475 a 1483 y al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida los artículos 1484 a 1499; las obligaciones del comprador -artsículos 1500 a 1505-, la resolución de la venta -artículos 1506 a 1525-; la transmisión de créditos y demás derechos incorporales - artículos. 1526 a 1536- y una importante disposición general final -artículo 1537-.

cuestión de qué sucede cuando una misma cosa es vendida por un mismo sujeto a dos o mas personas distintas.

El Código civil no contiene ningún mecanismo dentro de sí que permita solventar por sí solo dos de las principales incertidumbres de cualquier adquirente: quien es el titular del *ius disponendi* y qué cargas y/o derechos de naturaleza real existen sobre la cosa que atribuyan a sus titulares un derecho preferente al del potencial adquirente. Por esa razón, el Código civil solo puede suministrar un sistema seguro de adquisición de una titularidad *erga omnes*: la usucapión, cuyos requisitos temporales y procedimentales son incompatibles con las exigencias de una moderna economía de mercado. Adicionalmente, la adquisición por usucapión solventa el problema de seguridad en la titularidad de quien ha adquirido por esa vía, pero no sirve para asegurar a quien pretende adquirir de quien adquirió por usucapión que este siga siendo el titular del *ius disponendi*.

La regulación del Código civil solo sirve, en el ámbito inmobiliario, por lo tanto, para un contexto de contratación con un componente preferentemente personal, en el que hay pocas transacciones, especialmente en el ámbito agrario, en el que la tierra no se usa preferentemente como instrumento de producción de bienes para el mercado, sino solo para la subsistencia. Por lo tanto, tampoco como instrumento de garantía para la obtención de capitales. Se trata de un ámbito, además, en el que las comunidades son de pequeño tamaño, más bien estables y en el que todos se conocen entre si. En ese contexto, las incertidumbres sobre la identidad del titular del *ius disponendi* y las cargas preferentes son más bien residuales y las necesidades que plantean pueden resolverse mediante el recurso al saneamiento por evicción -artículos 1475 al 1483 del Código civil- y la protección del poseedor -artículo 448 del Código civil-.

Pero esa ya no era la sociedad española cuando se estaba elaborando el Código civil. La sociedad española era ya una economía de mercado en la que predominaba la contratación impersonal, las ciudades se estaban desarrollando, habían transcurrido treinta y ocho años desde la Ley Hipotecaria de 1861, existía el Banco Hipotecario - creado por la Ley de 2 de diciembre de 1872 y gestionado inicialmente por el Banco de Paris y de los Países Bajos- y una economía que exigía cada vez más el recurso al crédito, el cual no es posible sin garantía y la garantía inmobiliaria no es posible si las titularidades

no son seguras y fácilmente transmisibles, como afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861.

El Código civil, de clara tradición romanista en cuanto al sistema transmisivo, no resuelve los problemas referidos, característicos de una economía de mercado, de una manera directa, sino por remisión a la Ley Hipotecaria: a esta corresponde identificar al titular del *ius disponendi* y las cargas preferentes. Esta era su función, necesaria para poder alcanzar su finalidad: el desarrollo del crédito hipotecario, entonces denominado territorial.

A diferencia de lo que sucede en una economía de subsistencia, en la que apenas hay transacciones y las que hay suelen ser entre personas que se conocen entre sí, en una economía de mercado, las transacciones son más variadas, más complejas y más frecuentes, mediando una distancia temporal menor entre ellas. Son una pieza esencial del sistema económico, dado que la creciente especialización implica una mayor interdependencia recíproca. En efecto, para que la especialización produzca sus benéficos efectos -incremento de la productividad y, por lo tanto, de la competitividad, de donde derivan el aumento de la riqueza y del bienestar- es necesario que oferta y demanda se encuentren.

En consecuencia, no solo importan los aspectos internos del contrato, que he llamado *intracontractuales*, sino, igualmente, los que he denominado aspectos *intercontractuales*, es decir, las vicisitudes de los actos y contratos anteriores referentes al mismo inmueble, que puedan afectar a un adquirente potencial. O, en otros términos, importan igualmente los aspectos *inter partes* e *inter tertios* del sistema transmisivo inmobiliario.

Debe observarse que en una economía de mercado, por lo tanto, el problema característico no es qué debe hacer A para transmitir a B o qué debe hacer B si desea adquirir de A. Cuando una sociedad alcanza el estadio evolutivo de una economía de mercado, su sistema jurídico ya hace tiempo que ha resuelto ese problema. Una economía de mercado se caracteriza por la alta densidad del tráfico contractual, con un alto componente de este realizado entre personas que no se conocen entre sí, de modo que los inmuebles cambian de mano con relativa frecuencia e, igualmente, son frecuentemente

utilizados como garantía crediticia. Coexisten simultáneamente sobre ellos derechos reales de diferente naturaleza como consecuencia de la especialización productiva, no todos ellos susceptibles de posesión.

Se hace, por ello, preciso asegurar que la concatenación intercontractual se corresponde con la concatenación de las titularidades sucesivas. En definitiva, en una economía de mercado pasan a primer plano los efectos que la transacción entre A y B puede tener sobre C; los de las transacciones entre A y B y entre B y C sobre D, los de las transacciones entre A y B, B y C y C y D sobre E y así sucesivamente, así como de las eventuales reclamaciones de terceros sobre cada uno de los adquirentes anteriores-. Es decir, pasan a primer plano las relaciones intercontractuales o *inter tertios*.

El Código civil no resuelve estos problemas de una manera directa sino, tratándose de inmuebles, mediante remisión a la Ley Hipotecaria.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 precisaba que no era competencia suya la regulación de los efectos *inter partes* del sistema transmisivo inmobiliario, pero que le correspondía la competencia plena para regular los efectos en relación a terceros. Una afirmación de este tipo solo tiene sentido porque se contemplaba como una Ley especial. Si, finalmente, el Código civil hubiese optado por derogar la Ley Hipotecaria incorporando su contenido, excepto la parte relativa a la organización del Registro de la Propiedad, tal afirmación carecería de sentido y tampoco habría remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria porque un solo cuerpo legal regularía el sistema completo -esto es, *inter partes* e *inter tertios*- de la transmisión de bienes inmuebles. No obstante, por las razones expuestas en páginas precedentes, se optó por mantener en vigor la Ley Hipotecaria con el resultado de que el sistema transmisivo inmobiliario *inter partes* aparece regulado en el Código civil, así como en algunos códigos civiles especiales⁷⁰⁷ mientras los efectos de este en relación a terceros aparecen regulados en la Ley Hipotecaria.

⁷⁰⁷ Destaca la regulación contenida en el Capítulo I del Título II del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, dedicado a los contratos de finalidad traslativa, en el que se regulan los contratos de compraventa y de permuta.

Esta situación hace que para determinar la función del Registro de la Propiedad en el sistema transmisivo inmobiliario, se deban abordar dos cuestiones, a saber: 1.- Determinar la repercusión de las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria en la estructuración de las relaciones entre ambos cuerpos legales, por lo que a la regulación de la transmisión de bienes inmuebles se refiere. 2.- Determinar si la Ley Hipotecaria modula o incide en alguna medida en el sistema transmisivo del Código civil, cuando se trata de bienes inmuebles.

13.2. Repercusión de las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria en la estructuración de las relaciones entre ambos cuerpos legales, por lo que a la regulación de la transmisión de bienes inmuebles se refiere. La prevalencia de la Ley Hipotecaria

PAU PEDRÓN ⁷⁰⁸ clasifica las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria en cuatro grupos:

1) Artículos que determinan la eficacia general del Registro de la Propiedad: art 606 -inoponibilidad de los títulos no inscritos y 607 -publicidad-.

2) Artículos que determinan la eficacia del Registro de la Propiedad respecto de datos o derechos concretos: artículo 609 -demanda de revocación de donaciones-; 1473 -doble venta-, 1524 -retracto legal- ; 1549 -arrendamientos; 1875 -hipoteca-; 1638, 1639 y 1646 -enfiteusis-; 1923 y 1927 -créditos hipotecarios y refaccionarios; 1949 -prescripción-.

3) Artículos de técnica registral: artículos 192 -en la inscripción que se haga en el Registro de la Propiedad de los inmuebles que acrezcan a los coherederos se expresará la reserva a favor del ausente-; 977 -obligación de anotar en el Registro de la Propiedad la cualidad de reservables de los bienes inmuebles-; 1333 -si las capitulaciones se refieren

⁷⁰⁸ PAU PEDRÓN A., en el comentario al artículo 605 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, T.I, PAZ-ARES RODRÍGUEZ C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P. (dirS.), ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1529.

a inmuebles se tomará razón de ellas en el Registro de la Propiedad-; 1436 -la demanda de separación de bienes y la sentencia en que se declara han de anotarse e inscribirse, respectivamente, en el Registro de la Propiedad-.

4) Artículos de remisión genérica a la Ley Hipotecaria -608, 647, 977, 1333, 1875, 1880-, o de salvedad -cláusulas “sin perjuicio”-, 975, 1124, 1510, 1537, 1571.

A los efectos de determinar la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo de bienes inmuebles, interesan especialmente las remisiones que determinan la eficacia general del Registro de la Propiedad: artículos 606 -inoponibilidad de los títulos no inscritos y 607 -publicidad-, así como los que contienen una remisión genérica a la Ley Hipotecaria -608, 647, 977, 1333, 1875, 1880, o de salvedad -cláusulas “sin perjuicio”-, 975, 1124, 1510, 1537, 1571.

Las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria implican la prevalencia de ésta en materia inmobiliaria por mandato del propio Código civil, lo cual es de una lógica difícilmente objetable: mientras el Código civil responde a las necesidades de una economía predominantemente agraria, en la que predomina la contratación personal, la Ley Hipotecaria responde a las necesidades de desarrollo de los mercados hipotecario e inmobiliario dentro de una sociedad que, en el momento de su promulgación, era ya una economía de mercado y en la que, por lo tanto, había que facilitar la contratación impersonal. Ello exigía modular los efectos de la doctrina del justo título para dar seguridad a los adquirentes pero sin perjudicar a los propietarios. Eso es, precisamente, lo que hace la Ley Hipotecaria.

Por lo tanto, en las materias objeto de remisión por parte del Código civil a la Ley Hipotecaria, debería procederse a interpretar el Código civil con sujeción a lo que dispone la Ley Hipotecaria. Y ello por dos tipos de razones:

En primer lugar, por *razones normativas*, considerando:

1) Lo dispuesto por el artículo 608 del Código civil, que remite a la Ley Hipotecaria para determinar el *valor* y los *efectos* de los asientos registrales.

2) Lo dispuesto por el artículo 1537 del Código civil, según el cual todo lo dispuesto en el Título IV del Libro IV del Código civil, relativo al contrato de compraventa –y del que forman parte, entre otros, los artículos 1473 y 1526 del Código civil–, se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria.

3) Lo dispuesto por los artículos 1875 y 1880 del Código civil. Conforme a este último “*la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente*”.

Lo que quiere decir que, en materia inmobiliaria y en relación a la propiedad inscrita, las disposiciones del Código civil, particularmente las relativas a la compraventa de bienes inmuebles, así como las relativas a la hipoteca sobre los mismos, se entienden subordinadas, por disposición del propio Código civil, a las de la Ley Hipotecaria, cuyas normas, en los términos expuestos, deberían ser consideradas como parte integrante del Código civil.

En segundo lugar, por *razones evolutivas*. El Código civil, así como la tradición romanista en que se basa, reflejan una construcción jurídica propia de una sociedad agraria, en la que predominan la economía de subsistencia y la contratación intragrupal, que es predominantemente personal, es decir, entre conocidos, y, por lo tanto, con información completa o incompleta solo en el margen, mientras que la Ley Hipotecaria trata de dar respuesta –como la *Lex Mercatoria* en su momento– a las necesidades propias de una sociedad en busca de la modernidad, tras haber superado las ataduras jurídicas del Antiguo Régimen. Una sociedad en la que rige la libertad de comercio y, en consecuencia, la contratación impersonal y recurrente sobre todo tipo de activos, incluidos los inmobiliarios, va abriéndose camino.

La característica inevitable de la contratación impersonal, propia de una economía de mercado, es la información incompleta⁷⁰⁹, de la que derivan las incertidumbres

⁷⁰⁹ Sobre la aparición progresiva de la información incompleta como consecuencia de la evolución a la contratación impersonal, MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de*

acerca de atributos jurídicos esenciales de los bienes que se desean adquirir, cuales son la identidad del titular, las cargas que pesan sobre los inmuebles, así como las causas de ineficacia que derivan de títulos materiales anteriores relativos al mismo bien y que pueden determinar la ineficacia de una potencial adquisición, como consecuencia de la configuración causal de la *traditio*.

Dichas incertidumbres deben poder ser despejadas al menor coste posible, pues, de lo contrario, los intercambios y, con ellos, la reasignación eficiente de recursos y, por lo tanto, la creación de riqueza se dificultarían o, incluso, frustrarían. Para conseguirlo, es preciso elaborar una construcción jurídica en materia de transmisión inmobiliaria que permita identificar a los legitimados para disponer y libere al comercio jurídico inmobiliario de las servidumbres del justo título, sin poner en riesgo, por ello, la seguridad de los propietarios, si no, más bien, reforzándola.

Para resolver este problema sin necesidad de tener que esperar a que transcurra el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, se precisa una intervención directa del Estado en el sistema transmisivo, mediante un Registro de la Propiedad dotado de fe pública registral, asunto éste que abordaré con posterioridad.

Los sistemas alemán y español abordan la solución de estos problemas de forma mucho más parecida de la que resulta de una primera aproximación. En ambos, la clave más importante radica en la atribución a los asientos registrales de ciertas propiedades normativas, entre las que destaca la denominada fe pública registral - *Gutgläubenswirkung* – a la que se refieren los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y el párrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch* respectivamente– e mediante la cual desaparecen los problemas de identificación de los legitimados para disponer, así como la incertidumbre sobre las causas de ineficacia de los actos y contratos anteriores relativos al mismo bien que puedan afectar al derecho de un potencial adquirente, como, por último, las cargas de origen comercial privado que puedan recaer sobre el bien y que, igualmente, puedan anteponerse a un eventual adquirente.

propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, págs. 71-81.

La doctrina del justo título queda modulada, en el sistema del Código civil, en el sentido de que solo pueden afectar a terceros –que reúnan los requisitos para quedar protegidos por la fe pública registral– aquellas vicisitudes que afecten al negocio causal y que, teniendo alcance real, consten en el Registro de la Propiedad. Con ello se pretende –y se consigue– facilitar el comercio jurídico inmobiliario sin debilitar la posición del propietario, contribuyendo así al desarrollo de la economía de mercado y la consiguiente creación de riqueza. En el sistema alemán, la doctrina del justo título queda superada, si bien no absolutamente, pues, en ciertos supuestos, las vicisitudes del negocio obligatorio pueden proyectarse sobre la *Auflassung* y, por lo tanto, sobre el adquirente, mediante la acción de enriquecimiento injusto –parágrafo 812 del *Bürgerliches Gesetzbuch* – o, incluso, subadquirentes, mediante una *Vormerkung* –parágrafos 883 a 888 del *Bürgerliches Gesetzbuch* –.

Por estas dos razones, se impone una interpretación del sistema transmisivo inmobiliario desde la concepción de la Ley Hipotecaria, si bien con un sentido integrador del Código civil, en lugar de hacerlo como se hace generalmente, esto es, desde la concepción del Código civil, el cual responde a una sociedad agraria con una débil economía de mercado o con una economía de mercado incipiente, situando al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, como excepción a las normas generales del Código civil y, específicamente a la regla *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

En nuestra sociedad, los ámbitos en los que rige la economía de mercado, caracterizada por la contratación impersonal y sus incertidumbres inherentes, constituyen la regla y no la excepción.

13.3. La modulación del sistema transmisivo inmobiliario del Código civil por la Ley Hipotecaria

Abordaré a continuación la cuestión de si la Ley Hipotecaria modula o incide en alguna medida en el sistema transmisivo del Código civil, cuando se trata de bienes inmuebles.

La Ley Hipotecaria vigente a la entrada en vigor del Código civil era la de 1869. Por lo tanto, a la entrada en vigor del Código civil, su artículo 608 remitía a una Ley Hipotecaria, en la que regía el sistema de notificaciones, no el de fe pública registral. Ésta no aparecerá hasta la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944/Texto Refundido de 8 de febrero de 1945 -artículo 34-, época en la que, según su Exposición de Motivos, todavía había un 60% de la propiedad sin inscribir y, además, se había iniciado una fuerte corriente desinscribitoria.

Ello implica que, aunque a partir de ese momento, el artículo 608 del Código civil remite a una Ley Hipotecaria que ha incorporado la fe pública registral, sin embargo, la mayoría de la propiedad se hallaba sin inscribir y, por lo tanto, su sistema transmisivo se regía exclusivamente por el Código civil. Todo ello contribuye al entendimiento de las razones por las cuales la opinión dominante tendió a interpretar la Ley Hipotecaria desde el Código civil –que respondía a la realidad inmobiliaria dominante aún en 1944 y no al revés-, pese a lo dispuesto por los artículos 608 y 1537, entre otros, del Código civil, así como a considerar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como una excepción al sistema transmisivo propio del Código civil, que debía ser considerado como el sistema ordinario y general de transmisión de bienes inmuebles.

Este estado de cosas, así como el hecho de que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 afirmase que la competencia de la Ley Hipotecaria se limitaba, en esta materia, a regular los efectos del sistema de transmisión inmobiliaria en relación a terceros, a lo que hay que añadir que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 afirme que “*no se concede a la inscripción carácter constitutivo*”⁷¹⁰, han contribuido a la creencia de que en el sistema jurídico del Código civil el sistema ordinario de transmisión, en general, y también, el de bienes inmuebles,

⁷¹⁰ Afirma la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944: “*Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal que solo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal*”. Con anterioridad afirma: “*La inscripción, si bien continúa siendo declarativa y de efectos declarativos, será, en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles.*” Ciertamente, no se da la inscripción carácter constitutivo explícitamente, pues no hay en la Ley Hipotecaria ningún pasaje que le atribuya ese carácter. Sin embargo, como veremos, es una consecuencia necesaria de la asignación a la inscripción de la propiedad normativa denominada impropia fe pública registral cuando se cumplen los requisitos exigidos para que opere.

lo que incluye los bienes inmuebles inscritos, es el contenido en artículo 609 del Código Civil y que, por tanto, los procesos transmisivos se consuman extraregistralmente.

El Registro de la Propiedad se limita a darles publicidad, produciendo el efecto de inoponibilidad -artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria-, de presunción *iuris tantum* de titularidad y posesión en los términos que resultan del Registro -artículo 38 de la Ley Hipotecaria- y, en ciertos casos, de protección de ciertos adquirentes *a non domino* -artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico, sin que, por tanto, la Ley Hipotecaria module el sistema ordinario de transmisión del Código civil, salvo la excepción el artículo 34.

En mi opinión, es precisamente este enfoque el que dificulta una inteligencia adecuada de la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema de transmisión inmobiliaria español en general y del Código civil en particular.

Para una adecuada comprensión de dicha función es necesario variar la perspectiva desde la cual se enfoca el sistema transmisivo inmobiliario en su conjunto, partiendo de las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria en materia inmobiliaria, especialmente las contenidas en los artículos 608 y 1537 del Código civil, lo que ofrece una perspectiva y, por lo tanto, una interpretación distinta de la función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria -y, en consecuencia, del Registro de la Propiedad- dentro del sistema transmisivo inmobiliario, como argumentaré más adelante al tratar del artículo 609 del Código civil como sistema básico de transmisión completado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la propiedad inscrita, artículo que incorpora el sistema de transmisión registral mediante la modulación del sistema transmisivo del título y el modo del Código civil.

Este trabajo tiene por finalidad poner de manifiesto que el Registro de la Propiedad no es tanto un sistema de publicidad cuanto un nuevo sistema de transmisión de las titularidades sobre derechos reales inmobiliarios en respuesta a las necesidades de un entorno de contratación impersonal y a la necesidad de convertir los inmuebles en activos económicos -en 1861 especialmente las tierras dedicadas a la agricultura con la finalidad de atraer capitales que posibilitaran su desarrollo-, lo que exigía dotar de seguridad y certeza a las titularidades de los derechos reales sobre los mismos sin merma

de la agilidad del tráfico jurídico. Para entender adecuadamente el sistema de transmisión registral es necesario comprender cuáles son las propiedades normativas de la inscripción tal y como han quedado configuradas tras la Ley de 1944, si bien, naturalmente, haciendo una constante referencia al proceso histórico de configuración de tales propiedades normativas.

13.4. El objeto del Registro de la Propiedad: la inscripción

Según el párrafo primero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria -coincidente con el artículo 605 del Código civil-:

“El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”.

A los efectos de este estudio, utilizaré el término “*inscripción*” en su sentido propio, esto es, referido a una clase asienta, prescindiendo, pues, para simplificar, de las anotaciones, cancelaciones y notas marginales, salvo cuando del propio texto resulte lo contrario.

Ni la Ley Hipotecaria ni el Código civil nos dicen que el objeto del Registro de la Propiedad sea la publicidad de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, sino la *inscripción* de estos.

Lógicamente se podría aducir que la función de la inscripción es la publicidad de lo inscrito. Pues bien, la función de la inscripción únicamente podemos deducirla observando cuáles son sus *efectos*. Bastará, para ello, analizar sus principales efectos, a los cuales cabe denominar *propiedades normativas* de la inscripción, establecidas por la

ley con la finalidad de solucionar los problemas preexistentes que dificultaban la contratación y la conversión de los inmuebles en activos económicos.⁷¹¹

13.5. Las propiedades normativas de la inscripción

Las propiedades normativas de la inscripción -o, si se prefiere, los efectos de la inscripción- tienen su origen en el contraste entre las exigencias de la transmisión de las titularidades sobre bienes inmuebles y la aptitud de estos como garantía crediticia en una economía de mercado, de un lado, y las reglas del *ius commune*, de otro. Constituyen una respuesta a las incertidumbres de adquirentes y acreedores, mediante el robustecimiento de la posición del propietario -y, como consecuencia, de adquirentes y acreedores- y la simplificación de la transmisión.

En el ámbito cambiario, el Derecho cartular desarrolla sus postulados mediante el expediente técnico de la *incorporación* del derecho al documento. Algo parecido se puede decir del Derecho registral: desarrolla sus postulados mediante la técnica de la *incorporación registral*, que puede denominarse *intabulación*, y que, al igual que la incorporación en relación a los títulos valores cualificados –especialmente la letra de cambio- implica la atribución a la inscripción del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles –y de los *iura in re aliena*- de una serie de *propiedades normativas* que son esencialmente las mismas que el derecho cartular atribuye a los títulos valores cualificados o de fe pública, y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio-, si bien con algunas importantes variaciones: 1.- Tras la Ley 13/2015 de 24 de junio de reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro, la delimitación de la finca es una función compartida entre Catastro y Registro por lo que, en última instancia, no deriva solamente de la inscripción - artículo 1.2 de la Ley 13/2015-; 2.-La transmisión cambiaria tiene lugar mediante el endoso, mientras que la transmisión registral requiere un acto o contrato de finalidad traslativa, usualmente regido por el sistema del título y el modo, si

⁷¹¹ Sobre la confusión que ocasiona la utilización del término publicidad para referirse a la función del Registro de la Propiedad, MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *De la publicidad comtractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

bien con requisitos adicionales; entre otros, adquirir de un titular registral con facultades de disposición y obtener la inscripción de la titularidad así adquirida- y 3.-Las excepciones a la fe pública registral revisten una mayor amplitud.⁷¹²

La adecuada inteligencia de tales propiedades normativas requiere ser conscientes de que las mismas operan -suelen operar- únicamente en las relaciones *inter tertios* y no en las relaciones *inter partes*, las cuales aparecen gobernadas por los principios del Derecho contractual y, en tales relaciones, “*La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*” -artículo 33 de la Ley Hipotecaria-, por lo que el adquirente a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir no queda protegido frente a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo.

13.5.1. Legitimación registral o presunción de exactitud registral

Analizaré esta propiedad normativa en una doble vertiente: en relación al titular registral, en primer lugar, y en relación al tercer adquirente, en segundo lugar.

13.5.1.1. En relación al titular registral

Con carácter general, esta propiedad normativa, conocida también como *principio de presunción de exactitud registral* viene recogida, esencialmente, en los artículos 38, 97, 1 III y, a mi juicio, también 32⁷¹³ de la Ley Hipotecaria, si bien a efectos de este

⁷¹² Pueden verse enumeraciones de las excepciones a la fe pública registral en la diferentes obras y tratados de Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Merece destacarse GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.II, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 436 ss. Merece destacarse que la excepción contenida en el artículo 28 de l Texto Refundido de la Ley Hipotecaria ha sido derogada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁷¹³ En efecto, los artículos 38, 97 y 32 de la Ley Hipotecaria fijan respectivamente el contenido –artículo 38 de la Ley Hipotecaria- y los contornos –artículos 97 y 32 de la Ley Hipotecaria- de la presunción de legitimación.

estudio, me centraré en el análisis del artículo 38, -que, en su formulación actual no fue introducido hasta 1944-, especialmente de su primer párrafo, a cuyo tenor:

*“A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos”.*⁷¹⁴

En realidad, puede sostenerse que los artículos 97 y 32 de la Ley Hipotecaria –también el artículo 38 de la misma- obedecen a la misma “*ratio legis*” y son una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el artículo 38. En efecto, si según el inciso primero de párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria “*a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*”, lo que constituye la máxima protección posible de la apariencia en un sistema causal como el nuestro, su corolario lógico es que “*cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera*” -artículo 97 de la Ley Hipotecaria-, así como que “*los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercer o* (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), o dicho de otra manera, que tales títulos, a efectos de tercero, se presume que no existen, es como si no existieran, que es exactamente lo que exige la protección de la confianza mediante la protección de la apariencia; y esto es lo que quiere decir el artículo 32, si bien mediante una fórmula más elegante, como debería ser propio de todo texto legal.

En este mismo sentido GARCÍA GARCÍA J.M *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.I. Ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 682 ss, para quien el juego de los artículos 97 y 32 de la Ley Hipotecaria permiten afirmar que en nuestro sistema la presunción de *exactitud* incorpora también la de *integridad*.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, no deja la menor duda al respecto:

“El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y pertenece al titular. De este modo la presunción iuris tantum de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal”.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria no es, pues, una formulación negativa del principio de fe pública registral. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria tampoco es una consecuencia necesaria de lo dispuesto por el artículo 38 de la misma ley, sino una modulación de sus efectos, en relación a los adquirentes, para acomodarlos a los exigidos por el mercado, porque el Registro es un instrumento para el desarrollo del mercado.

Con tales formulaciones, el sistema registral, tras la reforma de 1944-1946 llega al *nivel máximo posible de protección de la confianza mediante la protección de la apariencia en un sistema causal* como el español. Como dice SANZ FERNÁNDEZ A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, ed. Reus, Madrid, 1945, págs. 188 ss. “*resulta difícil presumir en nuestro Derecho la existencia del Derecho inscrito sin más, esto es, con independencia de los presupuestos causales a los que debe su existencia. La inscripción o la cancelación deben legitimar su propio contenido. El contenido de las mismas es que en virtud de un negocio jurídico determinado...(...)... se ha constituido o extinguido un derecho real que se inscribe o cancela.*”.

⁷¹⁴ Como observan LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA F.A *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1976, págs. 166 ss., pese a lo lógico que resulta la presunción de pertenencia del derecho inscrito al titular inscrito, sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861, no hizo la

Como expuso SANZ FERNANDEZ, este precepto incorpora una presunción *iuris tantum* de veracidad, como consecuencia de la cual, la inscripción legitima las situaciones jurídicas, en cuanto atañe a la propia fuerza y existencia de los

menor mención a ella, porque estaba presidida por la idea de la protección del tercer adquirente de buena fe contra las cargas ocultas, las dobles enajenaciones, etc.

Esta situación del titular registral, que en el momento de adquirir obtiene la máxima protección contra la falta de titularidad de su transmitente, pero que en lo sucesivo no puede servirse de los libros para acreditar su derecho sobre la finca, era ilógica y provocó la reacción de la Ley de 1909, cuyo artículo 41 – ley refundida- establecía que “*quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido código a favor del propietario y del poseedor de buena fe.*”. El precepto autorizaba, además, al titular registral a recuperar la posesión por un procedimiento rapidísimo –el del título. XIV, libro 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según especificó el artículo 100 del Reglamento Hipotecario de 1915.

Con semejante redacción, la ley seguía sin atribuir una presunción de pertenencia del derecho inscrito. En su lugar, se establecía una presunción posesoria, lo que resultaba absurdo: la inscripción permitía presumir no la titularidad que proclamaba, sino la posesión que, por un lado, podía o no corresponderle y, por otro, era irrelevante a efectos legitimadores. Consecuencia de esta posesión presunta era la posibilidad de recuperar la posesión del bien de un modo fulminante, mediante el procedimiento de. Los artículos 2056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, tratándose de fincas inmatriculadas, la posesión de inmuebles desaparecía prácticamente del campo del derecho, siendo sustituida por la inscripción.

Fue la misma energía del precepto la que obligó a yugularlo, continúan Lacruz y Sancho. El uso del procedimiento para adquirir la posesión por parte de titulares inscritos cuya propiedad era discutible, o cuyo derecho de desahucio no estaba plenamente comprobado, contra quienes cultivaban la tierra desde tiempo inmemorial, determinó, primero alteraciones del orden público, y finalmente la modificación del artículo 41, mediante un Decreto-Ley de 1927, que convertía en *iuris tantum* la presunción posesoria, permitiendo oponerse al lanzamiento a los poseedores actuales, quepodían evitarlo fácilmente demostrando su posesión.

Por último, como afirman ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág.349., la reforma de 1944 ha cerrado en forma más técnica el proceso evolutivo del principio de legitimación registral en nuestro ordenamiento hipotecario. Ha proclamado explícita y adecuadamente el principio de legitimación a base de la presunción de existencia del derecho inscrito ha facilitado el procedimiento para la efectividad posesoria del titular inscrito y ha conservado los avances logrados por la reforma de 1909 en punto a ciertas aplicaciones procesales del referido principio.

derechos reales, la que les da el Registro con su *presunción legitimadora*⁷¹⁵ o, como prefiere denominarla PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *eficacia legitimadora*.⁷¹⁶

Por ello, se afirma que este precepto incorpora el principio de *presunción de exactitud* del Registro o de *legitimación registral*. GARCÍA GARCÍA lo define como el principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro de la Propiedad se presumen exactos y veraces y, como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina⁷¹⁷.

En cuanto al ámbito o alcance de la presunción se extiende, como afirma DÍEZ-PICAZO⁷¹⁸ a la existencia y titularidad de los derechos reales inscritos, además en la *forma* determinada por el asiento respectivo.

⁷¹⁵ Argumenta SANZ FERNÁNDEZ A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1945, pág 181, que esta presunción no es otra cosa que la energía legitimadora de la antigua *Gewere*, aplicada a las declaraciones del Registro de la Propiedad, produciendo como ella importantes consecuencias en un doble sentido: 1º.- Procesalmente, exonerando al titular inscrito de la carga de la prueba lo mismo cuando demanda que cuando es demandado –efectos ofensivos y defensivos de la *Gewere*- y cargando a quien se oponga con la prueba de la inexactitud registral. 2º.- En el orden sustantivo, permitiendo al titular comportarse como legítimo dueño o titular de los derechos y atribuyéndole, muy especialmente, la facultad de disponer con plena eficacia jurídica.

En este mismo sentido –conexión de la presunción de exactitud con la institución germánica de la *Gewere*- ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L. *Derecho Hipotecario* T I, ed. Bosch, Barcelona 1995, pág. 520, firman:” *Creado el Registro de la Propiedad, en él se produce una vida abstracta de titularidades, a la que es lógico dotar de una presunción iuris tantum de exactitud, de manera que los mismos efectos legitimadores de la Gewere o de la posesión de bienes muebles, tienen naturalmente que ser atribuidos a los asientos del registro, los cuales (...) están ungidos por la calificación de un organismo público, cual el Registro de la Propiedad*”.

⁷¹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, ed. CORPME, Madrid, 1999, pág. 527.

⁷¹⁷ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.I, ed. Civitas, Madrid, 1988, págs. 673 ss Como señala este autor en esta definición aparecen los dos aspectos que explican la doble terminología utilizada a propósito de este principio, pues se trata, por una parte, de una *presunción de exactitud*, pero al mismo tiempo de una *legitimación* del titular registral.

⁷¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 358. No entro a considerar los aspectos relacionados con la delimitación física del inmueble, aspecto este sobre el que incide la Ley 13/ 2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro. Véanse MORALES MORENO A.M, *Publicidad registral y datos de hecho*, ed. CORPME, 2000-; GÓMEZ PERALES M. *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 38 ss.; FANDOS PONS P., *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2016. págs. 597-621; PUYAL SANZ P., *Derecho catastral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018,

En cuanto a la *existencia* de los derechos reales inscritos, coincido con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS cuando afirma que la presunción hay que entenderla circunscrita a las situaciones jurídico-reales sobre la finca, y no a cualesquiera otras circunstancias distintas que puedan relatar los asientos registrales. La presunción solo alcanzará, pues, los datos sobre derechos de crédito – garantizados con condición resolutoria explícita -artículo 11 de la Ley Hipotecaria-, anotación preventiva, hipoteca-, sobre circunstancias del sujeto o sobre circunstancias de hecho de la finca en cuanto sean determinantes del contenido o alcance que por ellos tengan los derechos reales inscritos.⁷¹⁹ Así, por ejemplo, como señala MOLL DEL ALBA⁷²⁰, la reforma de 1944-46 introdujo el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual sólo afectará a terceros el aplazamiento del pago del precio cuando se garantice aquel con hipoteca o se dé a la

págs. 1002-1009; GARCÍA GARCÍA J.M., *La finca registral y el Catastro*. ed. Thomson Reuters, 2016, págs. 562-659.

⁷¹⁹ Según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.II, Ed. Tecnos.: Madrid, 1978 pág. 358, la presunción no incluye la finca. Tampoco, según él, al título, aunque matiza: “*En la medida en que el derecho es una consecuencia del título o negocio jurídico real, sin embargo, la presunción de la existencia del derecho parece que es, por lo menos indirectamente, una presunción de la existencia y de la eficacia del título constitutivo del derecho y de la supervivencia de tal eficacia*”). Véase también GÓMEZ PERALES M. *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 38 ss. Cita abundante jurisprudencia y doctrina a favor de la extensión de esta presunción *iuris tantum*, en relación con los datos descriptivos de las fincas. Reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública sostiene que la legitimación registral no se extiende a los datos de hecho que figuren en la inscripción. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de abril de 2022 sostiene que “*, por regla general, el principio de legitimación no se extiende a los datos de hecho, y especialmente al referente a la superficie de la finca, salvo que la georreferenciación de la misma se haya inscrito en los términos que resultan de los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria*”.

⁷²⁰ MOLL DEL ALBA CH., *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, ed. CEDECS, Barcelona, 1999, pág.134. Señala esta que antes de la reforma de 1944-1946 no había diferencia alguna respecto a terceros entre el supuesto del pacto de la *lex commisorio* reflejado en la inscripción y el supuesto en que, sin pactar el mismo, se reflejaba en la inscripción el aplazamiento del precio. De esta forma, siempre que constase en el Registro el aplazamiento, el tercero quedaba afectado por la resolución. Este régimen resultaba, fundamentalmente, del antiguo artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria de 1909, que establecía:

“No se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho... por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago”

Este artículo, relacionado con los artículos 37.1 y 34 de la Ley Hipotecaria determinaba que por la mera constancia del aplazamiento, aunque no se hubiese estipulado la cláusula comisorio, quedase reflejada explícitamente la posible causa de resolución.

falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, a diferencia de lo que sucedía en la legislación anterior.

En cuanto a la *titularidad o pertenencia*, el principio de legitimación significa la presunción *iuris tantum* de que la titularidad real se corresponde con la titularidad registral del derecho plasmada en el asiento correspondiente. La asignación registral de titularidad se equipara, por lo tanto, con la titularidad real, salvo prueba en contrario.

Ello es una consecuencia de la apariencia de titularidad material con la que el asiento registral inviste al titular inscrito, en virtud de la fiabilidad del procedimiento registral. Con base en esa apariencia, el titular registral goza de la presunción de ser el titular real y efectivo del derecho inscrito, quedando así eximido de tener que aportar cualesquiera otros medios probatorios –como resulta, entre otros, de los párrafos segundo y siguientes del propio artículo 38 de la Ley Hipotecaria–.

Con ello, como afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el ordenamiento no trata de proteger otro interés que el del verdadero titular del derecho real, ya que el titular registral es, generalmente, el titular real.⁷²¹ La discordancia, en caso de haberla, se debe siempre a algún error cometido durante el procedimiento registral.

Por ello, el penúltimo párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria dispone que “*la acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real del que se derive*”. Por ello, la situación registral, en nuestro sistema, no es disponible con independencia del derecho real que refleja, pues no se admite el consentimiento formal⁷²².

⁷²¹ Salvo error en el procedimiento registral, no cabe que el sistema registral imponga al *verus dominus* una privación inconstituida de su derecho. Si se produce es porque ha preferido no asumir la carga de conservación del derecho que el mismo le impone, muy inferior a las que resultan en un sistema de seguridad jurídica, como veremos más adelante. Véase Méndez González F.P., *Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema*, en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T.III, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

⁷²² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II. ed. CORPME, Madrid, 1999. pág. 585.

La presunción de titularidad legitima al titular registral para actuar con tal carácter, atribuyéndole en principio el ejercicio de las facultades emanadas del derecho inscrito⁷²³.

Se trata de una *legitimación* registral-, esto es, de una legitimación que confiere la ley al *titular registral* por el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley asigna al asiento.⁷²⁴

Es también una presunción en relación a la *extensión* de los derechos reales inscritos- “*en la forma determinada por el asiento respectivo*”-; a ella me referiré a continuación, si bien puedo adelantar que, a mi juicio, tiene un valor y desempeña una función equivalente al principio de *literalidad* en el ámbito de los títulos valores cualificados, al que me he referido al tratar de la letra de cambio.

Es también, por último una *presunción posesoria* –“*De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos*”.

Lleva razón PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. cuando afirma que la posesión a la que se refiere el precepto no es solo el *ius possidendi*- para lo que no haría falta ningún precepto especial, pues como facultad integrante del dominio o derecho real inscrito se entiende presumida con el derecho mismo-, sino, específicamente, que el titular registral tiene el *ius possessionis* y que, por lo tanto, tiene las facultades de dominación inmediata que caracterizan este derecho. La posesión que se presume es, pues, la posesión en concepto de dueño, de modo que a la fuerza legitimadora del Registro se agrega, por vía de la presunción, la fuerza legitimadora de la posesión en concepto de

⁷²³ SANZ FERNÁNDEZ A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pág 186, la “*legitimación encuentra su precedente y apoyo en la calificación registral: la función calificadorada practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título, y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo*”.

⁷²⁴ LADARIA CALDENTEY J, *Legitimación y apariencia jurídica.*, ed. Bosch, Barcelona 1952, págs. 39 ss.

titular del derecho real correspondiente⁷²⁵. Por otro lado, dado que la posesión ha quedado excluida del Registro -artículo 5 de la Ley Hipotecaria- la prueba en contrario no está condicionada por la necesidad de una previa toma de razón o inscripción de una rectificación, al contrario de lo que sucede cuando se pretende impugnar el dominio o derechos reales inscritos.

En virtud de ello, la inscripción ofrece al titular registral las mejores garantías de una protección eficaz frente a tercero⁷²⁶.

13.5.1.2. En relación al tercer adquirente

Como sostiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en orden a la disposición de los bienes o derechos inscritos, el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical que quien adquiere, en determinadas condiciones, de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitir, tiene, incluso en el supuesto excepcional que no sea el verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable⁷²⁷.

⁷²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, ed. CORPME, Madrid, 1999, pág. 536. En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA F.A *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 184. También DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L. en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág. 359. Puntualiza este autor que, aunque, literalmente, la presunción posesoria favorece no solo al titular inscrito del dominio, sino también a los titulares de derechos reales *in re aliena*, la expresión legal debe entenderse, sin embargo, limitada a aquellos derechos reales que llevan aparejada posesión -usufructo, servidumbre-, quedando excluidos aquellos que carecen de contacto posesorio – v.gr.: hipoteca-. SEGÚN ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L. *Derecho Hipotecario* T I, ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 573, “la presunción que el artículo. 38, párrafo 1º de la Ley Hipotecaria sienta a favor del titular registral de que este tiene, a todos los efectos legales, la posesión inherente al dominio o derecho real inscrito a su nombre, implica la presunción de que este es un propietario-poseedor, o un titular del dominio o derecho real completo en el sentido de hallarse en su ejercicio, si bien a los solos fines legitimadores, esto es, al único objeto de que sea tratado como propietario poseedor, en tanto no se demuestre oportuna e idóneamente que el Registro es inexacto respecto de la existencia y titularidad del dominio o derecho real inscrito, de cuya posesión se trate” .

⁷²⁶ JEREZ DELGADO C, *Tradición y Registro*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pág. 282. Aparte de la citada obra de JEREZ DELGADO C. puede verse para el tratamiento jurisprudencial de la legitimación registral, HERNANDO COLLAZOS I, *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, ed. Civitas, Madrid 1990.

⁷²⁷ Lo que, como observa, el citado autor es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del registro sino también de la buena fe del adquirente basada en la apariencia jurídica, que debe ser protegida. En tales circunstancias, y en relación al tráfico jurídico, el titular registral es tratado como verdadero titular. Sostiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos Reales*.

13.5.2. La presunción en relación con la configuración de los derechos reales inscritos

13.5.2.1. Protección jurídico obligacional del adquirente: la exclusión de excepciones

Dispone el artículo 38 I de la Ley Hipotecaria

*“A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la **forma** determinada por el asiento respectivo.”*

Lo que quiere decir, según DÍEZ-PICAZO ⁷²⁸ que se presume que el derecho existe con el contenido y con la configuración –facultades, limitaciones, condiciones- que el asiento le atribuye. O, en palabras de ROCA SASTRE, que lo que el Registro expresa acerca de la *extensión* del derecho real inscrito se presume exacto.⁷²⁹

Derecho Hipotecario, T. II. ed. CORPME, Madrid, 1999, págs. 545-546, que, desde el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer –que solo corresponde al verdadero dueño-. Desde esta perspectiva el acto dispositivo es ineficaz por faltar el *ius disponendi* y puede ser, incluso, un acto ilícito –sancionado civil y penalmente-. Si la adquisición se mantiene es a pesar de que el que transmite no tiene facultad de disponer y por virtud de la eficacia legitimadora del Registro –juntamente con otras circunstancias-. El acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo. No produce, en principio, ningún efecto, ni entre las partes ni en cuanto a terceros. La sola inscripción ulterior “no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (artículo 33 de la Ley Hipotecaria). Esta nulidad –como en general la nulidad de los negocios jurídicos determina una cadena de nulidades: la de todos los negocios ulteriores que partan de la validez de un negocio que es nulo. La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente –y sus caushabientes- es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del registro, sino también de la buena fe del adquirente”.

⁷²⁸ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008. pág. 359.

⁷²⁹ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L. *Derecho Hipotecario* T I, ed. Bosch, Barcelona 1995, pág. 543.

Y en relación a la *extensión* del derecho inscrito⁷³⁰, por lo que respecta a la identificación del inmueble sobre que se proyecta, el artículo 9-a de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 13/2015 de 24 de junio de Reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro, con referencia a las circunstancias que debe contener la inscripción, dispone:

“Descripción de la finca objeto de inscripción con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible. Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10.

“Cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera”.

Como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 2011:

“Esta Sala ha declarado con reiteración que la fe pública del Registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989; y, como más recientes, las de 5 junio 2000, 6 julio 2002, 15 abril 2003 y 30 junio 2010). Por ello la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (principio de legitimación registral) y la norma del artículo 34 de la misma Ley (protección del tercero hipotecario) se refieren a la titularidad sobre el derecho inscrito y no a los datos de hecho que figuran en la inscripción. Baste citar al respecto la sentencia de esta sala 580/2000, de 5 de junio, la cual afirma que «el principio de legitimación registral así como el de fe pública, artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe ser matizado ya que, siguiendo la doctrina de la sala primera del

⁷³⁰ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L, *Derecho Hipotecario* T I, ed. Bosch, Barcelona 1995, pág. 543.

Tribunal Supremo, la fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968 y 3 de junio de 1989)”.

Esta doctrina ha sido reiterada por sentencias posteriores, como la 4 de octubre de 2017 y, lógicamente, es la seguida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública - Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de abril de 2022-.⁷³¹

Y el artículo 51 del Reglamento Hipotecario dispone, por lo que se refiere a la delimitación del contenido del derecho, en su regla sexta que *“para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden,*

⁷³¹ Resulta, por ello, sorprendente la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de mayo de 2022, la cual afirma: *“la aplicación de la protección máxima del llamado principio de fe pública registral, enunciado en el citado artículo 34, sobre el mantenimiento en la adquisición del dominio de una determinada finca con una concreta georreferenciación previamente inscrita, se ciñe y limita a los posibles conflictos entre titulares de dominio privado, y en cambio, como regla general, no opera, o lo hace de modo matizado para proteger al titular registral inscrito conforme al artículo 34 frente a las posibles acciones de deslinde, reivindicación y recuperación posesoria del dominio público, dado que este se rige por el principio constitucional de inalienabilidad e imprescriptibilidad proclamado en el artículo 132 de nuestra Carta Magna.”*

Una cuestión es que la descripción georeferenciada prevalezca sobre la literaria y otra muy distinta es que la fe pública registral se extienda a los datos de hecho aunque estén georeferenciados. La fe pública registral configura un sistema de adquisición de titularidades que el Registro contribuye a crear, pues sin la inscripción no cabe una titularidad *in rem* sin contención, pero el Registro no configura ni crea la medida superficial, ni las características, ni la delimitación física exacta de una finca, aspectos todos ellos respecto de los cuales solo cabe una presunción *iuris tantum*. Si la fe pública registral se extendiera a los datos de hecho se llegaría a resultados francamente absurdos. Por ejemplo, supongamos que todas o la inmensa mayoría de las inscripciones de la isla de Fuerteventura se hallan protegidas por la fe pública registral. La consecuencia podría ser que la suma de todas las fincas midiera notoriamente más o notoriamente menos que la propia isla... ¡sin admisión de prueba en contrario! En relación a los datos de hecho solo cabe una presunción *iuris tantum*. Habría consecuencias no menos insólitas. En efecto, dado que, según doctrina y jurisprudencia constantes, la fe pública registral solo opera para suplir la falta de *ius disponendi* del titular registral, pero no en los demás casos, resultaría que la fe pública registral solo garantizaría la exactitud de los datos de hecho sin admisión de prueba en contrario... a los adquirentes usualmente considerados a *non domino* por doctrina y jurisprudencia, que reuniesen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero no en los casos en los que el titular registral no hubiese realizado un acto previo de disposición a favor de un adquirente que no ha inscrito.

establecidas en aquel. No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”

A veces, la extensión la determina la naturaleza del derecho que se inscriba, a cuya constancia en el Registro obliga el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, por lo que la regla 5ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario prescribe que la naturaleza del derecho se expresará con el nombre que se de en el título, salvo que no se le diere ninguno. También complementa la extensión del derecho la expresión de las cargas y limitaciones que afecten al dominio de la finca o al derecho inscrito, conforme a lo dispuesto por la regla 7ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, la cual dispone:

“Las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan. En ningún caso se indicarán los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley, ni los aplazamientos de precio no asegurados especialmente.

Las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas o anotadas no se harán constar en la inscripción. Si no existieran cargas se expresará así.”

En consecuencia, el dominio o derecho real inmobiliario inscrito debe reputarse existente y perteneciente al titular inscrito con la extensión que resulte del Registro y afecto a las cargas, condiciones y limitaciones que lo graven⁷³².

Pues bien, así entendida o modalizada esta faceta del principio de presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, puede afirmarse que desempeña la misma función que el *principio de literalidad* de los títulos valores cualificados o de fe pública, a saber, posibilitar la tutela jurídico obligacional del tercer adquirente y fundamentar la *autonomía del derecho inscrito* en relación al título que le sirve de base y en relación a terceros adquirentes, posibilitando así su tutela jurídico real.

Es muy elocuente a este respecto el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

⁷³² ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L. *Derecho Hipotecario* T I, ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 544, coincidente con la generalidad de la doctrina.

“La naturaleza, condiciones y efectos de los derechos que sirven de base al procedimiento, aparecen claramente definidos en los asientos registrales que, por ministerio de la ley, deben ser considerados exactos e íntegros, mientras no se decida lo contrario”

Decisión que debe ser adoptada en sede judicial -artículo 1-III de la Ley Hipotecaria-, pues, como dice la citada Exposición de Motivos *“no puede darse a la inscripción, prima facie, un valor inferior al de cosa juzgada”*

En efecto, la presunción de exactitud registral, al igual que el principio de literalidad en sede cambiaria respecto del documento cambiario, vendría a significar que la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho inscrito se delimitan exclusivamente por el *tenor literal* del asiento registral. En su sentido absoluto, significa que las relaciones entre el *tradens* registral de su *tradens* registral y el *adquirente* que inscribe su derecho se rigen por lo que expresa la inscripción misma cualquiera que fuesen el contenido y el régimen del derecho inscrito según el negocio que lo hizo nacer. Quizás la mayor diferencia con el título cambiario, por lo que se refiere a la identificación del derecho inscrito, haya que buscarla en la descripción de la finca objeto del derecho, pues la descripción de esta debe de estar coordinada con la Catastro⁷³³.

El tenor literal de la inscripción adquiere, frente al tercero, una presunción de veracidad de su contenido, en cuya virtud, una vez puesto en circulación el derecho, el

⁷³³ El artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 13/2015, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro, dispone:

“5. Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.

Esta presunción igualmente regirá cuando se hubiera incorporado al folio real una representación gráfica alternativa, en los supuestos en que dicha representación haya sido validada previamente por una autoridad pública, y hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que este haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica”.

Entre los problemas que plantea este artículo está el de determinar si, cuando no hay coordinación, la legitimación registral no opera en relación a la ubicación y delimitación geográfica de la finca. Vease GREGORACCI B., *El alcance de la legitimación registral a la descripción física de la finca*, en *El Almacén del Derecho*, publicado el 19 de enero de 2018.

eventual conflicto entre adquirentes, esto es, entre el adquirente que no inscribe su adquisición y el adquirente que sí la inscribe, se resuelve a favor de este último, del mismo modo que, en el ámbito de los títulos valores, el conflicto entre el titular del derecho documentado y el titular del documento se resuelve a favor de este último, siempre que, en ambos casos, se cumplan los requisitos necesarios para ello

Esta característica se justifica por la necesidad de contribuir a la agilización del tráfico del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, mediante la protección del tercer adquirente, y de este modo facilitar la creación y expansión de los mercados de crédito hipotecario, finalidad básica perseguida por los legisladores hipotecarios

La presunción de exactitud así entendida - subordinada a la “*forma determinada por el asiento respectivo*”-, supone, al igual que el principio de literalidad de los títulos valores, una importante derogación del Derecho común de obligaciones en materia de excepciones y su sustitución por un sistema que fortalece notablemente la posición del tercer adquirente.

El adquirente queda así protegido frente a hechos o circunstancias que pueden afectar al derecho inscrito y que le eran desconocidas en el momento de la adquisición. Con ello, se le confiere inmunidad frente a buen número de excepciones a las que, de otro modo, quedaría expuesto.⁷³⁴

De hecho, al igual sucede en el ámbito de los títulos valores, la tutela jurídico-obligacional es uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta la función registral –o mejor la protección registral o tabular-. Difícilmente se podría hablar de protección de la circulación de los derechos reales inscritos si el adquirente de buena fe no quedase a salvo de aquellas circunstancias.

⁷³⁴ En particular, como señala DE DIOS MARTÍNEZ L.M., *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 204, en relación a los títulos valores, el adquirente queda protegido frente a las excepciones fundadas en relaciones personales entre el deudor y el acreedor originario o, en su caso, otros adquirentes, así como frente a excepciones que no tengan su reflejo en el título o, en el caso de inmuebles, en la inscripción.

Ciertamente, esta protección como toda la especificidad de la regulación registral, se conecta a la eficacia jurídico-real de la inscripción, pero en lo referente a la inoponibilidad tiene raíces estrictamente obligatorias.⁷³⁵

Paralelamente a lo que sucede en el ámbito de los títulos valores⁷³⁶, el Derecho Registral es un ordenamiento particular que madura históricamente para facilitar la creación y expansión del crédito hipotecario –tarea esta que el Derecho común no estaba ni está en condiciones de realizar eficientemente, debido a los riesgos que pone a cargo del adquirente-. Por esta razón, se nos presenta como un Derecho construido sobre los principios de seguridad del tráfico jurídico, que tiende a tutelar el interés del acreedor hipotecario de no ver frustradas sus expectativas de realización del crédito por la concurrencia de circunstancias que le resultaron desconocidas al prestamista en el momento de la adquisición del derecho real inmobiliario que se le ofreció en garantía. Solo fortaleciendo la posición del adquirente –a costa, incluso, en su caso, del *verus dominus*, y del *tradens* de su *tradens*- es posible fortalecer la posición del acreedor hipotecario y de ese modo estimular la creación y expansión del crédito hipotecario.⁷³⁷

Así se explica el principio de *inoponibilidad de excepciones* que deriva de la literalidad o presunción de exactitud del derecho inscrito, por lo que, teniendo en cuenta la función que la justifica solo opera cuando el derecho ha circulado y la relación obligatoria se ha establecido *inter tertios*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario. Y al igual que sucede en el Derecho cambiario, cuando el derecho no ha circulado, la disciplina de la relación registral *inter partes* coincide con la propia de la relación contractual o causal.

⁷³⁵ EIZAGUIRRE J.M., *Derecho de los títulos valores*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 44.

⁷³⁶ PAZ-ARES C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. CORPME, Madrid 2005, págs.14 y 140 ss.

⁷³⁷ Obviamente, el fortalecimiento de la posición del adquirente, en sí mismo, favorece también la circulación de los derechos de propiedad, con ello la especialización, el crecimiento y el bienestar.

De manera que⁷³⁸ la existencia, consistencia, modalidades y vicisitudes de la relación causal se proyectan directamente sobre la relación registral generando los mismos efectos., por lo que puede ser modificada o extinguida por hechos que se manifiesten en el plano subyacente. En lo sustancial e *inter partes* coinciden, pues, las disciplinas de uno y otro plano.⁷³⁹

Imaginemos que la relación subyacente se anula por dolo del vendedor *Secundus* o que la cosa entregada es de una calidad inferior a la pactada. En tales casos es evidente que si *Secundus* reclama de *Primus* el pago del precio este puede negarse alegando que el contrato es nulo o puede, en el caso de que ejercite la acción *quanti minoris* por vicios ocultos, exigir una rebaja del precio.

Cuando, en cambio, el derecho inscrito ha sido transmitido y la relación registral se deduce *inter tertios* ha de admitirse que la misma no produce, o mejor, no tiene necesariamente que producir los mismos efectos que la relación causal. Ahora es cuando la presunción de exactitud –literalidad, apariencia jurídica- de los asientos registrales producirá todos sus efectos con *independencia* de lo que sucede en el plano causal.

Imaginemos la misma situación anterior, pero con la salvedad de que sea *Tertius*, la entidad acreedora, quien reclame de *Primus* el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca que adquirió de *Secundus*. *Primus* debe pagar inexcusablemente a *Tertius* sin que de ello le pueda relevar la nulidad del contrato de compraventa celebrado con *Secundus* o el cumplimiento defectuoso de este último.

⁷³⁸ PAZ-ARES C. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. CORPME, Madrid 2005, págs.,15 y 16 trasvasando su concepcional ámbito registral.

⁷³⁹ En el ámbito cambiario, la protección especial del adquirente desaparece y el derecho común recobra su vigencia cuando la letra no circula –*Secundus* reclama a *Primus*- o cuando la circulación no afecta a la relación que se deduce –lo que sucede si *Tertius* reclama a *Secundus* en vía de regreso- o cuando habiendo circulado retrocede a la situación primitiva –*Secundus* que pagó en vía de regreso a *Tertius* recupera la letra y con ella se dirige a *Primus*- PAZ-ARES C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. CORPME, Madrid 2005, págs. 15 y 16-. Ello plantea la interesante cuestión de si sucedería la mismo en el ámbito inmobiliario registral. Supongamos que B –titular inscrito- vende a C, que inscribe, y este a D, que inscribe. Evidentemente D queda protegido por el Registro en relación a las eventuales reclamaciones que puedan hacerle todos los transmitentes anteriores al suyo derivadas de la relación subyacente, en virtud de la autonomía del derecho inscrito. Supongamos que a continuación D transmite a B que inscribe ¿Podría A accionar contra B basándose en la relación subyacente entre ambos? La respuesta debe ser positiva, porque, en este caso no habría razones de mercado –es decir, razones basadas en la necesidad de proteger el tráfico, que justificarán la alteración de las reglas del Derecho Civil.

13.5.2.2. Protección jurídico-real del adquirente: la fe pública registral

Es una consecuencia del principio de legitimación, exactitud o literalidad registral –como se prefiera-, fundados en la necesidad de proteger la confianza que deriva de los pronunciamientos registrales para, de ese modo, facilitar el tráfico jurídico y así la expansión del crédito territorial. Supone la derogación del Derecho común, mediante el reforzamiento de la posición del adquirente, a título oneroso y de buena fe, como siempre que se trata de reforzar la seguridad del tráfico jurídico. Este principio –denominado de fe pública registral- encuentra su fundamento en el principio de exactitud y viene establecido principalmente⁷⁴⁰ por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor:

“El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de mas protección registral que la que tuviese su causante o transferente”.

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944:

“La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles”

⁷⁴⁰ Como señala GARCÍA GARCÍA J.M, hay otros preceptos concordantes tales como los artículos 31, 40 apartados c) y d), 220, 69, 28 y 207, y 33 todos ellos de la vigente Ley Hipotecaria. García García J.M *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 228.

No se trata ahora de focalizar el análisis en cuestiones tales como quién es el tercero de este artículo⁷⁴¹, qué condiciones debe reunir para poder beneficiarse de la protección que el mismo ofrece⁷⁴², cuestiones todas ellas ampliamente analizadas por la doctrina⁷⁴³.

Es necesario resaltar –aunque no lo exprese el artículo 34- que el negocio en cuya virtud adquiere el tercero ha de ser válido. Como dice GARCÍA GARCÍA: *“Ha de ser un negocio válido entre el transmitente según el Registro y el tercer adquirente, pues la inscripción no convalida el acto o contrato nulo -artículo 33 de la Ley Hipotecaria-. El artículo. 34 de la Ley Hipotecaria parte de la existencia de una nulidad o resolución, pero se refiere a las que afectan al negocio antecedente ya inscrito y no al negocio subsiguiente en el que interviene el tercero, pues este es efectivamente tercero respecto a las causas de nulidad o resolución que afectan al negocio precedente en el que no fue parte”*. Como deja sentado la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2001” ... *la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no los del propio título adquisitivo del tercero.*⁷⁴⁴

⁷⁴¹ Cuestión esta que no ofrece la menor duda al legislador hipotecario de 1944, cuya Exposición de Motivos dispone:

“Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero, han sido allanadas al precisar su concepto en su artículo 34. A los efectos de la fides public, no se entenderá por tercero el poenitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra tercero por la de adquirente; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo”.

⁷⁴² También se refiere a ello con meridiana claridad la Exposición de Motivos: *“La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.*

La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en los que no concuerda con la verdad, solo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario”.

⁷⁴³ Por todos, véase GARCÍA GARCÍA J.M *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 227 ss.

⁷⁴⁴ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 388.

A los efectos de este estudio interesa saber, especialmente en qué consiste la protección jurídico-real que el mismo establece y en qué medida deroga el Derecho común.

Como sostiene DÍEZ-PICAZO⁷⁴⁵, la situación de protección del tercero es inatacable frente a cualquier acción ejercitada por el *verus dominus*⁷⁴⁶ extraño a las situaciones de resolución del derecho del transferente. Por ejemplo, si Ticio fue un titular registral que transmitió en un momento dado a Cayo y este más tarde a Sempronio, cuando Sempronio reúne las demás condiciones de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria–buena fe, título oneroso e inscripción–, Ticio no puede pretender frente a Sempronio la anulación o la resolución del derecho de Cayo y, consiguientemente, del negocio dispositivo a favor de Sempronio. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria dice claramente que el mantenimiento del tercero en su adquisición se produce aunque después “*se anule o resuelva el derecho del otorgante*”.

Como señala GARCÍA GARCÍA, la protección que ofrece la *fe pública registral* se sitúa en el campo de la nulidad, en la resolución de efectos reales y en la inexistencia del negocio jurídico⁷⁴⁷

En virtud de la presunción de exactitud, este enervamiento del ataque de un antecesor registral, a través de acciones de anulación o de resolución se produce siempre que las causas de estas no consten en el propio Registro *-simetría informativa funcional*⁷⁴⁸-. Si constaban, el tercero no puede merecer la confianza ni resultar protegido, pues el Registro publicaba tales causas.

⁷⁴⁵ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 386 ss.

⁷⁴⁶ Por *verus dominus*, en este contexto, debe entenderse el adquirente civil que no ha inscrito su adquisición.

⁷⁴⁷ GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, ed. Civitas. Madrid, 1993, pág. 230.

⁷⁴⁸ Sobre la simetría informativa funcional, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, especialmente. ed. Thomson-Civitas, 2008, págs.41 ss.

Ciertamente, la fe pública registral encuentra su fundamento en la presunción de exactitud e integridad -artículos 1-3, 38, 32 y 97 de la Ley Hipotecaria esencialmente-, a la cual modaliza: a) por un lado, convierte dicha presunción en *iuris et de iure*, b) pero solo cuando se trata de un adquirente a título oneroso y de buena fe, que cumple, también, con los demás requisitos del artículo 34. En relación a este convierte las declaraciones del Registro en *incontrovertibles*, por las razones que expresa la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944.

A pesar de la dicción literal, hay que entender incluidas en el precepto también las causas de nulidad, según la generalidad de la doctrina⁷⁴⁹, pues, de lo contrario, el artículo 34 no podría cumplir su función.

En cuanto a la resolución del derecho del otorgante, también debe ser interpretada extensivamente de modo que permita incluir toda una serie de hipótesis que suponen la extinción o la ineficacia sobrevenida del negocio adquisitivo del transmitente – interpretación que, además, permite el artículo 37 de la Ley Hipotecaria que habla de “*acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias*”-⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ GARCÍA GARCÍA J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, ed. Civitas. Madrid, 1993 pág. 230. y Díez-Picazo y Ponce de León L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 387.

⁷⁵⁰ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L. *Derecho Hipotecario* T II, ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 172 a 174, sostienen que el legislador ha seguido, hasta cierto punto, la tradición iniciada por la Ley Hipotecaria de 1861, de formulación del principio en varios preceptos. Así, aunque hay una formulación general en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esta hace numerosas aplicaciones concretas del precepto; así, en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, los artículos 13, 15, 69, 76 y 144 de la misma y, sobre todo, el artículo 40, sí como, además, los artículos 31, 220 y 37 de la misma. Además del caso previsto en la parte final del artículo 34, párrafo 1º de la Ley, unido al artículo 37 de la misma, dada su amplitud, y con referencia exclusiva al supuesto de derechos claudicantes. Todas estas aplicaciones del principio de fe pública registral plasmado en el artículo 34, párrafo 1º, en su inicio, prevén los varios supuestos de *inexactitud registral* objeto de tales aplicaciones, en cada uno de los cuales consta la causa originadora de la inexactitud del Registro. Sin duda, sería mucho más conveniente que el principio hubiese sido formulado en un solo artículo y de un modo mucho más general, al estilo de lo dispuesto por el artículo 892-1º del *Bürgerliches Gesetzbuch* a cuyo tenor: “*En beneficio de aquel 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 inexactitud se haya practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente*”. O por el artículo 973 del Código civil Suizo, según el cual: “*El que adquiera la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe en una inscripción del Registro inmobiliario, es mantenido en su adquisición*”. Según MATEO VILLA I., *Derecho Inmobiliario Registral Suizo*, ed. CORPME, 2014, pág.204, este precepto implica que, inscrito un derecho con base en otro también inscrito, su titular no podrá ser removido de su posición jurídica por causas que no consten en el Registro, salvo en el caso de limitaciones legales en interés público o de nulidad del título que motivó su propia adquisición.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria desempeña, pues, una eficacia similar a la del artículo 545 del Código de comercio, 19-II de la Ley Cambiaria y del Chequey, para quienes siguen la tesis germanista, artículo 464 del Código civil⁷⁵¹, u 85 del Código de comercio para las mercaderías, así como el artículo 11.3 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores para las anotaciones en cuenta. No se trata, por lo tanto, de una regulación excepcional.

Como he expuesto al tratar de la eficacia jurídico-real que confiere al cesionario el régimen de los títulos valores, un sector doctrinal la explica basándose en el hecho de que la literalidad confiere autonomía al Derecho incorporado.

La literalidad significa que la posición jurídica del segundo y terceros adquirentes viene delimitada por el *tenor literal* del título y no por las relaciones personales que ligaban al tercer poseedor con el deudor, lo que fundamenta la *autonomía del derecho incorporado*, en cuya virtud cada poseedor adquiere *ex novo*, como si lo fuera originariamente –y no a título derivativo–, el derecho incorporado al título, sin subrogarse en la posición personal de su transmitente. Esta característica también sirve para fundamentar, obviamente, la tutela jurídico-obligacional del adquirente.

En este mismo sentido, como afirma GARCÍA GARCÍA⁷⁵², se ha discutido en nuestra doctrina si la adquisición por el tercero protegido por el artículo 34 es originaria o derivativa. Cierta sector doctrinal piensa que es originaria porque no deriva de ninguna otra anterior: se apoya en la Ley y en el Registro pero no en el derecho del transferente, respecto de quien, en definitiva, se rompe el principio del Derecho Común “*nemo dat quod non habet*”.

Ciertamente, la posición mayoritaria de nuestra doctrina sostiene que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consagra una adquisición *a non domino* en el supuesto de que

⁷⁵¹ En este sentido, SANZ FERNÁNDEZ A. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, pág. 239, para quien el efecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es paralelo al que para los bienes muebles tiene la posesión según el artículo 464 del Código civil.

⁷⁵² GARCÍA GARCÍA J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 367 ss.

el titular registral no sea el *verus dominus*⁷⁵³ y el adquirente reúna todos los requisitos que para su protección exige el artículo 34 y, en este sentido, sí puede considerarse que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consagra un modo de adquisición de la propiedad que *funciona como si* el tercero adquiriese el derecho de *un titular originario*, ya que nada de lo sucedido anteriormente le pueda afectar, lo que es una consecuencia de la autonomía del derecho inscrito, consecuencia, a su vez, por un lado, del principio de literalidad o presunción de exactitud del Registro, que independiza *inter tertios* al derecho inscrito de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente de la que deriven y, por otro, de la necesidad de proteger la confianza fundada en la apariencia generada por el Registro.

Como sostiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁷⁵⁴, si la adquisición se mantiene es por virtud de *la eficacia legitimadora del Registro* -juntamente con otras circunstancias-. En este sentido, puede afirmarse que, en relación a un tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el titular inscrito del que adquiere *equivale a* un titular originario, por lo que el derecho que adquiere de él queda independizado de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal o relaciones causales subyacentes de las que él no ha sido parte., salvo que, teniendo alcance real, consten en la inscripción.

Esta idea se deduce claramente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1997 de 24 de abril⁷⁵⁵ –fundamento quinto-, la cual pronuncia lo siguiente:

⁷⁵³ Por todos, ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T II, ed. Bosch, Barcelona, 1995, T.II, págs. 458 ss.

⁷⁵⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, ed. CORPME, Madrid, 1999. pág. 590. Próxima a esta opinión, está la de NÚÑEZ LAGOS R, *Realidad y Registro* en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril, 1945, págs. 424 ss. que considera que el artículo 34 Lde la Ley Hipotecaria consagra la inscripción como un verdadero modo de adquirir la propiedad. No coincide con la opinión de DÍEZ-PICAZO y LACRUZ y SANCHO en el sentido de que el derecho adquirido por la tercera deriva del titular material, real o extrarregistral, a través del medio instrumental del titular registral o aparente, por lo que, mediante el efecto convalidante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el derecho se consolida en el tercero con la extensión y con los límites con los que aparezca publicado en el Registro. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008. pág. 386; LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA F.A *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1976, pág. 258.

⁷⁵⁵ Esta sentencia del Alto Tribunal fue dictada en el conflicto positivo de competencia 1080/1990 promovida por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con la expresión “en lengua

“En efecto, en un sistema de registro de inscripción, y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”, en expresión reiterada del Reglamento del Registro Mercantil, agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc).

...y, por fin, lo que es más relevante, aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre este y el documento. En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce efectos relativamente autónomos”.

Tales efectos adquieren mayores dimensiones en el ámbito del Registro de la Propiedad, cuyos efectos externos –efectos sobre terceros- son más enérgicos, por regla general, que los propios del Registro Mercantil.

Los efectos de los asientos registrales solo son *“relativamente autónomos”* como dice el Tribunal, Constitucional porque, en efecto, solo son autónomos *inter tertios*; sin embargo, *inter partes*, rige el contrato o negocio causal; o, si se prefiere, la inscripción solo produce efectos entre aquellos, gobernando las relaciones entre los segundos el correspondiente acto o negocio jurídico.

Así, respecto de tercero, la inscripción a favor de un adquirente independiza la titularidad inscrita de las vicisitudes que afecten al negocio causal del que deriva la titularidad de su transmitente y de los actos y negocios anteriores convirtiéndola, en este

castellana” contenida en el artículo 36.1 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

sentido, en abstracta: lo mismo que sucede con el derecho incorporado a la letra respecto del endosatario, con las matizaciones expuestas en su momento en relación a la descripción de la finca y a las excepciones a la fe pública registral.

En efecto, la letra de cambio *incorpora* el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten al negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido, en abstracto –abstracción personal-. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor –adquirente cambiario de buena fe- solo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.

El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez *incorporado* el contenido de tal derecho –*intabulado*, si se prefiere- al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente –a título oneroso y de buena fe- le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal por el que adquirió su transmitente -ni los anteriores- ni las vicisitudes que les puedan afectar a este, salvo aquellas que, teniendo alcance real, consten inscritas en el Registro.

Por ello, en la medida en que el ordenamiento jurídico admita excepciones a la fe pública registral en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas –en esa misma medida-, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral⁷⁵⁶ –intabulación- y en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes*, *propietarios* y *acreedores* en el mercado inmobiliario.⁷⁵⁷

⁷⁵⁶ La incorporación es una propiedad de intensidad graduable. Evidentemente, la fe pública registral no opera en relación a los datos de hecho de la finca por la sencilla razón de que sería imposible, pero sí opera el principio de presunción de exactitud del Registro, si bien hay que tener en cuenta, a este respecto lo establecido por la Ley 13/2015, de modificación de la Ley Hipotecaria y del Catastro.

⁷⁵⁷ En efecto, beneficiar a unos pocos puede perjudicar a muchos. Las excepciones son, por ello, en principio, una solución de suma negativa, que deben ser erradicadas, salvo en aquellos casos, en los que se demuestre que son soluciones de suma positiva. El legislador de 1861 hizo un loable esfuerzo por erradicar algunos de los más importantes privilegios tradicionalmente incrustados en nuestro derecho, sin conseguirlo plenamente. Evidentemente, los intereses sectoriales no cejan en su constante intento de

De todos modos, al estar formulado el principio de *fe pública registral* en una *ley formal*, las excepciones a dicho principio también deben ser formuladas en una norma con el mismo rango, lo que permite que el adquirente –el mercado- pueda tener conocimiento *ex ante* de las excepciones que le afectan o pueden llegar a afectarle: las sorpresas posibles quedan limitadas y pueden ser conocidas. Ahora bien, llegar a conocerlas implica mayores costes de información y la imposibilidad de quedar inmunizado frente a la incertidumbre de que las mismas se hagan efectivas y afecten al derecho adquirido. Tan solo cabrá, una vez que la excepción ha impedido la protección del derecho mediante una regla de propiedad, recurrir a su aseguramiento en aquellos aspectos potencialmente afectados por las excepciones legalmente establecidas al juego de la fe pública registral.

Es preciso, por ello, traer a colación la afirmación -esencial- de NORTH de que cuanto mayor sea la incertidumbre del comprador menor será el valor del bien y que tal valor disminuirá en la medida en que la estructura institucional permita que terceras partes influyan en el valor de los atributos del bien que son una función de utilidad para el comprador⁷⁵⁸. Este es el precio que deben pagar todos por cada excepción a la fe pública registral que establezca la ley en beneficio de grupos determinados de interés o por las interpretaciones tendentes a debilitar a debilitar el juego de esta.

capturar al regulador, con la finalidad de obtener regulaciones que, con perjuicio del interés general, satisfagan sus expectativas.

⁷⁵⁸ Destaca NORTH D.C, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, págs. 85 y 86, que tales incertidumbres en relación a la seguridad de los derechos constituyen una diferencia fundamental entre los mercados relativamente eficientes de los países con altos ingresos y las economías de tiempos pasados así como las del tercer mundo de nuestros días. Destaca asimismo que el nivel de las tasas de interés en los mercados de capitales es probablemente la dimensión cuantitativamente más evidente de la eficacia del marco institucional.

13.5.3. La incorporación tabular del derecho como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción

Las propiedades normativas de la inscripción a las que acabo de referirme -que son esencialmente las mismas que el Derecho cartular atribuye a los títulos-valores cualificados o de fe pública y, particularmente, a su paradigma, la letra de cambio- pueden explicarse afirmando que la inscripción incorpora el derecho al folio registral.

Así, del mismo modo que en el ámbito de los derechos de crédito puede hablarse, en el sentido expuesto, de *incorporación cambiaria*, en el ámbito de los derechos reales sobre bienes inmuebles y, especialmente, en el de su paradigma, el derecho de propiedad puede hablarse de *incorporación tabular o registral*, la cual hace que el centro de gravedad jurídica se desplace, en el ámbito del tráfico jurídico, desde el ámbito de los actos y contratos precedentes al de la inscripción.

En efecto, la *incorporación tabular* del derecho como consecuencia de las propiedades normativas de la inscripción hace que las relaciones *ex tabula* se conviertan en la referencia principal y que las derivadas del contrato originario operen únicamente entre las mismas partes originarias, sobreponiéndose, incluso, a las tabulares, en caso de coincidencia entre las mismas, al igual que sucede en el ámbito cambiario⁷⁵⁹.

De todo ello resulta que la inscripción es un documento investido de efectos en relación al titular de la inscripción en cuanto tal y en cuanto adquirente.

En cuanto titular de la inscripción, esta lo equipara al titular negocial, salvo prueba en contrario -artículo 38 de la Ley Hipotecaria-, por lo que en caso de conflicto entre el

⁷⁵⁹ Así, si Ticio, titular registral, vende a Cayo, que inscribe su derecho y reúne todos los requisitos de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y, posteriormente, Cayo vende a Sempronio, que reúne igualmente los requisitos de protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, las relaciones entre Ticio y Cayo se rigen por el contrato entre ambos, al igual que las relaciones entre Cayo y Sempronio. Sin embargo, las relaciones entre Ticio y Sempronio se rigen por lo que resulte *ex tabula*. Ahora bien, si Sempronio vende a Cayo, las relaciones entre Ticio y Cayo, ya no se regirán *ex tabula* sino *ex contractu*, al igual que sucede en el ámbito del Derecho cambiario cuando las figuras del librador y del tomador coinciden con las de los dos contratantes del negocio causal originario o extracartáceo, pues desaparecen las razones que aconsejan la imposición de simetría informativa funcional que fundamentan las reglas de seguridad del tráfico.

titular negocial del derecho y el titular de la inscripción, prevalece este salvo prueba en contrario y prevalece en todo caso si adquirió el derecho a título oneroso y de buena fe del anterior titular de la inscripción -o, lo que es lo mismo, del anterior titular del derecho según la inscripción-.

En cuanto adquirente, la inscripción de la adquisición determina que le sean inoponibles las excepciones fundadas en hechos o circunstancias relativas a los actos y contratos distintos de su propio acto o negocio adquisitivo que pueden afectar al derecho inscrito pero que no constan en la inscripción -artículos. 2, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria- y, si es adquirente a título oneroso y de buena fe, la inscripción le protege *in rem* -o, si se prefiere, *iuris et de iure*- incluso frente a la falta de inscripción de una adquisición previamente efectuada por un tercero del titular registral, así como de las causas de nulidad o resolución del derecho del mismo que no consten en la propia inscripción - artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, protección que no se extiende a las causas de ineficacia de su propio negocio adquisitivo – artículo 33 de la Ley Hipotecaria-. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales –artículo 1 III de la Ley Hipotecaria- e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquiera que lo perturbe –artículo.41 de la Ley Hipotecaria-.

14. Funciones y efectos de la fe pública registral

14.1. Según la concepción dominante, la fe pública registral se limita a legitimar, en ciertos casos de doble disposición, adquisiciones *a non domino*

Según la concepción dominante, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no altera, en materia de propiedad inscrita, el sistema transmisivo del artículo 609 del Código Civil. Su función se limita a legitimar, si se dan las circunstancias que el propio artículo especifica, determinadas adquisiciones *a non domino*, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico. Esta es también la posición del Tribunal Supremo.

Para entender el fundamento de esta afirmación debe tenerse en cuenta lo siguiente. Si se prescinde de las remisiones del Código civil a la Ley Hipotecaria – especialmente de las contenidas en los artículos 608 y 1537 del Código civil–, se observa que el sistema de adquisición de bienes inmuebles establecido por el mismo es el característico del Derecho común, de tradición romanista, en el sentido de que exige título, en su acepción material, junto con la *traditio* -artículo 609 del Código civil-, concebida causalmente, de modo que las vicisitudes que afecten al título material afectan a la *traditio* y, por lo tanto, a la adquisición.

Rigen las reglas *nemo dat quod non habet* y *ubi rem meam invenio ibi vindico* - artículo 348 del Código civil-. En consecuencia, cuando alguien (A) vende una cosa a una persona (B), realiza la *traditio* y, a continuación, la vende a otra (C), haciéndose pasar por dueño, es considerado “*verus dominus*” quien adquirió en primer lugar (B), pues *nemo dat quod non habet*, y la primera venta seguida de *traditio* extinguió el poder de disposición del *dominus* (A). Este es el esquema conceptual propio del Derecho romano justinianeo.

Conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin embargo, si A es titular registral, B no inscribe y C, adquirente de A a título oneroso y de buena fe, sí inscribe, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege a C, no a B. Interpretado este artículo conforme al

esquema conceptual que incorpora el Código civil, ello implica una adquisición *a non domino* porque, conforme a lo expuesto, cuando A vendió a C el *verus dominus era B*, pues A había dejado de serlo desde que ejerció su *ius diponendi* y transmitió la finca a B.

Desde esta perspectiva, si el segundo adquirente tenía conocimiento, en el momento de su adquisición, de la transmisión anterior, carece de *buena fe* y no debe ser protegido porque sabe que lo que el deudor le entrega no le pertenece y “*nemo dat quod non habet*”.

En esta concepción, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es visto como un cuerpo extraño al sistema civil, cuya funcionalidad debe ser reducida al mínimo, pues la protección de una adquisición *a non domino* debe ser excepcional y estar plenamente justificada.

14.2. Desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria –prevalente en materia de propiedad inscrita– la fe pública registral desempeña, sin embargo, funciones esenciales en los supuestos ordinarios, es decir, en ausencia de doble disposición

En efecto, si se analiza el supuesto de hecho desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, tal y como se debe hacer, según resulta de los artículos 608 y 1537 del Código Civil, las conclusiones a las que se llega son diferentes. Para llegar a ellas, debe prescindirse, por un momento, del supuesto de doble disposición y se debe focalizar la atención en el supuesto normal en la realidad cotidiana. Ello permitirá hacerse una idea cabal de las *funciones ordinarias* de la fe pública registral regulada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dentro del sistema transmisivo de titularidades inmobiliarias.

En la realidad cotidiana A, titular registral, que no ha dispuesto anteriormente a favor de nadie, vende a B, el cual obtiene la inscripción a su favor. Es decir, el supuesto normal es el de un sujeto que adquiere a título oneroso y de buena fe de un titular inscrito y, a su vez, inscribe. En la abrumadora mayoría de los casos –en la práctica totalidad, si consideramos el número de transacciones que se realizan cada año– el titular registral y

el considerado *verus dominus* conforme a la concepción tradicional y vigente, esto es, el titular negocial o civil, coinciden: son el mismo sujeto.

Cabe preguntarse si, en estos casos, que son los ordinarios, la fe pública registral -mejor, el sistema de transmisión registral- no desempeña ninguna función. En rigor, esta es la conclusión a la que deberíamos llegar según la opinión dominante. Sin embargo, en mi opinión, no es así. Por el contrario, la fe pública registral, en los supuestos ordinarios, desempeña funciones esenciales dentro del sistema transmisivo de titularidades inmobiliarias.

14.3. Funciones de la fe pública registral -en rigor, del sistema de transmisión registral- en los supuestos ordinarios

14.3.1. Suministra al mercado un legitimado para disponer

Si el transmitente es un titular registral y el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entonces éste tiene la *certeza* de que adquiere de un legitimado para disponer, algo de gran importancia en una sociedad de alta frecuencia contractual ⁷⁶⁰y, además, entre desconocidos –contratación impersonal–. Es más, no solo adquiere de un legitimado para disponer sino, en última instancia, del único legitimado para disponer⁷⁶¹, de modo que el adquirente pueda adquirir una titularidad *in rem* mediante la inscripción de su adquisición. Por el contrario, si adquiere de un titular

⁷⁶⁰ Contratación secuencial la denomina ARRUÑADA B. *Instituciones del Intercambio Impersonal. Teoría y método de los Registros Públicos*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013, pág. 27.

⁷⁶¹ Como he expuesto al tratar del sistema alemán, el adquirente de un titular registral que no inscribe puede disponer porque la jurisprudencia, basándose en el parágrafo 85 del *Bürgerliches Gesetzbuch* considera que la *Auflassung* apodera al adquirente para disponer, permitiendo que los adquirentes posteriores puedan solicitar una inscripción con base en una disposición en cadena -*Kettenuflassung*-, apelando al parágrafo 185 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. En todo caso, se trataría de un apoderamiento o legitimación meramente obligacional, porque sin inscripción previa del disponente, el adquirente no puede devenir propietario *in rem*. En ese sentido, la situación del adquirente de un titular inscrito que no inscribe su adquisición se equiparan en España y en Alemania. Son legitimados meramente obligacionales, siendo el único legitimado para disponer con efectos *in rem* el titular registral.

negocial que, aun habiendo adquirido de un titular registral, no inscribió, dicha adquisición no le habilita, por sí sola, para adquirir una titularidad *in rem* mediante la inscripción. Para ello, deberá instar, previamente, la inscripción de la titularidad de su transmitente -mediante el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido – artículos 198 y 208 de la Ley Hipotecaria- o, en su caso, el expediente de dominio - artículos 198-5º y 199 a 202 de la Ley Hipotecaria-. ⁷⁶²

Desde la perspectiva del adquirente, la relevancia del sistema de transmisión registral radica en que el titular proclamado por el Registro es el titular del *ius disponendi* salvo prueba en contrario - artículo.38 de la Ley Hipotecaria- y, si el adquirente reúne las condiciones del citado artículo 34, consolida su adquisición *erga omnes*, excepto respecto de su propio transmitente, en relación al cual rige el contrato de finalidad traslativa que sirve de título material a la adquisición.

En última instancia, la fe pública registral protege instrumentalmente la titularidad proclamada por el Registro incluso cuando dicha titularidad no se corresponde con la realidad y, en este sentido, el Registro sea inexacto. Cuestión distinta es qué deba entenderse a estos efectos, por inexactitud registral, cuestión esta esencial y que abordaré posteriormente.

Lo que posibilita la protección legal de la titularidad registral, incluso en caso de inexactitud, es la solidez de la organización y la fiabilidad del procedimiento registrales. Como consecuencia de ello, ordinariamente, si el titular registral no coincide con el titular negocial es porque (1) el titular negocial ha preferido no solicitar la inscripción de su adquisición o (2), aunque la haya solicitado, ha sido denegada por contravenir alguna norma imperativa o prohibitiva. Fuera de estos casos, dicha falta de coincidencia solo puede deberse a algún error cometido durante el procedimiento registral o no detectado durante el mismo. Para la protección del adquirente, se requiere su buena fe, concepto que debe ser delimitado adecuadamente para fijar el ámbito del funcionamiento de la fe

⁷⁶² Véase RODRÍGUEZ LÓPEZ F. *El expediente de dominio (Legislación, estudio, jurisprudencia y formularios)*, ed. Comares, Granada, 2008. Si bien la Ley 13/2015, de edificación, de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro, ha modificado la regulación, esta obra contiene los fundamentos conceptuales del expediente de dominio en tanto que instrumento de rectificación del contenido del Registro.

pública registral y de su función dentro del sistema transmisivo de titularidades inmobiliarias.

Los diferentes requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que un adquirente, una vez convertido en titular registral, quede protegido por la fe pública registral son fácilmente comprobables –(1) si ha adquirido del titular registral, (2) a título oneroso, (3) si ha inscrito su adquisición-, excepto el requisito de la ignorancia de la inexactitud registral en que consiste la buena fe específica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

No obstante, la ignorancia de la inexactitud registral exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se presume siempre, es decir, sin excepción alguna. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, además, ni siquiera exige al adquirente que no haya incurrido en *culpa lata* - salvo para evitar una usucapación *contra tabulas* ex artículo 36 de la misma ley -. El artículo 85 del Código de comercio, por su parte, ni siquiera exige buena fe para que se produzca la prescripción de derecho a favor del comprador de mercaderías en tiendas o almacenes abiertos al público. Por lo que se refiere a las adquisiciones de títulos al portador, el artículo 545 del Código de comercio exige que el adquirente haya obrado de buena fe y sin culpa grave. Los artículos 19 y 20 de la Ley cambiaria y del cheque exigen buena fe en el adquirente entendida como desconocimiento por su parte de que ocasiona un perjuicio al deudor. Por su parte el artículo 11.3 de Texto Refundido de de la Ley del Mercado de Valores exige que el adquirente no haya actuado “*de mala fe o con culpa grave*”.

Como consecuencia, la incertidumbre derivada de la exigencia de ignorancia de la inexactitud registral para que la fe pública registral despliegue sus efectos queda muy mitigada por el hecho de que (1) el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece una presunción *iuris tantum* de ignorancia de inexactitud registral en el adquirente y (2) no se exige al adquirente diligencia alguna para vencer esa ignorancia, pues ni siquiera se le exige que no haya incurrido en *culpa lata*, a diferencia de lo establecido por el artículo 545 del Código de comercio en relación a los adquirentes de títulos al portador, así como del artículo 11.3 de Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores. Esta regla solo tiene la excepción del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, la cual sí exige al adquirente una determinada diligencia para evitar una prescripción *contra tabulas*.

La delimitación de la buena fe del adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la diligencia exigible a este son cuestiones nucleares para delimitar la función y el alcance del citado artículo en relación al sistema transmisivo inmobiliario y, ambos, especialmente el relativo a la diligencia exigible, son aspectos sobre los que existe diversidad de opiniones doctrinales y de orientación jurisprudencial, a las que me referiré posteriormente.

En todo cas, coincido con MARTÍNEZ MARTÍNEZ ⁷⁶³ cuando afirma que la finalidad esencial del Registro de la Propiedad, como instrumento estatal de intervención en el tráfico jurídico, es la de constituir titularidades sobre bienes inmuebles que sirvan de referente objetivamente fiable en el mercado inmobiliario.

Baste pensar que, en una sociedad como la descrita, que configura un entorno de un denso flujo de intercambios impersonales, en ausencia de un Registro de derechos, nadie puede estar seguro de haber adquirido del *verus dominus*, por cuya razón nadie puede estar seguro de no sufrir una acción reivindicatoria, si bien cuenta a su favor, como primer mecanismo de defensa, con la presunción de propiedad a favor del poseedor en concepto de dueño - artículo 448 Código civil- ⁷⁶⁴ En esta situación, el Registro de la Propiedad suministra a los adquirentes la seguridad de estar contratando con un legitimado para disponer y si, además, son adquirentes a título oneroso y de buena fe e

⁷⁶³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ F., *El sistema español de Registro Inmobiliario (I)*, ed. Thomson Reuters, 2012, pág. 54.

⁷⁶⁴ MATTEI U., *La transmisión de la propiedad*, en la obra colectiva *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, de ORDUÑA MORENO F.J. (codir.), DE LA PUETE ALFARO F. (codir.), MARTÍNEZ VELENCOSO L.M (coord.), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, págs. 136-137. Como señala este autor la protección, *prima facie*, del poseedor, se basa, en última instancia, en la regla “*ne cives arma veniant*”, es decir, en que el poder público debe proteger a los poseedores, incluso de mala fe, a fin de evitar (*ne*) que los ciudadanos (*cives*) utilicen las armas unos frente a otros (*arma veniant*). Es el Estado el que ostenta el monopolio del uso legítimo de la violencia.

Existen dos razones adicionales más para proteger *prima facie* al poseedor: (1) Normalmente el poseedor es el propietario, aunque no siempre sea así y, en todo caso, el monopolio para decidir quién es el propietario, en caso de conflicto, corresponde a los tribunales, y (2) La protección *prima facie* de la posesión como una señal de propiedad es mucho más eficiente que la búsqueda continua de la prueba de la titularidad, y que la continua lucha por el control físico del inmueble. En consecuencia, la protección de la posesión aumenta el valor de la propiedad, ya que reduce los costes de su protección. Esta última razón, sin embargo, tiene el inconveniente de que, en caso de no gozar de una prueba clara de propiedad, la protección de la posesión dificulta el uso especializado de los inmuebles, pues es arriesgado ausentarse del inmueble, si bien a cambio de evitar la violencia permanente por el aprovechamiento de los recursos. Ello demuestra la necesidad de que una sociedad impersonal sea capaz de generar documentos que acrediten indubitadamente la propiedad *erga omnes* y *ex ante*.

inscriben, su titularidad queda protegida *in rem*, es decir, *erga omnes* –excepto en relación a los vicios que deriven de su propio negocio adquisitivo– algo que, sin Registro de derechos, solo sería posible mediante usucapión, cuyos plazos son incompatibles con las necesidades del mercado.

Puede argumentarse que, si no inscribiera su adquisición, también tendría una titularidad *in rem*. Esta argumentación, sin embargo, no es admisible porque sigue plenamente vigente la inscripción a favor de su transmitente y si este dispone nuevamente a favor de un tercero que ignora la inexactitud registral, su adquisición decae.

Ello se justifica porque en el conflicto entre ambos adquirentes, es al primero al que le resulta más fácil y menos costoso –*cheapest cost avoider*⁷⁶⁵– corregir la asimetría informativa existente y, con ello, evitar la producción del daño, por lo que es eficiente que, en el conflicto entre ambos adquirentes, el contractual que no inscribe y el que sí inscribe, la titularidad del primero quede protegida por una regla de responsabilidad frente a la del segundo –además de por la acción indemnizatoria y, eventualmente, la acción penal– y la titularidad del segundo por una regla de propiedad, es decir, *erga omnes*, con la excepción de su transmitente, pues la fe pública registral no purga los vicios del propio negocio adquisitivo.

Hay que tener en cuenta que uno de los principales obstáculos para un funcionamiento eficiente de las economías reales es que la información existente es insuficiente y, además, se halla asimétricamente distribuida, lo que genera incertidumbres. La superación de las mismas genera los denominados costes de transacción: cuanto más

⁷⁶⁵ Este planteamiento aspira a mantener el gasto en costes de información al nivel más bajo posible. Para conseguir esta meta se requiere que las informaciones necesarias para la conclusión de un contrato perfecto las proporcione aquel a quien le resulte posible hacerlo con un coste más reducido. A esto se refiere la función de protección de la confianza. Si esta lleva como consecuencia un ahorro en costes de información, su protección implica la exoneración de uno de los contratantes -o de todos- del gasto de información que necesite hacer un participante en el tráfico jurídico, para cargárselo a otro. Para este surge un estímulo material que le incita a obtener las informaciones necesarias que se refieran a la responsabilidad derivada de la confianza defraudada. Quién deba responder de las consecuencias que se produzcan por informaciones defectuosas o insuficientes tendrá que dedicar recursos a ofrecer esa información, siempre que los costes sean más reducidos que los que se deriven de esa responsabilidad. En este sentido amplio, la protección de la confianza se refiere a la tarea general del ordenamiento jurídico de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico jurídico y, especialmente, del intercambio de bienes y servicios. A tal fin, el Derecho ha desarrollado buen número de institutos, entre los cuales está el Registro de la Propiedad. SCHÄFFER H.B y OTT C., *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 332-333.

elevados sean esos costes, mayores serán las dificultades para contratar y, por lo tanto, para una reasignación eficiente de recursos.

Algunas de estas incertidumbres pueden ser resueltas por el mercado, es decir, recurriendo a profesionales o empresas –v.gr.: si una casa tiene aluminosis–, pero otras solo pueden ser resueltas por el Estado⁷⁶⁶. Entre ellas, titularidad y cargas que puedan afectar a un adquirente, por la sencilla razón de que en un Estado moderno solo es dueño aquel a quien el Estado reconoce como tal⁷⁶⁷.

Como consecuencia del aumento del espacio geográfico de los mercados y del aumento poblacional, se requiere una progresiva intervención del Estado para facilitar la contratación impersonal, v.gr. construyendo carreteras para facilitar la movilidad de los contratantes y el transporte de mercancías, o interviniendo en el proceso transmisivo para resolver al mercado los problemas de identificación de titularidades y cargas. A estos últimos efectos, la intervención del Estado en el proceso de transmisión inmobiliaria se concreta en la implantación de un sistema registral.

Idealmente, hay dos tipos de sistemas registrales: de documentos y de derechos, prescindiendo de los sistemas intermedios. En los primeros, el Estado no altera el sistema transmisivo civil. O lo hace mínimamente, pues se limita a considerar como fecha fehaciente del documento que contiene el acto o negocio jurídico inmobiliario, el de su ingreso en el Registro, y a proclamar la inoponibilidad de los documentos no inscritos frente a los inscritos. Su prototipo es el sistema francés⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ NORTH D.C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica especialmente págs. 85 ss., en donde hace referencia a los costes de transacción necesarios para adquirir una vivienda. MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. ed. Thomson Reuters, 2011, págs. 101 ss. ARRUÑADA B. *Institutional Foundations of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*, ed. Chicago University Press, 2012, págs. 9 ss.

⁷⁶⁷ OLSON M. *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. ed. Siglo XXI, Madrid, 2001, pág. 231.

⁷⁶⁸ PIEDELIÈVRE J y PIEDELIÈVRE S., *La publicité foncière*, ed. Lextenso, Defrénois, 2014. También WINTGEN R. *Étude Critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemande*. Ed. L.G.D.J, Paris, 2004.

En los segundos, la intervención en el sistema transmisivo civil es más intensa, pues su característica fundamental es la incorporación, como efecto de los asientos registrales, de la fe pública registral. En este sistema, el Registro de la Propiedad no publica documentos sino que proclama titularidades, concretamente las reconocidas por el Estado, tras superar el procedimiento registral. No son definitivas porque pueden ser impugnadas, pero la inscripción incorpora la decisión, adoptada en el procedimiento registral, de reconocimiento de una titularidad por el Estado.

A efectos de terceros, esto es, del mercado, proclama las titularidades reconocidas por el Estado frente a todos, sin que dichas titularidades puedan ser revocadas por vicisitudes derivadas de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien, salvo que las mismas consten en el Registro, y solo pueden constar aquellas que tengan alcance real. Si, teniéndolo, no constan, tampoco pueden afectar a un adquirente que reúna las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

14.3.2. Genera abstracción registral –o inoponibilidad de excepciones *ex iure tertii*– en un sistema causal

La inscripción dotada de fe pública registral produce una abstracción *inter tertios*, si bien no *inter partes*. No se trata, por lo tanto, de afirmar que la Ley Hipotecaria de 1944 introduce la figura del contrato abstracto. Muy por el contrario, su Exposición de Motivos afirma con rotundidad que se decidió no admitir la figura del “*contrato real*”, es decir, un contrato dispositivo desconectado de cualquier justa causa precedente y carente él mismo de causa.

Merece la pena reiterar que, en materia de propiedad inscrita, sucede, en relación a la propiedad no inscrita, lo mismo que en materia cambiaria en relación a la cesión de créditos: el cesionario bajo el régimen civil de la cesión adquiere, como afirma

ASCARELLI⁷⁶⁹, una caja de sorpresas⁷⁷⁰, mientras que el endosatario de una letra de cambio solo queda vinculado por lo que resulta del tenor literal de la letra, debido a la incorporación del derecho al documento, fenómeno similar al que, en el ámbito inmobiliario registral, denominamos fe pública registral y que, probablemente, por las mismas razones. deberíamos denominar, más apropiadamente, *incorporación del derecho al asiento o intabulación del derecho*.

Lo mismo sucede, en general, en relación con las cargas que recaigan sobre el inmueble impuestas mediante títulos materiales anteriores a la adquisición.

En este sentido, puede afirmarse que en los ámbitos registral y cambiario las cosas se desarrollan de un modo similar.

En efecto, si A vende a B un inmueble, las relaciones entre ambos se rijan por el contrato –que en nuestro sistema es siempre causal⁷⁷¹– celebrado entre ambos. Si B vende a C, las relaciones entre ellos se rigen por el contrato celebrado entre ambos; pero, en ausencia de Registro de derechos, C puede quedar expuesto a buen número de acciones personales y queda expuesto a todas las acciones reales que A pueda dirigir contra B. Ahora bien, en presencia de un Registro de derechos, si la circulación del derecho ha sido registral –es decir, A es un titular inscrito del que adquiere B, que inscribe su derecho, y vende a C, que también inscribe–, articulada mediante negocios de tráfico, y C ha actuado de buena fe, entonces, si bien las relaciones *inter partes* se siguen rigiendo por lo correspondientes actos y negocios jurídicos, sin que en ese ámbito la inscripción produzca la menor alteración– y ese es el sentido del artículo 33 de la Ley Hipotecaria– sin embargo, las relaciones *inter tertios*, se rigen exclusivamente por lo que resulte del *tenor literal* del

⁷⁶⁹ ASCARELLI T, *Teoría General de los títulos de crédito*, ed. Jus, México, 1947, pág. 7.

⁷⁷⁰ Para una exposición de los riesgos véanse, sobre todo, artículos 1526 a 1536 del Código Civil. Para un análisis de los mismos, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P, *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI num 703, 2007, págs. 2059-2167.

⁷⁷¹ Como observa DE CASTRO F. *El negocio jurídico*. ed. Civitas. Madrid, 1985, pág. 297, en nuestro sistema, la exigencia de la causa es un requisito para que haya contrato –artículos 1261, 1262 y 1275 del Código civil–, lo que constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil.

Registro⁷⁷², con las matizaciones señaladas al tratar de la eficacia jurídico-real de la inscripción.

De ello resulta que la inscripción, en tales condiciones, del derecho a favor de C, lo independiza de las vicisitudes que puedan afectar a la relación causal subyacente entre A y B, y, en este sentido, *la inscripción dotada de fe pública registral produce una abstracción del derecho en las relaciones inter tertios*: en el sentido de que, en ese ámbito, no son oponibles las excepciones causales que sí son oponibles *inter partes*.

A este respecto, resulta de una gran relevancia la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1997, de 24 de abril–FD 5º– a la que me he referido anteriormente.

Lo mismo sucede en el ámbito del Derecho cambiario: la relación cambiaria es causal *inter partes* –por lo que son oponibles las excepciones causales que consagran los artículos 20 y 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque y goza de abstracción personal *inter tertios*⁷⁷³ porque en ese ámbito no son oponibles tales excepciones.⁷⁷⁴

⁷⁷² Naturalmente con las excepciones al efecto fe pública registral formuladas por normas de rango legal.

⁷⁷³ Vide PAZ-ARES C, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 65 ss.

⁷⁷⁴ En su acepción más habitual entre nosotros, la expresión “*abstracción cambiaria*” se debe a que, antes de la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque, el artículo 480 del Código de comercio prohibía que el aceptante invocara la falta de provisión de fondos, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaban restrictivamente el precepto, permitiendo que *inter partes* se opusiera tal excepción y no frente a terceros. Se decía por eso que la obligación cambiaria era causal *inter partes* y abstracta frente a *terceros*. Con el término “*abstracción*” se hacía, por lo tanto, referencia a la imposibilidad de que en principio se pudieran alegar contra terceros las excepciones derivadas de la relación causal. ZURIMENDI ISLA A, *Los fundamentos civiles del derecho cambiario*, ed. Comares, Granada, 2004, pág. 324. Esta es la posición reiterada de nuestro Tribunal Supremo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1979 lo expresa perfectamente:” (FD 2º...*pero sin que, por otra parte, signifique que la letra pierda su carácter de negocio abstracto y, consecuentemente, sin que puedan traerse más excepciones que las derivadas de la letra, más no del contrato subyacente o causa de la misma, del que se presenta y surte sus efectos completamente desligada...*” y el FD3º añade:”... *aunque exista ese contrato subyacente o, como pudiéramos decir, causa fundamental de la letra, las relaciones cambiarias que de la misma resultan se desligan definitivamente de dicha causa, y fuera de las relaciones entre librador y aceptante, funciona como de naturaleza abstracta...*”.

*En ambos casos*⁷⁷⁵, si los vicios y vicisitudes de la relación causal no reflejados en la letra de cambio o en la inscripción carecen de eficacia frente a tercero, no es porque el ordenamiento considere irrelevante la causa dentro de la estructura del negocio – *abstracción material*–, sino porque en tales hipótesis la causa constituye para el tercero una circunstancia *externa* al negocio fundamental en virtud del cual ha adquirido su derecho –*abstracción personal* o *inter tertios*–. Por ello, la *abstracción inter tertios* puede concebirse como una adaptación del principio causal a la estructura de una operación compleja, en la que por lo menos se concatenan dos procesos transmisivos simples u operaciones *inter partes* –*ex* artículo 609 del Código civil– que son necesariamente causales –artículo 1261 del Código civil–.

ZURIMENDI, con referencia a la letra de cambio, prefiere que no se utilice el término “abstracción”, aunque se matice con los calificativos de “personal”, “funcional” o “procesal” para explicar la inoponibilidad “*inter tertios*” de excepciones derivadas de la relaciones causales subyacentes previas, porque puede inducir a error, ya que en el ordenamiento jurídico español, a diferencia del alemán, no se admite el negocio abstracto –para cuyo supuesto Paz Ares reserva la expresión “abstracción material”–, ni la doctrina alemana recurre a la abstracción para explicar el fenómeno, lo que, por otra parte, parece lógico dado el carácter abstracto –si bien solo relativamente–, de su sistema.⁷⁷⁶

Parece una argumentación convincente y plenamente aplicable al ámbito registral. La inoponibilidad de excepciones *inter tertios* puede explicarse en este ámbito porque el tercero no adquiere el derecho tal y como ha sido perfilado por el contrato en virtud del cual adquirió su *tradens*, sino tal y como quedó configurado en la inscripción resultante de aquel negocio adquisitivo. En el ámbito registral, se adquiere el derecho según el Registro -artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria- por lo que todo lo que, constando en el negocio jurídico subyacente previo, no haya accedido al Registro, respecto de tercero de buena fe, es “*res inter alios acta*”.

⁷⁷⁵ Hago extensiva la posición de PAZ-ARES C. en el ámbito cambiario al ámbito registral. PAZ-ARES C, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 214 ss.

⁷⁷⁶ ZURIMENDI ISLA A. *Los fundamentos civiles de la obligación cambiaria*. ed. Comares, Granada, 2004, págs. 322 ss. En realidad su discrepancia con PAZ-ARES C es más terminológica que de fondo.

No parece, por ello, que haya ningún inconveniente para que se pueda denominar a este fenómeno “*abstracción registral*”.

14.3.3. Invierte las reglas de protección de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe

La abstracción personal *inter tertios* produce la *inversión de las reglas de protección de propietarios y adquirentes a título oneroso y de buena fe*, lo que implica una disminución de riesgos tanto para los unos como para los otros, a condición de que el sistema registral funcione correctamente. Ello hace que los derechos reales inmobiliarios inscritos sean más seguros y, por lo tanto, más valiosos y, al propio tiempo, su comercio jurídico sea más ágil.

En efecto, en el sistema del Código Civil –es decir, hecha abstracción de las remisiones a la Ley Hipotecaria–, de clara inspiración romanista, el *ius disponendi* del titular se protege, esencialmente, mediante la acción reivindicatoria, que puede alcanzar, incluso, a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe –artículo 348 II del Código civil–.

Si tenemos en cuenta que en un entorno de contratación impersonal, cual es el propio de una economía de mercado, no es posible saber con seguridad si se está adquiriendo del *verus dominus*, nos encontramos con que nadie puede estar seguro de su adquisición, pues todo el mundo corre el riesgo de ser demandado por una acción reivindicatoria, riesgo que se atempera atribuyendo al poseedor a título de dueño “*la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo*”- artículo.448 del Código civil-, trasladando así la carga de la prueba al reivindicante, una prueba de gran dificultad pues ,a menos que se haya obtenido una sentencia judicial declarando la adquisición por usucapión, también hay que probar la de los transmitentes anteriores hasta que haya transcurrido dicho tiempo. Por ello, se conoce a esta prueba, desde sus orígenes, como *probatio diabólica*.

En un sistema de fe pública registral, sin embargo, la situación se invierte: un titular registral anterior no puede ejercitar con éxito la acción reivindicatoria frente a un adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero, a cambio, el titular registral que reúna los citados requisitos, puede estar seguro de que tampoco nadie puede ejercitar con éxito una acción reivindicatoria contra él, por lo que no puede haber evicción por este concepto⁷⁷⁷. Y estas reglas, en un entorno de contratación impersonal, lo colocan en una situación mucho más segura a condición de que el sistema no falle, lo cual no sucederá si el procedimiento registral ofrece suficientes garantías, como, en general, suele suceder en nuestro sistema.

Inversamente, el adquirente que no inscribe y que, por lo tanto, permanece como adquirente meramente negocial o civil ve debilitada su posición en relación a la que tenía en una situación sin un sistema registral de derechos.

Sin sistema registral de derechos, una segunda transmisión sería nula porque el transmitente carecería de *ius disponendi*, al haber quedado extinguido por la consumación de la primera. El primer adquirente podría ejercitar la acción reivindicatoria - artículo 348 II del Código civil-. El segundo adquirente, por ello, solo podría devenir propietario mediante usucapión.

Es más, en esa situación, sin fe pública registral, todos los títulos son relativos – solo otorgan un *maius ius*–, salvo el del usucapiente, único que confiere un título, y, por lo tanto, una titularidad *erga omnes*.

Con Registro de derechos, por el contrario, todos los adquirentes protegidos por la fe pública registral, incluso si son segundos adquirentes negociales, gozan de un título absoluto y, por tanto, de una titularidad también absoluta, esto es, *erga omnes* o protegida por una regla de propiedad.

⁷⁷⁷ La fe pública registral protege al adquirente contra los riesgos retrospectivos mediante la supresión de la acción reivindicatoria en relación al adquirente que cumple todos los requisitos para ser protegido por la misma. Como afirma Noguerols Peiró N., *La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: El Registro de la Propiedad*, en Teoría y Derecho, núm. 5, 2009, pág. 47, el Registro es la institución que nos permite contratar sin temor a perder lo adquirido por evicción. Para evitar que un no legitimado pueda disponer del derecho inscrito, se exige el tracto sucesivo, - artículo 20 de la Ley Hipotecaria- sometido a estricto control por parte del Registrador - artículo 18 de la Ley Hipotecaria-.

Ello es posible porque, como argumentaré, cuando se trata de propiedad inscrita, el *ius disponendi* del titular registral no se extingue con la transmisión *ex* artículo 609 del Código Civil sino que requiere, además, la inscripción, dotada de fe pública registral, de la adquisición. En este aspecto, los sistemas alemán y español son similares.

El titular registral, además, tiene a su favor la presunción posesoria derivada del principio de legitimación registral - artículo 38 de la Ley Hipotecaria-⁷⁷⁸, la cual, tratándose de propiedad inscrita, prevalece sobre la presunción del artículo 448 del Código civil, como consecuencia de la remisión del artículo 608 del Código civil a la Ley Hipotecaria y de la línea general del Código Civil de que en materia de bienes inmuebles inscritos hay que estar a lo que disponga la Ley Hipotecaria. La opinión de VALLET DE GOYTISOLO⁷⁷⁹ en sentido contrario no parece atendible pues obedece a una concepción propia de una sociedad estancada en un estadio evolutivo anterior al desarrollo de una economía de mercado, estadio al que corresponde la tradición romanista que inspira el Código Civil, y, además, ignora la *remisión dinámica* de los artículos 608 y 1537 del Código civil a la Ley Hipotecaria.

14.3.4. Implica el reconocimiento o atribución por el Estado de una titularidad *in rem* a favor del adquirente

La inscripción dotada de fe pública registral implica el reconocimiento por el Estado de la persona a cuyo favor se ha practicado la inscripción como titular *in rem*, esto es, protegido por una regla de propiedad, y, por lo tanto, *erga omnes*, excepto en relación con los vicios que deriven de su propio negocio adquisitivo -confer.: artículos 1 III, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria-.

⁷⁷⁸ ROCA TRIAS M. E., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, en RCDI, Núm. 530, enero-febrero, 1979, págs. 9-74.

⁷⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO J.B., "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, 1973, pág. 443.

Ello significa que tal titularidad prevalece sobre cualquier eventual titularidad obligacional, –la cual, por definición, está protegida, en última instancia, por una regla de responsabilidad, esto es, de naturaleza indemnizatoria–,⁷⁸⁰ en caso de entrar en conflicto con una titularidad protegida por una regla de propiedad, la cual, –precisamente por hallarse protegida por esa regla–, no es alterable sin el consentimiento de su titular.

En realidad, esto es exactamente lo que se quiere decir cuando se afirma que un derecho real no es plenamente derecho real si no se halla inscrito en el Registro de la Propiedad⁷⁸¹ Salvo excepciones⁷⁸², un derecho es real con independencia de su inscripción en el Registro de la Propiedad –v.gr. propiedad, usufructo, anticresis, etc–, por cuya razón no necesita de la inscripción para ser plenamente real.

Ahora bien, la titularidad sobre el mismo no es una titularidad *in rem*, o *erga omnes* y, en ese sentido, plena, hasta que no se ha producido una inscripción de la misma dotada de fe pública registral. Eso es lo que quiere decir la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 cuando afirma:

” *Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que solo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal*”. En realidad, al introducir la fe pública registral, la inscripción dotada de la misma es el medio para que la titularidad de un adquirente quede protegida por una regla de propiedad, o *erga omnes*, excepto en relación a los vicios que puedan afectar a su propio título adquisitivo.

⁷⁸⁰ En el ámbito civil, sin perjuicio, por tanto, de las eventuales acciones penales.

⁷⁸¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág. 204. AMORÓS GUARDIOLA M., por su parte, afirma que “*la absolutividad o eficacia erga omnes de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible*”, en *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, pág.27.

⁷⁸² En ciertos casos, v.gr. hipoteca, el derecho real necesita la inscripción porque es constitutiva. Hay otros derechos de naturaleza ambivalente, v.gr.: opción de compra, que pueden adquirir naturaleza *in rem* si se inscriben y ser meramente personales si no se inscriben. En este sentido, el Registro de la Propiedad posibilita que ciertos derechos, en cuanto tales, puedan ser reales. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Derechos reales y titularidades reales*, RCDI, núm. 736, marzo-abril 2013, págs. 763 a 859.

En última instancia, la titularidad forma parte del derecho y si solo está protegida por una regla de responsabilidad frente a los principales riesgos de la contratación impersonal –los riesgos retrospectivos si la finca no está inscrita y la posible disposición posterior por el titular registral si la finca está inscrita pero no la titularidad adquirida negocialmente del titular registral–, hasta que no se inscriba, no puede hablarse, en rigor, de titularidad *in rem* o protegida por una regla de propiedad ni, por lo tanto, de derecho real. Hasta que llegue ese momento la titularidad es meramente obligacional.

En este sentido, sí puede afirmarse que un derecho real no es plenamente real hasta que la titularidad sobre el mismo no se halla protegida por la fe pública registral. Y en este mismo sentido puede afirmarse que el Registro de la Propiedad posibilita la existencia de derechos reales inmobiliarios en un entorno de contratación impersonal.

La regla del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no encierra ninguna presunción *iuris et de iure*, sino la conversión de una titularidad *in personam* o protegida por una regla de responsabilidad en una titularidad *in rem* o protegida por una regla de propiedad –“*será mantenido en su adquisición*”–, como consecuencia del reconocimiento por el Estado de la titularidad negocialmente adquirida, reconocimiento que, en el sentido expuesto, tiene un alcance atributivo *erga omnes* incluido el propio Estado, y con la excepción de que la fe pública registral no sana los vicios del propio negocio adquisitivo.

La única presunción que contiene el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la presunción *iuris tantum* de buena fe a favor del adquirente. La afirmación según la cual el artículo 34 de la Ley Hipotecaria encierra una presunción *iuris et de iure* a favor del tercer adquirente deriva de la idea de que la única función de la fe pública registral consiste en proteger a un adquirente *a non domino*, entendiendo por tal el adquirente que adquiere del titular registral que ha dispuesto previamente a favor de un primer adquirente que no ha inscrito. En este caso, como veremos, no estamos, en rigor, ante una adquisición *a non domino*, pero, aun aceptando, a efectos estrictamente dialécticos, que lo estuviéramos, no estaríamos ante una presunción *iuris et de iure* sino ante un efecto atributivo.

Si alguien es “*mantenido en su adquisición*” es reconocer a dicha adquisición efectos atributivos, no afirmar que no cabe prueba en contrario. Si se le reconocen efectos

atributivos es porque los tiene y los tiene porque la fe pública registral articula un sistema transmisivo, en el que si el adquirente negocial que cumple todos los requisitos legales no es titular registral es, sencillamente, porque ha optado por no serlo y, como consecuencia, debe asumir los riesgos correspondientes, el más importante de los cuales es que surja un segundo adquirente que inscriba y quede protegido por una regla de propiedad. Y en el choque entre dos titularidades, una protegida por una regla de responsabilidad y otra protegida por una regla de propiedad prevalece, por definición, la segunda.

Ello es así porque la inscripción es un documento público que contiene un acto estatal que, a su vez, contiene una decisión también estatal que, en el sistema, registral español, se plasma en el acta de inscripción, la cual debe recoger, entre otros extremos, el derecho que se inscribe y la persona a cuyo favor se inscribe -confer.: artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario-, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Como afirma DE OTTO⁷⁸³, con referencia al sistema español, la inscripción contiene una declaración del poder público sobre la existencia de derechos, es decir, sobre la identidad del propietario, así como sobre la extensión de su derecho, una declaración que no es definitiva, porque puede ser impugnada, si bien con nulas probabilidades de éxito si el titular según la inscripción reúne todos los requisitos para ser protegido. Eso es lo que significan los principales efectos o propiedades normativas normativas de la inscripción, especialmente la fe pública registral.

Como sostiene PAU PEDRON es en el acta de inscripción⁷⁸⁴ donde se manifiesta con claridad la esencia de la función registral, y su naturaleza: se trata de una

⁷⁸³ DE OTTO I., *Estudios sobre el poder judicial*. ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 42.

⁷⁸⁴ Al acta de inscripción se refiere el artículo 9.h de la Ley Hipotecaria en la redacción dada por la Ley 13/2015 de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por D. de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, conforme al cual:

“El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido

declaración *erga omnes* de situaciones jurídicas, lo que supone una actividad de jurisdicción voluntaria.⁷⁸⁵ el acta de inscripción es el núcleo del asiento, la parte del mismo que refleja el tránsito del acto a la situación jurídica, existiendo un visible paralelismo entre sentencia e inscripción, de un lado y fallo y acta de otro. Según FIGUEIRAS DACAL ⁷⁸⁶ sería el equivalente al “fallo” de una sentencia porque contiene “*el juicio del Registrador (...) haciendo eliminación de los demás actos que sirvieron de fundamento a ese juicio y que quedan relegados (...) al fondo de la inscripción*”.

No tiene, por ello, sentido, hablar de título inscrito o no inscrito, sino de decisión adoptada, en primera instancia, por el Registrador en el seno de un procedimiento -el registral- en el que, por regla general, solo se admite como prueba la documental pública⁷⁸⁷ referente al título material del que deriva la mutación jurídico-real, cuyo reconocimiento por el Estado se solicita con todos los efectos resultantes de dicho reconocimiento expresado en el correspondiente asiento registral. El título material así probado debe ir acompañado, en su caso, de pruebas complementarias requeridas que, por regla general, también deben constar en documento público o auténtico. En base a ese conjunto de pruebas el Registrador aceptará, suspenderá o denegará el asiento registral solicitado.⁷⁸⁸

de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

h) El acta de inscripción y la firma del Registrador, que supondrá la conformidad del mismo al texto íntegro del asiento practicado.”

El contenido del acta viene regulado por el artículo 51.10 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual:

“En todo caso se hará constar el acta de inscripción, que expresará: el hecho de practicarse la inscripción, la persona a cuyo favor se practica, el título genérico de su adquisición y el derecho que se inscribe”

⁷⁸⁵ PAU PEDRÓN A. *El acta de inscripción*, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001, págs. 791-792.

⁷⁸⁶ FIGUEIRAS DACAL I M., *La publicidad del acto registrado (como función social) y la fórmula del acta de inscripción (como protección jurídica)*, RCDI, núm. 552, 1982, págs. 1202 ss.

⁷⁸⁷ Artículo 3 de la Ley Hipotecaria, siendo excepcionales los supuestos de admisión de documentos privados.

⁷⁸⁸ Así, en una herencia, no bastará solo con presentar la escritura de aceptación y, en su caso, partición de herencia, sino el certificado de defunción expedido por el Registro Civil, el testamento, si la sucesión es testamentaria, para probar la voluntad del testador y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad para probar que el testamento en el que se basa la manifestación o partición contiene la

Es este carácter de decisión pública el que determina la necesidad de independencia del Registrador. Es necesario subrayar que debido a la naturaleza causal del sistema transmisivo del Código civil, lo cual significa que el negocio causal forma parte del proceso de transmisión, a diferencia de lo que sucede en Alemania; al hecho de que no pueden figurar en la inscripción pactos obligacionales salvo que estén garantizados con garantía real y a la admisión del sistema de *numerus apertus* de derechos reales, el ámbito de la función calificadora del Registro de la Propiedad español es necesariamente más amplio que el del Registro alemán, pues debe abarcar también todos los aspectos del negocio causal.⁷⁸⁹

última voluntad del testador. El procedimiento registral exige la comprobación de todos esos extremos y, en dicho procedimiento, solo cabe la prueba documental pública, salvo excepciones. Además, el Registrador debe comprobar la situación registral -artículos 14 y 18 de la Ley Hipotecaria y 76 del Reglamento Hipotecario-.

⁷⁸⁹ La calificación registral en Alemania viene recogida en el artículo 29 GBO –Ordenanza Inmobiliaria–, según el cual: “Una inscripción solo puede practicarse cuando se acredite el consentimiento para la inscripción o las declaraciones exigidas para realizarla, en documento público o autenticado. Otros presupuestos de la inscripción requieren, cuando no sean notorios para la oficina registral, el ser probado por documento público”. La calificación, en principio, solo abarca el acuerdo abstracto traslativo y los denominados presupuestos para la inscripción. Probablemente no alcanza al negocio causal. PAU PEDRÓN A. *Panorama del sistema inmobiliario alemán*, en *La publicidad registral*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pág. 73.

En España, por el contrario, la calificación alcanza al negocio causal en todos sus aspectos -:artículo 18 de la Ley Hipotecaria- debido a la naturaleza causal del sistema transmisivo -artículos 1261 y 609 del Código civil-. Dado que al Registro de la Propiedad solo tienen acceso el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles –confer.: artículo 1 de la Ley Hipotecaria–, además de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas en los términos del artículo 10. Del Reglamento Hipotecario-, de que se sigue el sistema de *numerus apertus* –artículo 7 del Reglamento Hipotecario–, y de que no son inscribibles los pactos personales, sin perjuicio de inscribir la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento –artículo 9 del Reglamento Hipotecario- – la calificación registral debe determinar si las partes tienen capacidad jurídica suficiente, debe saber identificar los aspectos reales del negocio jurídico de que se trate, así como decidir sobre si una nueva figura de derecho real acordada por las partes cumple los requisitos de admisibilidad. Este sistema de *numerus apertus* sometido a requisitos muy exigentes facilita la innovación jurídica, al posibilitar que el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales sea el más bajo posible compatible con el orden público económico. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Derechos reales y titularidades reales*, RCDI núm. 736, marzo-abril 2013, págs. 763 a 859. Sobre el nivel óptimo de estandarización de los derechos reales véase MERRILL T.W y SMITH H.E, *Optimal Standardization in the Law of Property: the numerus clausus principle*, *The Yale Law Journal* -YLJ-, October, 4, 2000, Vol.110:1, págs. 38-42.

En relación a la función calificadora del Registrador, merece la pena destacar la doctrina sentada por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017, dictada con motivo de la calificación registral de un documento judicial: “Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral

La atribución derivada de la decisión del Registrador no es firme, puesto que puede ser revisada por los tribunales a solicitud de persona interesada, a quien se traslada la carga de la prueba de cuantas afirmaciones contradigan la declaración registral, pero es difícilmente modificable si el procedimiento registral ofrece las garantías suficientes, como es el caso del sistema registral inmobiliario español, en líneas generales.

Como afirma PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁷⁹⁰ tales declaraciones tienen *prima facie* cierta eficacia análoga a la de las sentencias, pues proclaman la verdad oficial –también en el mismo sentido de estatal o pública– con los consiguientes efectos legitimadores –entre otros, los derivados de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria– que son, en principio, inmovibles –confer.: artículo 1-III de la Ley Hipotecaria, aun cuando, a diferencia de las sentencias firmes, no tienen carácter definitivo, pues prevalecen las decisiones judiciales adoptadas en juicio ordinario.⁷⁹¹

Sin embargo, también a diferencia de las sentencias, los pronunciamientos del Registro de la Propiedad tienen la ventaja de que valen “a todos los efectos” y *erga omnes*.

se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal”. Conviene recordar que el artículo 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a los encargados de los Registros públicos a cumplir las resoluciones judiciales firmes “salvo que existan obstáculos derivados del Registro conforme a su legislación específica”.

La calificación registral es solo a los efectos de determinar si se admite o no la operación registral solicitada. Los medios de calificación se limitan a lo que resulte de los documentos presentados en el Libro Diario para practicar el asiento registral solicitado y lo que resulte del Registro –artículo 18 de la Ley Hipotecaria–, entre lo que se incluye, en su caso, la consulta a otros registros jurídicos interoperables electrónicamente, tales como el Registro Mercantil, el Registro Público Concursal, el Registro General de Actos de última Voluntad o el Registro de empresas al que se refiere la Ley 2/2009 de 31 de marzo o al Servicio colegial de interconexión registral, como han declarado devieersas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado –confer.: resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2012 y de 26 de octubre de 2018–.

⁷⁹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, T.II, ed. CORPME, 1999, págs. 523-525.

⁷⁹¹ Debe recordarse, sin embargo, que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 dice: “Si los asientos registrales se presumen exactos e íntegros, y al tercero a título oneroso solo le afectan las cargas y condiciones que consten en el Registro, no puede darse a la inscripción, *prima facie*, un valor inferior al de cosa juzgada”.

Si la sentencia es contraria a los pronunciamientos del Registro de la Propiedad, prevalece la decisión judicial; pero debe advertirse que, dictada la sentencia de rectificación, todavía puede prevalecer respecto de terceros la declaración del Registro de la Propiedad frente a la declaración de la sentencia –artículo 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria–. Es decir, la propia sentencia rectificatoria del Registro necesita un pronunciamiento registral para adquirir plena eficacia *erga omnes*.

Así, en caso de conflicto de un tercero no inscrito con el titular registral, prevalecerá siempre el titular registral, salvo que sea vencido en juicio, en el que, simultáneamente, se haya entablado la correspondiente acción de rectificación del Registro; en cualquier otro conflicto, si el titular registral reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no puede ser vencido. Si no las reúne, sí puede ser vencido, pero corresponde la carga de la prueba a quien discuta su titularidad.

En Derecho romano el *mancipio accipiens*, cuando no había transcurrido el tiempo necesario para consumar la usucapión, no disponía de un *título público* que acreditase su adquisición y, en consecuencia, ante la reclamación de un tercero, solo podía exhibir su *título privado*, que no era otro que la *mancipatio* respaldada por la *auctoritas* del transmitente, que era el garante de su adquisición.

Este hecho pone de manifiesto algo fundamental en materia de derecho de propiedad: mientras no hay un pronunciamiento de la autoridad pública con efectos *erga omnes*, no se es propietario en sentido estricto, sino tan solo poseedor a título de dueño, pues, en ausencia de tal pronunciamiento, una sentencia sólo puede declarar qué litigante tiene mejor derecho –*maius ius*–, pero no asegura que un futuro reclamante no pueda tener, a su vez, un mejor derecho que quien venció en el primer litigio. Un título con eficacia *erga omnes* solo era posible, en Derecho Romano, mediante la declaración pública de haber adquirido por *usucapio*.

En una sociedad caracterizada por la contratación impersonal y recurrente, como es la propia de una economía de mercado, dada la imposibilidad de conocer con seguridad quién es el legitimado para disponer, solo se puede adquirir una titularidad *in rem* mediante usucapión, purga o fe pública registral, siendo los dos primeros procedimientos incompatibles con las exigencias del mercado. Sin ellos, solo se puede adquirir una

titularidad *in personam* u obligacional, es decir, protegida solo por una regla de responsabilidad.

El Registro de derechos, sin embargo, proporciona un título semejante mediante la fe pública registral, sin necesidad de esperar a que transcurran los plazos necesarios para la adquisición por usucapión. De ahí que, en un Registro de derechos, la inscripción dotada de fe pública registral es el título. Por ello, en algunos países, v.gr, Reino Unido, especialmente tras la *Land Registration Act* de 2002, los autores prefieren hablar de titulación por registración –*entitlement by registration*–, en lugar de titulación por contrato –*entitlement by contract*–⁷⁹².

14.3.4.1. Especial referencia al reconocimiento o atribución de la citada titularidad *in rem* a favor de las administraciones públicas en los supuestos de expropiación forzosa

Este efecto atributivo *erga omnes*, alcanza, lógicamente, también al propio Estado en un sentido general, entendiendo por tal el conjunto de las administraciones públicas, pues el primer vinculado por sus propias declaraciones es el propio Estado.

Así, La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en su artículo 3 dispone:

“1. Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación.

2. Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente.”

⁷⁹² MEGARRY R. and WADE W., *The Law of Real Property*, 17ª ed. Sweet and Maxwell, Londres, 2008, pág. 146.

Si no fuera así, el Estado estaría desautorizando sus propias declaraciones a través del Registro de la Propiedad. Como hemos visto, la atribución *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria no admite prueba en contrario, sino que requiere buena fe en el adquirente, en los términos que veremos posteriormente. Dicha buena fe se presume siempre.

A ello hay que añadir que el supuesto de hecho que contempla el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quizás por tradición iusprivatista, se refiere a las transacciones en general, siendo el supuesto normal el de las transacciones entre particulares. No hace ninguna referencia específica, quizás porque no era necesario, al supuesto de que la adquisición tenga lugar en virtud de un procedimiento administrativo, con la finalidad de atender finalidades de utilidad pública o de interés social que se incardinan directamente en el ámbito de la protección de la colectividad representada por las administraciones públicas.

Prescindiendo de algunos precedentes, merece destacarse cómo, a partir del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, se sitúa a la Administración expropiante, en la misma posición que a un adquirente *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los principales hitos son los siguientes:

a) La Ley de Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 9 de abril de 1976.

Esta Ley contiene ya una norma que supone la aparición de un nuevo “supuesto de hecho” del cual nace una titularidad inatacable, del mismo tipo que la prevista en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En efecto, el artículo 141 del texto que se cita en su apartado 1, establece que *“tramitado el expediente expropiatorio –de tasación conjunta– y levantada el acta o actas de ocupación, se entenderá libre de cargas, la totalidad de las fincas incluidas comprendidas en la misma por la Administración expropiante, la cual será mantenida su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma, aun cuando posteriormente aparezcan terceros no tenidos en cuenta en el expediente, quienes, sin embargo, conservaran y podrán ejercitar cuantas secciones personales pudieran corresponderles para percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía.*

El texto transcrito supone:

1.- Que la Administración viene a ser considerada como titular inatacable en los mismos términos que el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2.- Que el supuesto de hecho ya no es una adquisición particular en la que el transmitente tiene facultades registrales de disposición y el adquirente actúa de buena fe presunta y a título oneroso, sino una situación radicalmente diferente, que consiste en que la adquisición se lleva a cabo por la Administración con una finalidad basada en la utilidad pública o el interés social y que se rodea de un procedimiento garantista con intervención del Ministerio Público para asegurar los derechos del expropiado. Lógicamente, tal criterio es también aplicable al beneficiario de la expropiación, en su caso.

b) El Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Decreto legislativo de 20 de junio de 2008

Esta Ley, apoyándose en el precedente de 1976, y además, en una tradición legislativa mantenida durante más de 40 años, concluye en el artículo 32. 1 que, *“finalizado el expediente expropiatorio y una vez levantadas el acta o actas de ocupación con los requisitos previstos en la legislación general de expropiación forzosa, se entenderá que la Administración ha adquirido libre de cargas la finca o fincas comprendidas en el expediente. La Administración será mantenida en la posesión de las fincas, una vez inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma.”*

Los números siguientes del artículo 32.1 contemplan y regulan las acciones indemnizatorias que con carácter personal pudieran corresponder a supuestos titulares, inscritos o no, que por razones distintas no hayan querido o podido comparecer en el expediente. Por tanto, ratifica y subraya el contenido de los precedentes legislativos, especialmente el contenido en el artículo 141 de la Ley de 1976. Remite los efectos de la inscripción expropiatoria a todo tipo de expropiación, en la medida en que se remite a las

fincas comprendidas en el acta o actas de ocupación que se hayan levantado con los requisitos generales de expropiación forzosa.

c) El Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre.

Sigue la misma línea que el Texto Refundido de 2008, disponiendo en su artículo 45:

“1. Finalizado el expediente expropiatorio, y una vez levantada el acta o actas de ocupación con los requisitos previstos en la legislación general de expropiación forzosa, se entenderá que la Administración ha adquirido, libre de cargas, la finca o fincas comprendidas en el expediente.

La Administración será mantenida en la posesión de las fincas, una vez inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma.

2. Si con posterioridad a la finalización del expediente, una vez levantada el acta de ocupación e inscritas las fincas o derechos en favor de la Administración, aparecieren terceros interesados no tenidos en cuenta en el expediente, éstos conservarán y podrán ejercitar cuantas acciones personales pudieren corresponderles para percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía.

3. En el supuesto de que, una vez finalizado totalmente el expediente, aparecieren fincas o derechos anteriormente inscritos no tenidos en cuenta, la Administración expropiante, de oficio o a instancia de parte interesada o del propio registrador, solicitará de éste que practique la cancelación correspondiente. Los titulares de tales fincas o derechos deberán ser compensados por la Administración expropiante, que formulará un expediente complementario con las correspondientes hojas de aprecio, tramitándose según el procedimiento que se haya seguido para el resto de las fincas, sin perjuicio de que tales titulares puedan ejercitar cualquier otro tipo de acción que pudiera corresponderles.

4. Si el justiprecio se hubiere pagado a quien apareciere en el expediente como titular registral, la acción de los terceros no podrá dirigirse contra la Administración expropiante si éstos no comparecieron durante la tramitación, en tiempo hábil.”

Por lo tanto, ratifica y subraya el contenido de los precedentes legislativos. Remite los efectos de la inscripción expropiatoria a todo tipo de expropiación, en la medida en que se remite a las fincas comprendidas en el acta o actas de ocupación que se hayan levantado con los requisitos generales de expropiación forzosa.

Adicionalmente, puede interpretarse, según lo anterior, que la regla de inatacabilidad de la inscripción expropiatoria afecta a cualquiera de las modalidades de expropiación urbanística e incluso no es descabellado interpretar que la remisión a la legislación general expropiatoria, da lugar a la posible inclusión a estos efectos de toda clase de actos de expropiación.

Por último, el artículo 45 viene a ratificar plenamente el criterio manifestado, de que la protección del titular registral que adquiere mediante expropiación sitúa la protección del adquirente en virtud de expropiación forzosa, una vez inscrita la expropiación, no antes, en el ámbito de la protección mediante una regla de propiedad *inter privados*. Los demás que pretendan alegar derechos solo se hallan protegidos, en su caso, mediante una regla de responsabilidad. ⁷⁹³

14.4. Efectos de la fe pública registral

Como consecuencia de las funciones referidas, la fe pública registral produce una serie de efectos. Entre ellos, cabe destacar los que siguen.

⁷⁹³ Sobre la naturaleza de la expropiación, véase ARNÁIZ EGUREN R., *Aspectos registrales de la expropiación forzosa: alcance y significado de los artículos 138 y siguiente de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana texto refundido de 9 de abril de 1976*, RCDI, número 610. Sobre la naturaleza de la expropiación y su distinción de la compraventa ordinaria GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R.: *Curso Derecho Administrativo*, Tomo II, ed. Cívitas, Madrid, 1993, págs. 209 ss. PARADA VÁZQUEZ R., *Derecho administrativo*, Tomo III, ed. M. Pons, Madrid 1994. VERDAGUER F. P., *Expropiación forzosa*, ed. Bosch, Barcelona 2002 y FUERTES LÓPEZ M., *Urbanismo y publicidad registral*, ed. Marcial Pos, Madrid, 2001. Para el examen del actual contenido del artículo 32 de la Ley de Suelo, ARNÁIZ EGUREN R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo*, Capítulo 6, en su conjunto y, concretamente el Subtítulo *El procedimiento de tasación conjunta, sus características y la evolución de sus efectos*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2014, págs. 386 y ss.

14.4.1. Ahorra a los adquirentes potenciales costes de información y, por lo tanto, de transacción

Dado que, por definición, gracias a la fe pública registral, la inscripción suministra al mercado la identidad del titular del *ius disponendi* y, además, identifica las causas de anulación o resolución del derecho de este que, en caso de producirse, se impondrían al derecho del adquirente, ahorra a los adquirentes potenciales, es decir, al mercado, costes de información y, por tanto, de transacción ya que, como es sabido, los primeros están en la base de los segundos.⁷⁹⁴

La fe pública registral hace así innecesarias las investigaciones retrospectivas acerca de titularidades, cargas y eventuales causas de anulación o resolución del derecho de su transmitente que pudieran derivar de títulos materiales anteriores, investigaciones siempre inseguras porque solo una decisión estatal puede decir quién es el dueño y en qué condiciones, y en un sistema jurídico carente de fe pública registral la única decisión estatal posible con efectos *erga omnes* es la derivada de un procedimiento de adquisición por usucapión, pero, incluso, en este caso, un potencial adquirente no podría estar seguros de si quien obtuvo sentencia a su favor no ha dispuesto de su derecho.

⁷⁹⁴ ALCHIAN A. y DEMSETZ H. *Production, Information Costs and Economic Organization*, American Economic Review, 62, págs. 777-795, 1972. DAHLMAN C.J. *The Problem of Externality*, en Journal of Legal Studies 22 -nº1-, págs. 141-162, 1979. WILLIAMSON O.E. *Las instituciones de la economía capitalista*, ed.FCE, Mexico, 1989, pág. 32. BARZEL Y. *Economic Analysis of Property Rights*, Ed. Cambridge University Press, 1989, págs. 8-11, 1993. NORTH D.C. *Instituciones, cambio institucional...*, México 1993, págs. 43 ss. EGGERTSSON Th., *El comportamiento económico y las instituciones*, Alianza Editorial, Madrid 1995, págs. 30-34.

14.4.2. Permite superar el dilema entre seguridad de los derechos y seguridad del tráfico jurídico, haciendo que los derechos sean, simultáneamente, más seguros y más fácilmente transmisibles

Puede afirmarse que la fe pública registral consigue que las titularidades sobre derechos reales inmobiliarios sean, simultáneamente, más seguras y más fácilmente transmisibles, o, si se prefiere, más “líquidas” en un sentido jurídico.

Ello significa que la fe pública registral permite superar el *dilema* formulado en su día por EHRENBURG⁷⁹⁵ y, posteriormente y desde otra perspectiva por CALABRESI y MELAMED⁷⁹⁶, así como por ARRUÑADA⁷⁹⁷ entre seguridad jurídica o seguridad de los derechos y seguridad de los adquirentes o seguridad del tráfico jurídico.

La titularidad *in rem* implica que no puede ser alterada sin consentimiento del titular, por lo que cualquier transmisión exige identificar al titular o titulares para

⁷⁹⁵ EHRENBURG V. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2003, pág. 36. Se trata de una excelente traducción de PAU PEDRÓN A., precedida de una introducción del mismo autor. En ella pone de manifiesto que los primeros ecos de las ideas de EHRENBURG en España aparecen en artículos de VALLET DE GOYTISOLO –a partir de la *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión*, RDP, junio, 1953– que las recoge indirectamente, a través de la doctrina italiana, especialmente de CARNELUTTI y su *Teoría general del tráfico*, publicado en Padua en 1933. También LACRUZ BERDEJO introduce las ideas de EHRENBURG en España, en la segunda edición de sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de 1957, si bien en este caso, como resalta PAU PEDRÓN, LACRUZ BERDEJO sí trae las ideas de EHRENBURG del propio original.

⁷⁹⁶ CALABRESI G. y MELAMED D. A.: “*Property Rules, Liability Rules, an Inalienability: One View of The Cathedral*”, Harvard Law Review, 1972. *Economics Foundations of Property Law* ed. Little, Brown & Company, pp 31-49. En esta misma línea ARRUÑADA B. observa que, dada la especial naturaleza de los inmuebles, la cual permite la concurrencia de múltiples derechos reales sobre un mismo bien, no todos ellos susceptibles de visibilidad posesoria –y ni aún en caso de posesión, ésta no siempre informa adecuadamente acerca de la naturaleza del derecho real que le sirve de cobertura–, la asignación a un derecho –en rigor, en mi opinión a una titularidad– de carácter real dificulta su transmisión, lo que, a partir de cierto nivel de costes, aconsejaría explotar los bienes mediante derechos –nuevamente, en rigor titularidades, en mi opinión– personales. El Registro de derechos supera ese dilema y, en consecuencia, evita que sea necesario prescindir de la protección de las titularidades inmobiliarias mediante una regla de propiedad para facilitar el tráfico jurídico. MÉNDEZ GONZÁLE F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011., págs. 134 ss.

⁷⁹⁷ ARRUÑADA B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. ed. Palestra, Lima (Perú), 2004, pág. 71.

conseguir su consentimiento, lo que, en una sociedad impersonal no es posible hacer con seguridad –en ausencia de un registro de derechos–. Por ello, estos autores advierten que puede ser conveniente un menor grado de protección de los derechos –en rigor, de las titularidades– para facilitar el tráfico jurídico.

Y eso es exactamente lo que sucede en una sociedad impersonal sin Registro de derechos: en esa situación, las titularidades sobre los derechos reales son obligacionales porque, salvo adquisición por usucapión, en realidad, solo pueden estar protegidas por una regla de responsabilidad, ya que es difícil, más bien imposible, saber con seguridad si se está adquiriendo del titular del *ius disponendi* y, además, es difícil probar el propio derecho d propiedad, por cuya razón dicha prueba recibe, históricamente, la denominación de *probatio diabólica*.

La fe pública registral hace que no sea necesario prescindir de la protección de las titularidades inmobiliarias mediante una regla de propiedad y, en su lugar, protegerlas solo con una regla de responsabilidad, para facilitar el tráfico jurídico, supuesto que el sistema funcione correctamente y no produzca pérdidas inconsentidas de su derecho por parte de los titulares registrales⁷⁹⁸, como consecuencia de errores en el funcionamiento del sistema registral.

Supuesta la ausencia de errores, el adquirente del titular registral solo puede perder su derecho por no asumir la única exigencia que le impone el sistema para no perderlo, cual es la inscripción de su adquisición, cuyo coste y cuyo valor añadido son inferior y superior respectivamente al coste y valor añadido que conllevan las investigaciones retrospectivas –y, en su caso, seguros complementarios– necesarias para difuminar –que no eliminar– las incertidumbres existentes en ausencia de fe pública registral⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. “Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.III. ed.: Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2003, págs. 4038-4061. También, Méndez González F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011.

⁷⁹⁹ En efecto, los registros de documentos no cubren las necesidades de seguridad jurídica del mercado porque no son capaces de facilitar un legitimado para disponer. En consecuencia, los operadores deben buscar medios que les aseguren contra el riesgo de evicción, de la existencia de cargas y de la existencia de procedimientos judiciales y administrativos que puedan afectar a su derecho. Normalmente, todo ello corre a cargo de las compañías de seguros de títulos. Estos contratos de seguros tienen la característica de que no aseguran riesgos futuros, sino riesgos pasados, por lo que es clave su labor de investigación, hasta el punto

Si, por esta razón, pierde su derecho, no puede afirmarse que se trate de una pérdida incontestada sino solo de la concreción de un riesgo asumido voluntariamente y fácilmente evitable, por lo que, cuando esto sucede, no puede afirmarse que la fe pública registral esté protegiendo transacciones incontestadas y, por tanto, ineficientes.

14.4.3. Coadyuva a la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas

Dado que la fe pública registral suministra la identidad del titular del *ius disponendi* y, en todo caso, la inscripción conlleva las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria –titularidad y posesión–, ello tiene como consecuencia que cabe adoptar soluciones jurídicas dirigidas a incrementar la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas.

Entre las primeras, cabe citar las inscripciones de prohibiciones de disponer –confer.: artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria–, la anotación preventiva de demanda –confer.: artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria–, de embargo –artículo 42.2 de la Ley Hipotecaria–, las actuaciones registrales previstas en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil en relación a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras –confer.: artículo 59 de la misma–, entre otras. Entre las segundas, los supuestos son muy numerosos, por lo que basta mencionar dos de ellos a mero título de ejemplo o muestra: en primer lugar, la nota marginal del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, que permite la continuación del procedimiento expropiatorio aunque la finca sea transmitida a un tercero durante el mismo; en segundo lugar, los diferentes supuestos

de que suelen gastar más en investigar que en indemnizar. Los Registros de documentos, dado su efecto de inoponibilidad, les sirven, básicamente para disminuir sus costes de investigación. Las pólizas suelen excluir los aspectos jurídicos que las compañías no han podido aclarar. Obsérvese que estas compañías no ofrecen seguridad jurídica, sino solamente económica y que, si bien la seguridad jurídica implica o conlleva la económica, no sucede lo mismo a la inversa: el aseguramiento económico no implica seguridad jurídica. La razón estriba en que solo el Estado puede decir quién es dueño de algo y, por ello, el Registro de derechos es un sistema de seguridad específica, mientras que el seguro de títulos es solo un sistema de seguridad genérica. ARRUÑADA B. *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. ed. Palestra, Peru, 2004, págs. 225 ss. También MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. “Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.III, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2003, págs. 4038-4061.

de actos inscribibles contemplados por el artículo 64 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que permiten la efectividad de diferentes resoluciones administrativas en materia urbanística.

14.4.4. Disminuye incertidumbres para el adquirente y, en consecuencia, aumenta el valor de los bienes

Como afirma NORTH⁸⁰⁰, cuanto mayor sea la incertidumbre del adquirente menor será el valor del bien, y la incertidumbre aumenta en la medida en que el sistema institucional permita que terceras partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el adquirente.

La fe pública registral blindada al adquirente frente a las vicisitudes de actos o negocios jurídicos precedentes sobre el mismo bien salvo por causas que, constanding inscritas, tengan alcance real. En este sentido, impide que terceras partes puedan influir en el valor de atributos que son funciones de utilidad para el adquirente, salvo en aquellos que quedan exceptuados de la fe pública registral o fuera de su ámbito propio –v.gr. disminución del nivel de seguridad física de la zona donde se halla ubicado el inmueble–.

En la medida, por tanto, en que haya pocas excepciones o, idealmente, ninguna excepción a la fe pública registral, el Registro de la Propiedad funcionará como un poderoso instrumento creador de capital.

⁸⁰⁰ NORTH D.C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, pág 88.

14.5. Consideraciones finales

Todo ello convierte al Registro de la Propiedad en un extraordinario arreglo institucional reductor de costes de información y, por lo tanto, de transacción, y, en consecuencia, creador de capital, esto es, de riqueza.

Resulta, claro, por lo tanto, que la fe pública registral desempeña *funciones ordinarias* fundamentales en nuestro sistema de transmisión de bienes inmuebles y que su función no se reduce a legitimar adquisiciones *a non domino* en determinadas circunstancias y en aras de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, como sostiene la doctrina hegemónica y se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por el contrario, esta es una función extraordinaria, o, más bien, una consecuencia posible de su función y de alcance estrictamente residual, como argumentaré a continuación.

Por ello, en la medida en que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de *fe pública registral*, en beneficio de personas, grupos o instituciones determinadas, en esa misma medida aumentan las incertidumbres para *adquirentes, propietarios y acreedores* en el mercado inmobiliario, con las con secuencias subsiguientes.⁸⁰¹

De todos modos, conviene reiterar que, al estar formulado el principio de *fe pública registral* en una *ley formal*, las excepciones a dicho principio también deben ser formuladas en una norma con el mismo rango, lo que permite que el adquirente —el mercado— pueda tener conocimiento *ex ante* de las excepciones que le afectan o pueden llegar a afectarle: las sorpresas posibles quedan limitadas y pueden ser conocidas. Ahora bien, llegar a conocerlas implica mayores costes de información y la imposibilidad de quedar inmunizado frente a la incertidumbre de que las mismas se hagan efectivas y afecten al derecho adquirido. Tan solo cabrá, una vez que la excepción ha impedido la

⁸⁰¹ En efecto, beneficiar a unos pocos puede perjudicar a muchos. Por ello, solo deberían introducirse cuando fueran eficientes conforme al criterio de Kaldor-Hicks, esto es, cuando los beneficiados por la excepción pudieran compensar a los perjudicados, aunque no lo hicieran efectivamente. Para ver las implicaciones del citado criterio véase POSNER R., *El análisis económico del derecho*. ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 21. El legislador de 1861 hizo un loable esfuerzo por erradicar algunos de los más importantes privilegios incrustados en el Derecho español sin conseguirlo plenamente.

protección del derecho mediante una regla de propiedad, recurrir a su aseguramiento en aquellos aspectos potencialmente afectados por las excepciones legalmente establecidas al juego de la fe pública registral.

15. El sistema de transmisión registral de las titularidades inscritas

15.1. La fe pública registral implica la modificación del sistema del título y el modo en materia de propiedad inscrita

El sistema de transmisión registral lo introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por los artículos 609 y 1095 del Código civil modulándolo mediante la exigencia de los requisitos complementarios que el propio artículo especifica.

Sin embargo, ni doctrina ni jurisprudencia mencionan la existencia de un sistema de transmisión registral inmobiliaria ni asignan a la denominada fe pública registral otra función que la de legitimar, en ciertos casos, adquisiciones *a non domino* en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

Las funciones descritas implican una modificación del sistema transmisivo de los artículos 609 y 1095 del Código civil en materia de propiedad inscrita.

Como he expuesto en páginas anteriores, el régimen de circulación de bienes muebles y de mercaderías sigue reglas distintas en el ámbito civil y en el mercantil. Igualmente, la circulación de créditos sigue reglas distintas en esos mismos ámbitos. En el ámbito civil, se sigue el régimen del Derecho común plasmado en los artículos 1526 a 1536 del Código civil, mientras que en el ámbito mercantil se desarrolló el régimen de transmisión cambiaria, consistente, esencialmente, en el endoso, regulado en los artículos 14 a 24 de la Ley cambiaria y del cheque, en cuyos artículos 19 y 20 se incorpora la regla derivada de la *Lex Mercatoria* conforme a la cual adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento establecido – en este caso, el endoso- se le reconocen derechos superiores al del denominado *verus dominus*.

Lo mismo sucede en relación a la transmisión de bienes inmuebles. En efecto, lo que podríamos denominar *el régimen civil* de la transmisión onerosa de las titularidades inmobiliarias se regiría por el régimen contenido en el propio Código civil, ordinariamente el de los artículos 609 y 1095, conocido bajo la denominación de teoría del título y el modo. Y lo que podríamos denominar *el régimen de transmisión a título oneroso adaptado a la economía de mercado* o *régimen registral* de transmisión, se regiría por los citados artículos del Código civil y por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Conviene subrayar que así como en materia de cesión de créditos el régimen civil se contiene en los artículos 1526 a 1536 del Código civil y el régimen de transmisión cambiaria o endoso en los artículos 14 a 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuyos artículos 19 y 20 se incorpora la regla conforme a la cual adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento del endoso se le reconocen derechos superiores al del denominado *verus dominus*, sin embargo, el régimen de transmisión civil, en el ámbito del Derecho civil común, es ordinariamente, el de la teoría del título y el modo contenido en los artículos 609 y 1095 del Código civil, y el régimen de transmisión registral es, ordinariamente, el regulado en tales artículos del Código civil y, además, en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el cual contiene, adicionalmente, la regla conforme a la cual el adquirente de buena fe que haya adquirido siguiendo el procedimiento referido se le reconocen derechos superiores a los del denominado *verus dominus*, entendiendo por tal el titular meramente civil o negocial.

Esto es, mientras el régimen civil de la cesión de créditos se contiene en el Código civil y el de la circulación cambiaria en la Ley Cambiaria y del Cheque, sin embargo, el régimen civil de la transmisión onerosa de titularidades inmobiliarias se contiene en el Código civil, mientras que el régimen de transmisión registral no solo se regula en la Ley Hipotecaria sino que también forma parte del mismo la regulación del Código civil y, además, el mismo precepto que contiene los requisitos necesarios para convertir la transmisión civil en registral contiene la regla de *la Lex Mercatoria* que concede al adquirente de buena fe que, además, adquiera siguiendo el procedimiento establecido en la norma registral derechos superiores al adquirente meramente civil.

Dicho régimen o sistema de transmisión obedece, en relación al régimen de transmisión civil, a la misma racionalidad subyacente que el régimen de transmisión cambiaria en relación al régimen civil de la cesión de créditos. Dicho régimen incorpora la regla de la *Lex Mercatoria* conforme a la cual a quien adquiere de buena fe siguiendo un determinado procedimiento de transmisión se le reconocen derechos superiores al denominado *verus dominus*. El procedimiento establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, construido sobre la base del sistema del título y el modo regulado en el Código civil, es el sistema de transmisión registral de titularidades inscritas.

En cierto sentido, puede calificarse de mercantil el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliaria inscritas porque, al igual que hace el Código de comercio cuando regula la adquisición de mercaderías en almacenes y tiendas abiertas al público, o lo que hace la Ley Cambiaria y del Cheque cuando regula el endoso de la letra de cambio o el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores con la adquisición de títulos representados por anotaciones en cuenta, la Ley Hipotecaria modifica el régimen civil de la transmisión de titularidades inmobiliarias a título oneroso para facilitar el tráfico jurídico, constituyendo, además, un acto objetivo de comercio, por lo que no es exigible la condición de comerciante en ninguno de los intervinientes en la transmisión de tales titularidades. Y, como sucede con la regulación de los actos objetivos de comercio, la misma no constituye una regulación especial sino, en este caso por el devenir de los acontecimientos, la regulación general.

Así es, si consideramos que la inmensa mayoría de la propiedad inmobiliaria en España es una propiedad inscrita, siendo la no inscrita meramente residual, inversamente a la situación existente en 1944-46. GÓMEZ GÁLLIGO⁸⁰², partiendo de este hecho, llega a afirmar: *“La explicación doctrinal que distingue entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita, carece hoy de justificación, primero porque el porcentaje de propiedad no inmatriculada es hoy escaso (lo que ya llevaría a considerar que en términos reales la aplicación de la legislación hipotecaria es la regla general) sino porque además la propiedad no inscrita puede llegar a ser adquirida e inscrita por un tercero que será protegido también frente al adquirente inicial no inscrito, de modo que*

⁸⁰² GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, nº. 784, pág. 969.

a este no le servirá de consuelo decir que en España rige la teoría del título y el modo porque no le protegerá frente a quien inmatricule, al menos una vez transcurridos los dos años de limitación de efectos que establece el artículo 207 de la Ley Hipotecaria para los supuestos de inmatriculación por doble título público.”

Por otro lado, no debe sorprender tal calificación si consideramos que la Ley Hipotecaria de 1861 forma parte de un programa profundamente reformista dirigido a liquidar las estructuras jurídico-privadas del Antiguo Régimen, una vez superado el absolutismo monárquico, y sustituirlas por las que exigía la liberalización del sistema económico, imprescindibles para la creación de una economía de mercado, denominada así porque el desarrollo de la especialización, junto con el incremento y expansión del crédito y de los intercambios exigen que se apliquen a los ciudadanos en general, y no solo a los comerciantes. reglas que anteriormente se aplicaban solo dentro de los mercados y/o entre comerciantes.

En este sentido, conviene recordar que, sendos reales decretos de 8 de agosto de 1855 crearon, uno de ellos, la Comisión de Reforma de las Leyes Mercantiles, y el otro ordenaba a la Comisión revisora del Proyecto de Código civil de 1851 la redacción urgente de una ley especial sobre hipotecas, con prioridad, incluso, sobre el propio Código civil, con las finalidades de *“creación de los Bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos reales en la cosa, para poner límites a la mala fe y para liberar al propietario del yugo de usureros despiadados”*. Ambas comisiones, estaban presididas por Pedro Gómez de la Serna y, además de él, dos de los vocales –Pascual Bayarri y Cirilo Amorós- formaban parte de ambas comisiones. Las respectivas comisiones debían remover los obstáculos que dificultaban el desarrollo del crédito, el comercial e industrial, la primera de ellas, y el destinado a la agricultura, la segunda.

Esta perspectiva no debe ser olvidada para poder interpretar adecuadamente la Ley Hipotecaria. La Ley quiere convertir a las fincas en mercancías que puedan circular con la misma facilidad con la circula una letra de cambio, como expuso el senador Arrazola, para, de este modo, servir de garantía crediticia y atraer así capitales para el desarrollo de la agricultura.

Quizás por no tener en cuenta suficientemente esta perspectiva, doctrina y jurisprudencia mayoritarias interpretan que, en, el sistema ordinario de transmisión, en general, y también, de bienes inmuebles, y, por lo tanto, también de los bienes inmuebles inscritos, es el contenido en artículo 609 del Código Civil y que, por lo tanto, los procesos transmisivos se consuman extraregistralmente. El Registro de la Propiedad se limita a darles publicidad, produciendo el efecto de inoponibilidad - artículos 606 Cc y 32 de la Ley Hipotecaria- , de presunción *iuris tantum* de titularidad y posesión en los términos que resultan del Registro -confer.: artículo 38 de la Ley Hipotecaria- y, en ciertos casos, de protección de ciertos adquirentes *a non domino* -confer.: artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico, sin que, por tanto, la Ley Hipotecaria modifique el sistema ordinario de transmisión del Código civil.

15.2. El sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias como un *continuum* en el que, a partir de un momento, la titularidad transmitida queda protegida con una regla de propiedad. En un sistema con un Registro de derechos ese momento es el de la inscripción dotada de fe pública registral

Sin embargo, de la exposición de las funciones y de los efectos de la fe pública registral resulta que ésta produce una abstracción *inter tertios* mediante la cual se fortalece la situación del adquirente –sin debilitar la del transmitente– y, por lo tanto, se favorece el tráfico jurídico inmobiliario. Ello implica, en relación a las titularidades inmobiliarias inscritas, una modificación del régimen de transmisión del Código civil. Se trata de un fenómeno paralelo al que tiene lugar en materia de cesión de créditos.⁸⁰³

Para aceptar esta concepción, resulta útil partir, como propone MATTEI⁸⁰⁴, de que:

⁸⁰³ DE DIOS MARTÍNEZ L.M, *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2003, pág. 147.

⁸⁰⁴ MATEI U., *La transmisión de la propiedad*, págs. 136-137, en la obra colectiva *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, de ORDUÑA MORENO F.J. (codir.), DE LA PUENTE ALFARO F. (codir.), MARTÍNEZ VELENCOSO L.M (coord.), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, págs. 136-137.

1.- A diferencia de lo que sucede con la transmisión mobiliaria *inter vivos*, el proceso transmisivo inmobiliario es un proceso complejo que forma un *continuum temporal* a lo largo del cual se van transmitiendo los diferentes atributos de la propiedad, al comprador o a otras personas, y

2.- A pesar de que suele tratarse de un proceso complejo y dilatado en el tiempo, los diferentes sistemas jurídicos determinan un momento en el cual la propiedad es transmitida.

¿Cuál es ese momento? Sin duda, aquel en el cual se adquiere una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, *in rem* o *erga omnes*. En una sociedad impersonal carente de un Registro de derechos, ese momento solo es accesible mediante usucapión y de ahí la especial importancia de la posesión en tales sistemas. Entre tanto, solo se tendrá una titularidad obligacional o privada pues nadie puede estar seguro de que no pueda aparecer alguien con un mejor derecho.

Por el contrario, en una sociedad con un Registro de derechos, si el transmitente es un titular registral, el adquirente adquiere *a domino*, pero solo si inscribe con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, su titularidad se hallará protegida por una regla de propiedad frente a actos dispositivos anteriores del titular registral: no en otro caso.

No se trata ahora de entrar en la polémica sobre el carácter constitutivo o declarativo de la inscripción en el sistema registral español⁸⁰⁵, una categorización, por

⁸⁰⁵ La distinción entre inscripciones constitutivas y declarativas ha sido y es perturbadora para la inteligencia del sistema registral. Se pone como ejemplo de inscripción constitutiva la *Eintragung* del Derecho alemán porque se exige como requisito para las transmisiones onerosas *inter vivos*. Pero eso no significa que el adquirente obligacional no tenga, entre tanto, ningún derecho. Significa tan solo que, mientras la inscripción no se produzca, su titularidad no queda protegida por una regla de propiedad. Si el adquirente incumple obligaciones derivadas del negocio causal cabe, incluso, una *condictio* recuperatoria de lo entregado mientras el bien se halle en poder del contratante adquirente, pero no si ha pasado a manos de un tercero protegido por la fe pública registral, salvo que se haya interpuesto una *Vormerkung* en el Registro. Como puede observarse, pese a las apariencias, el juego es muy similar al del sistema jurídico español. Si bien, conforme a los conceptos usuales, la opinión que estoy exponiendo permitiría calificar a la inscripción dotada de fe pública registral de constitutiva, pues es el momento en el que la titularidad queda protegida por una regla de propiedad, sin embargo, quizás sea preferible reservar esta expresión para aquellos supuestos en los que la fe pública registral no opera solo *inter tertios* sino también *inter partes*, como v.gr.: la hipoteca, o en los países con sistemas Torrens regidos por el principio de la *immediate*

lo demás, que ha contribuido sobremanera a la confusa inteligencia de los efectos de la inscripción en nuestro sistema y de su papel en el proceso transmisivo inmobiliario, los cuales se entienden mucho mejor partiendo de la visión diacrónica que propone MATTEI.

Así, el sistema transmisivo no exige la inscripción para adquirir una titularidad protegida *in personam* o por una regla de responsabilidad, pero sí la exige para adquirir una titularidad protegida *in rem* o por una regla de propiedad. No la exige explícitamente, pero es una consecuencia necesaria de (1) el carácter impersonal de las transacciones en una moderna economía de mercado de un amplio alcance geográfico –en el límite, global–, lo que imposibilita saber con certeza quién es el dueño; (2) la existencia, en ese contexto, de un Registro de derechos.

La única otra vía posible para adquirir una titularidad inmobiliaria protegida por una regla de propiedad es la usucapión. Por estas razones puede afirmarse que, en el ámbito inmobiliario, la inscripción dotada de fe pública registral tiene efectos constitutivos⁸⁰⁶, en el sentido de que protege la titularidad del adquirente mediante una regla de propiedad, excepto (1) en relación a los vicios derivados de su propio acto o negocio adquisitivo y (2) en relación a las excepciones a la fe pública registral establecidas legalmente.

Mientras el adquirente no obtenga una inscripción protegida por la fe pública registral, solo tiene un título privado y, por lo tanto, una titularidad negocial, es decir, también privada, aun cuando la transacción se haya documentado en escritura pública, pese al valor probatorio y pese al valor traditorio de la escritura pública “*si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”, según el último inciso del artículo 1462 del Código Civil, al que habría que añadir el requisito de que el *tradens* fuere dueño y tuviere poder de disposición, lo que no puede garantizar la escritura pública

indefeseability. Sobre la distinción entre inscripciones constitutivas y declarativas en el Registro de la Propiedad español, ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, TIII, ed. Bosch, Barcelona 1995, págs. 8-30. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.I, Editorial Civitas, Madrid, 1988, págs. 557-567, el cual introduce el concepto de inscripción conformadora, PAU PEDRÓN A., *Efectos de la inscripción en la constitución de derechos reales*, en *La publicidad registral*. ed. CORPME, 2001, págs. 363-393.

⁸⁰⁶ GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm.: 784, Marzo-Abril 2021, pág. 980, le asigna efectos cuasiconstitutivos.

Debe recordarse a este respecto que el valor probatorio de la escritura pública está regulado por el Código civil en los artículos 1216 a 1224, ubicados en el Capítulo que trata “*de la prueba de las obligaciones*”. Se trata de una función esencial porque es una prueba cualificada de la existencia y contenido del contrato que, en sistema del título y el modo, genera obligaciones, pero no transmite titularidades. Es, además, en los términos expuestos, equivalente a la *traditio*, pero, aún así, no puede probar su eficacia porque no permite saber quién es el dueño y si tiene capacidad de disposición. Precisamente por su valor probatorio y su equivalencia traditoria, la escritura pública se revela, por regla general, como el instrumento probatorio más adecuado para el procedimiento registral en el ámbito negocial privado.

15.3. El artículo 609 del Código Civil como sistema básico de transmisión completado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la propiedad inscrita

Para una adecuada comprensión de este *iter* transmisivo diacrónico me parece especialmente útil partir del planteamiento formulado por MIQUEL GONZALEZ⁸⁰⁷, conforme al cual, en materia de transmisión inmobiliaria, es necesario distinguir dos planos:

1.- Un primer plano en el que hay unas reglas básicas con arreglo a las cuales se adquiere la propiedad –esencialmente y con reservas el artículo 609 del Código civil– y

2.- Un segundo plano en el que existen reglas derivadas de la intervención del Registro de la Propiedad, en el que las primeras son completadas, suplidas o corregidas.

Partiendo de este planteamiento, prescindiendo de matizaciones y excepciones, en general, puede afirmarse que, en un primer plano, la regla básica de nuestro sistema de transmisión inmobiliaria es la del artículo 609 del Código civil, que recoge la teoría título

⁸⁰⁷ MIQUEL GONZÁLEZ J.M., *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 1, 1998, pág. 45.

y el modo –“... *ciertos contratos seguidos de la tradición*”–, completado por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal.

No obstante, en un segundo plano, en materia inmobiliaria, el artículo 608 del Código civil nos dice que para determinar los *efectos de las inscripciones* y el *valor de los asientos registrales* se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, en la cual se halla, entre otros muchos, el artículo 34, una de esas reglas que, según MIQUEL GONZALEZ, completan, suplen o corrigen las reglas del Código Civil en materia de transmisión inmobiliaria. Como afirma GÓMEZ GÁLLIGO “*la teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales recogida en nuestro Código civil (artículos 609 y 1095 del Código Civil) fue plenamente modalizada por la legislación hipotecaria.*” 808

A mayor abundamiento, el artículo 1537 del Código civil, en sede de compraventa, dispone: “*Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria*”.

Ello exige una interpretación integradora de ambos cuerpos legales, lo que no resulta fácil, pues mientras el Código civil responde a una concepción propia de una sociedad predominantemente agraria, con transmisiones inmobiliarias escasas y predominantemente entre conocidos, la Ley Hipotecaria –ya desde su primera versión en 1861– trata de responder a las necesidades de una sociedad progresivamente liberada de los yugos feudales y que quiere convertir la tierra en instrumento de garantía crediticia en una sociedad que se prevé crecientemente impersonal. Por ello, el Código civil se ocupa, predominantemente, de las relaciones *inter partes*, mientras que la Ley Hipotecaria se ocupa, predominantemente, de las relaciones *inter tertios*, como toda disciplina jurídica dirigida a dotar de seguridad al tráfico jurídico.

Así, conforme al Código civil, cuando alguien desea adquirir una propiedad no inscrita, basta con identificar al propietario, que éste tenga capacidad civil y poder de disposición y, por último, perfeccionar el correspondiente contrato de finalidad traslativa seguido de la *traditio*. Este proceso convierte al adquirente en dueño, a condición de que lo sea su transmitente. La preocupación fundamental del Código civil no es la de cómo

808 GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, pág. 969.

identificar al propietario o titular del poder de disposición sino la de, supuesta su identificación, definir los mecanismos de transmisión.⁸⁰⁹

Ello es lógico en una sociedad en la que la identificación del propietario puede no ofrecer demasiadas dificultades, como es una sociedad agraria basada en una economía de subsistencia, con transacciones escasas y, mayoritariamente, entre amigos y conocidos. Sin embargo, es una dificultad insuperable en una economía de mercado caracterizada por la contratación impersonal. Y ello dificulta la contratación y disminuye el valor de las titularidades inmobiliarias, ya que si se adquiere de quien no es el titular del *ius disponendi*, este puede ejercitar una acción reivindicatoria. Para solventar este problema, entre otros, surge el Registro de derechos. Esta es la razón por la cual el Código civil remite a la Ley Hipotecaria. Esta permite la identificación del titular del *ius disponendi* mediante la fe pública registral, la cual exige añadir nuevos requisitos al sistema transmisivo del artículo 609 del Código civil – evitando así la necesidad de realizar investigaciones retrospectivas siempre inseguras-, lo que implica la modificación del mismo, como argumento a continuación⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Ello no quiere decir que el Código civil no sea consciente de las dificultades de identificación del *verus dominus*, equivalente a dueño negocial, en el contexto de este. Por ello, para proteger al *verus dominus*, articula la acción reivindicatoria –artículo 348 II del Código civil– y, para proteger al comprador, el saneamiento por evicción –artículos 1475 a 1483 del Código civil–, tal y como hacían las fuentes romanas. Simplemente, en una sociedad agraria, de transacciones escasas, este no es un asunto crítico, como sí lo es, sin embargo, en una sociedad impersonal. El hecho de que el Código Civil remita a la Ley Hipotecaria para resolver este asunto en el ámbito inmobiliario, indica, por sí mismo, la trascendencia del problema en una sociedad con intercambios impersonales crecientes

⁸¹⁰ La Ley Hipotecaria regula las circunstancias que deben hacerse constar en la inscripción y, entre ellas, las circunstancias personales tanto del transmitente como del adquirente, en el artículo 9, letas e y f, disponiendo lo siguiente:

“El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

e) La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando este sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones. Los bienes inmuebles y derechos reales de las uniones temporales de empresas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que se acredite, conforme al artículo 3, la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, practicándose la inscripción a favor de los socios o miembros que las integran con sujeción al régimen de administración y disposición antes referido. También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

En cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio, dirección electrónica a efectos de recibir comunicaciones y notificaciones electrónicas y telemáticas relativas al derecho inscrito. Las comunicaciones a través de medios electrónicos y telemáticos serán válidas siempre que exista constancia

Así, la Ley Hipotecaria suministra el titular del *ius disponendi*. Para adquirir del mismo, debe realizarse el mismo procedimiento regulado por el artículo 609 del Código Civil, esto es, un contrato de finalidad traslativa con el titular registral seguido de tradición. A diferencia de lo que sucede en una sociedad impersonal sin Registro de derechos, el adquirente puede estar seguro de que ha adquirido del *verus dominus*, entendiendo por tal, el titular reconocido por el Estado a través de la inscripción, mediante la simple consulta de los asientos registrales. ⁸¹¹

de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y se identifique de forma auténtica o fehaciente al remitente y al destinatario de las mismas.

f) La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

Esta norma viene desarrollada por el artículo 51. 9ª del Reglamento Hipotecario, según el cual:

“La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquélla de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas:

a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar al acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

b) Si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

c) Se expresarán también, en su caso, las circunstancias de la representación legal o voluntaria, las personales que identifiquen al representante, el poder o nombramiento que confieran la representación y, cuando proceda, su inscripción en el Registro correspondiente.

d) Cuando las circunstancias de la persona constaren en otro asiento del mismo folio registral, podrá consignarse en el nuevo asiento sólo el nombre y apellidos si se trata de persona física o la clase y denominación si es persona jurídica y, en uno y otro caso, la referencia, para las demás circunstancias, al asiento anterior, expresando las variaciones que resulten de los documentos presentados.

e) En cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar las circunstancias de un domicilio a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito.”

Conviene recordar que, conforme al artículo 30 de la Ley Hipotecaria:

“Las inscripciones de los títulos expresados en los artículos 2.º y 4.º, serán nulas si en ellas se omite o se expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9.º, sin perjuicio de lo establecido en esta Ley sobre rectificación de errores.”

⁸¹¹ El derecho a conocer el contenido de la inscripción viene reconocido en el artículo 607 del Código civil así como en los artículos 221 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Dicho derecho se lleva efecto mediante la denominada publicidad formal del Registro, la cual, según ROJO IGLESIAS E., “Principios rectores de la publicidad formal”, en DOMÍNGUEZ LUELMO A., *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, ed. Aranzadi, págs.1960-1963, se rige por seis principios: 1.- Principio de publicidad jurídica, 2.- Principio de publicidad directa, 3.- Principio de interés conocido, 4.- Principio de interés profesional, 5.- Principio de claridad y sencillez de la publicidad formal y 6.- Principio de respeto a la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Merece destacarse que la publicidad formal del Registro debe cohererse con la legislación de protección de datos, a cuyos efectos hay que tener en cuenta, principalmente, (1) el Reglamento (UE) 2016/670 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la

A continuación, el adquirente puede inscribir o no, pero, si no lo hace, se encuentra en una situación similar –aunque de signo inverso– a aquella en la que se encontraría un adquirente en una sociedad sin Registro: mientras este corre el riesgo de que aparezca alguien con un *maius ius*, y reivindique su propiedad, el adquirente en una sociedad con un Registro de derechos corre el riesgo de que el titular registral disponga de su derecho a favor de un tercero que inscriba su adquisición. Pero, a diferencia del adquirente en una sociedad sin Registro, puede evitar dicho riesgo fácilmente: inscribiendo su adquisición.

Este riesgo existe –y esta es una cuestión esencial– porque, como argumentaré, mientras en relación con la propiedad no inscrita, la *traditio* extingue el *ius disponendi* del *tradens*, sin embargo, tratándose de propiedad inscrita, no es la *traditio* sino la inscripción la que extingue el *ius disponendi* del titular registral.

En mi opinión, lo expuesto revela que, en efecto, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica una modificación del sistema transmisivo del Código civil, si bien solamente en relación a la propiedad inscrita y para el caso de que se desee una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, reconocida y protegida por el Estado con eficacia *in rem* o *erga omnes*.

Ello da lugar a un sistema transmisivo modificado o, en rigor, nuevo en materia de propiedad inscrita, que podemos denominar *sistema de transmisión tabular o registral* –al igual que en materia de transmisión de créditos cambiarios hablamos de transmisión o circulación cambiaria o endoso, en lugar de cesión de créditos, porque, como

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; (2) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, (3), La normativa hipotecaria, especialmente artículo 222 de la Ley Hipotecaria, así como (4) diversas instrucciones y Resoluciones-Circulares de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública, anteriormente Dirección General de los Registros y del Notariado, entre las que cabe destacar: a.- La Resolución-Circular de 8 de abril de 1983;b,. La Resolución-Circular de 12 de junio de 1985 sobre publicidad en los Registros de la Propiedad y Mercantiles;c.-Instrucción de 5 de febrero de 1987 sobre publicidad en los Registros de la Propiedad;d.-Instrucción de 17 de febrero de 1998 sobre principios generales de publicidad formal y actuación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en caso de petición en masa;e.-Instrucción de 10 de abril de 2000, sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico. Véase PERNAS RODRÍGUEZ P., “Las nuevas orientaciones de la publicidad registral: de la publicidad electrónica a la publicidad estructurada”, en *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. II. DEL REY BARBA S y ESPEJO LERDO DE TEJADA M. (Dir.), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 2627-2636.

consecuencia de la incorporación del derecho a la letra de cambio, el régimen de la cesión de créditos del Código civil –artículos. 1526 a 1536 del citado Código–. queda sustituido por el de circulación de la letra regulado por la Ley Cambiaria y del Cheque, de donde derivan los efectos *inter tertios* que produce la citada incorporación, semejantes a los derivados del artículo 34 de la Ley Hipotecaria –artículos 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque–.

15.4. La transmisión registral: una intervención directa -normativa e institucional- del Estado en el sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias

Solo el Estado puede conferir títulos y, en consecuencia, reconocer titularidades *erga omnes*. Para ello es necesario que intervenga de forma directa en el procedimiento transmisivo, pues mientras éste se base en la sola intervención de los particulares sólo son posibles títulos y, por tanto, titularidades, negociales, es decir, privadas.

El sistema de transmisión registral lo introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código Civil⁸¹², pero le exige tres requisitos complementarios:

1.- El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.

2.- Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral.

3.- Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

En Derecho alemán, el requisito de la adquisición del titular registral deriva de los párrafos 873 y 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, el primero referente a la necesidad de inscripción o *Eintragung* para que se produzca la adquisición y el segundo referente a la *Gutgläubenswirkung*, que engloba tanto la presunción de exactitud como la fe pública registral. Probablemente por ello, JERÓNIMO GONZÁLEZ, se refiere en este sentido incluyente de ambos principios al principio de publicidad: “Desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la fides pública”⁸¹³.

El requisito de la onerosidad no se exige de una forma expresa sino que deriva de que, conforme al párrafo 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, la acción de enriquecimiento injusto puede alcanzar a los adquirentes a título gratuito. Finalmente, el párrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, a diferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no exige que el adquirente inscriba su adquisición para que tenga lugar la *Gutgläubenswirkung* o fe pública registral. Ello puede explicarse por el hecho de que en dicho sistema la inscripción es explícitamente constitutiva *inter contrahentes* conforme al párrafo 873 del *Bürgerliches Gesetzbuch* ⁸¹⁴, por lo que no es necesario volver a exigirla para que opere la *Gutgläubenswirkung*. En el sistema del Código civil –artículos 609 y 1095 del Código civil–, sin embargo, la inscripción no es explícitamente constitutiva y por ello el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se ve obligado a exigirla, lo que revela el alcance real de la inscripción en el sistema registral español., simiñar al alcance de la inscripción en el sistema alemán.

Los requisitos de onerosidad y buena fe, entendida como ignorancia de la inexactitud registral, se deben a que la fe pública registral solo opera en relación a los denominados actos de mercado, en los que ambos requisitos deben estar presentes. El primero se basa en la aplicación del principio *qui certat de damno evitando anteponendus est qui certat de lucro captando*, como expresa la exposición de motivos de la Ley

⁸¹³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ J., *El principio de publicidad*, RCDI, núm. 14, 1926., pág. 91.

⁸¹⁴ Sin embargo, no lo es en todos los casos, lo que plantea la cuestión de si, para que opere la fe pública registral, en los casos en los que la inscripción no se requiere como parte del proceso adquisitivo, se requiere que el adquirente inscriba. La respuesta parece que debe ser negativa dado que el sistema transmisivo parte del principio de abstracción.

Hipotecaria de 1944. El segundo se basa en que cabe que en el Registro de la Propiedad haya inexactitudes que, de ser conocidas por el tercero, no debe poder beneficiarse de dicho conocimiento, ni siquiera en perjuicio de un adquirente anterior meramente negocial. Cuestión distinta es cuáles son esas inexactitudes. Abordaré esta cuestión posteriormente.

¿Por qué se exigen los otros dos requisitos? Tales requisitos adicionales, el primero y el tercero de los enumerados anteriormente, son los que implican la *publicación* del sistema transmisivo tabular. La razón de su exigencia hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos o de tráfico como el español.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

La inscripción dotada de fe pública registral es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus* reconocido como tal por el Estado mediante una inscripción dotada de fe pública registral, pues el adquirente negocial no inscrito es sólo eso, un adquirente meramente negocial o privado.

Todo ello justifica la exigencia de que quien pretenda adquirir un bien inmueble beneficiándose de la inversión de las reglas de protección, haya de adquirirlo de un *titular registral*, es decir, de un *titular reconocido por el Estado como tal*.

¿Debería bastar con ello? No y por ello se requiere, además, que inscriba su adquisición, es decir, que solicite que el Estado le reconozca explícitamente como dueño. ¿A qué se debe este requisito? Se debe a varias razones.

En primer lugar, se debe a que mientras un adquirente negocial no obtenga una declaración por parte del Estado de que lo reconoce como dueño, no es propiamente tal, pues lo único que puede exhibir son las razones –documento de haber adquirido de un

titular registral⁸¹⁵– por las cuales cree que, en el caso de que se plantee un conflicto, el Estado le hará prevalecer. Es decir, únicamente puede exhibir los argumentos por los cuales cree ser propietario.

En segundo lugar, se debe a que mientras no inscriba, su transmitente, –esto es, el titular registral– sigue siendo el titular reconocido por el Estado *erga omnes* o, si se prefiere, frente a todos, excepto frente al adquirente no inscrito, en relación al cual puede afirmarse que, sin embargo, conserva su *ius disponendi*, mientras dicho adquirente no inscriba su adquisición, por lo que su titularidad queda protegida tan solo por una regla de responsabilidad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral a favor de otro adquirente a título oneroso y de buena fe, entendida como ignorancia de la inexactitud registral, que inscriba su derecho.

Puede afirmarse, por ello, que la situación del adquirente negocial de un titular registral que no inscribe su adquisición, sería semejante a la del adquirente negocial de propiedad no inscrita pendiente de *traditio*: no es aún un propietario, sino solo un acreedor. En caso de propiedad no inscrita su conversión en propietario depende de que el deudor, esto es, el *tradens*, cumpla con su obligación de entrega, a condición de que tenga el poder de disposición. En el caso de la propiedad inscrita, depende solo de la voluntad del *accipiens*, esto es, de que inscriba su adquisición, lo cual plantea la interesante cuestión de si en materia de propiedad inscrita la tradición sustituye a la inscripción, asunto que trataré más adelante.

Ello es así porque si el Estado protegiese al adquirente negocial no inscrito con una regla de propiedad frente a los actos de tráfico realizados por el titular registral del que adquirió, entonces estaría desautorizando sus propias declaraciones de reconocimiento de titularidad –inscripciones– y, en consecuencia, se volverían a generalizar las asimetrías informativas preexistentes, y, por lo tanto, las incertidumbres, para cuya eliminación surgió precisamente el moderno sistema inmobiliario registral, lo que pondría en riesgo tanto la seguridad de los propietarios como el comercio jurídico.

⁸¹⁵ Dicho documento no acredita, por ejemplo, que el titular registral no haya dispuesto previa o posteriormente.

Como afirma MATTEI⁸¹⁶, las normas más eficientes son aquellas que no separan los costes y los beneficios de ser propietarios, tratando de mantenerlos en manos del mismo individuo. En la práctica, dado que el título de propiedad viene asociado a la responsabilidad, debemos preferir aquellas reglas que se aproximan al ideal de propietario que es autónomo en la toma de decisiones y que, en contrapartida, es responsable de las consecuencias de su decisión⁸¹⁷. Esta es la única manera de evitar fomentar actuaciones oportunistas en el curso del proceso transmisivo

Por ello, si un adquirente se ha beneficiado de los costes asumidos por su transmitente de inscribir, en su momento, la titularidad que ahora transmite, en ese caso, si adquiere de dicho titular y decide no inscribir, debe también asumir los costes de dicha decisión, como consecuencia de la vigencia de la inscripción a favor de su transmitente, que sigue siendo titular registral, lo que mantiene titularidad del adquirente como meramente negocial.

En esta misma línea puede afirmarse que es eficiente que venza el segundo adquirente que decidió inscribir porque los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso –*cheapest cost avoider*⁸¹⁸– evitarlos y ese es el primer adquirente.

⁸¹⁶ MATTEI U. *La transmisión de la propiedad*, en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, ORDUÑA MORENO F.J. DE LA PUENTE ALFARO, F. (codir.) y MARTÍNEZ VELENCOSO L M. (Coord). ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009., págs. 128-129

⁸¹⁷ MATTEI U. *La transmisión de la propiedad*, en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, ORDUÑA MORENO F.J. DE LA PUENTE ALFARO, F. (codir.) y MARTÍNEZ VELENCOSO L M. (Coord). ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2009, pág.130

⁸¹⁸ SCHÄFER H.B y OTT C. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, págs.: 332-333. ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág.49. CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996. CUENA CASAS M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la venta de cosa ajena llevada a cabo por el titular registral”, en Yzquierdo Tolsada M (Dir.), *Comentarios a la unificación de doctrina civil y mercantil (2005-2007)*, ED.: Dykinson, Madrid, págs. 351-380. CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI. Núm. 722, págs. 2909-2948.

15.4.1. En el sistema de transmisión registral el *ius disponendi* no se extingue con la *traditio* sino con la inscripción, dotada de fe pública registral, a favor del adquirente. Referencia al tratamiento de la cuestión en el *Bürgerliches Gesetzbuch*

Sostiene acertadamente BADOSA COLL⁸¹⁹ que la facultad de disposición que forma parte del poder de disposición es inherente a la titularidad -o relación de pertenencia- del derecho del cual se dispone.

En el sistema del Código civil español no es el contrato –que se mueve en la esfera obligacional– sino la *traditio* –que se mueve en la esfera real– la que transfiere el poder de disposición al adquirente, al menos –y esto es clave– en relación a la propiedad no inscrita mientras no se inscriba pues, en relación a ella, no opera la Ley Hipotecaria sino solo el Código civil.

De acuerdo con ello, conforme a la concepción reinante, cuando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria protege a un segundo adquirente de un titular registral que, a su vez, inscribió, en perjuicio del primero, que no inscribió, la explicación general es que está protegiendo a un adquirente *a non domino*, por la sencilla razón de que, conforme a las reglas básicas de los artículos 609 y 1095 del Código Civil, con la *traditio* –no antes ni después– se produce la pérdida del poder de disposición del *tradens* y su transferencia al *accipiens*, lo que tuvo lugar en el primer contrato de finalidad traslativa seguido de la *traditio*. Esta sería, además, la función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria dentro del sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias.

Conforme a la perspectiva ofrecida por MIQUEL GONZALEZ, GÓMEZ GÁLLIGO y MATTEI, cabe, sin embargo, otra explicación, a mi juicio, más consistente y más integradora, realizando una interpretación del Código civil desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria.

⁸¹⁹ BADOSA COLL F., “El poder de disposició en el dret civil català. La constitució y la transmissió negocias dels drets reals”, en BADOSA COLL F, GETE-ALONSO CALERA M.C (Dir.), GINEBRA MOLINS M.E, NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. Colegio Notarial de Catalunya y Marcial Pons. 2009.

En efecto, -conforme a las reglas básicas del Código civil –artículos 609 y 1095– el *ius disponendi* y, por lo tanto, la *titularidad*, del *dominus* no se extingue por el contrato sino que requiere, además, la *traditio*, pues el contrato solo genera obligaciones, pero no convierte en propietario al contratante adquirente.

Cabe, por lo tanto, la posibilidad de que el contratante transmitente, antes de realizar la *traditio*, celebre un segundo contrato de finalidad traslativa con un segundo sujeto y, además, se realice la *traditio*. En este caso, en relación al segundo contratante, el transmitente no está transmitiendo una cosa ajena sino una cosa propia, pues no hubo *traditio* tras el primer contrato, por lo que ha conservado el *ius disponendi*. En relación al primer contratante, ha incumplido con su obligación de realizar el acto traditorio, por lo que este es un adquirente meramente obligacional y, en consecuencia, su titularidad es meramente obligacional y, por lo tanto, protegida por una regla de responsabilidad, por lo que cede ante una titularidad de mejor derecho, como la del segundo contratante, al haberse consumado la *traditio*.

En este caso, al titular meramente obligacional no se le califica de *verus dominus*, ni siquiera de titular, cuando, sin embargo, es un titular obligacional porque tiene un derecho de crédito consistente en que tenga lugar la *traditio* y, mediante ella, convertirse en propietario civil. En estos casos, nos encontramos ante un conflicto de adquisiciones regulado por el artículo 1473 del Código civil.⁸²⁰

⁸²⁰ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 es pertinente destacar, en este punto, que, a partir de 1989, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que el artículo 1473 del Código civil solo se refiere a los supuestos de doble venta, excluyendo los supuestos de venta de cosa ajena, válida en nuestro derecho al seguirse un sistema transmisivo que la permite, a diferencia del sistema francés de *solo consensu*. A diferencia de la venta de cosa ajena, la doble venta se caracteriza porque, en ella, el primer adquirente no ha consumado su adquisición mediante la *traditio*, por lo que la cosa aún no le pertenece –no es propietario– sino que se le debe –es acreedor–, y, por lo tanto, tiene una titularidad meramente negocial u obligacional, protegida tan solo mediante una regla de responsabilidad. Ello es así porque al no haber tenido lugar la *traditio*, el *tradens* sigue conservando el *ius disponendi*. A esta sentencia corresponde el mérito de señalar que el artículo 1473 del Código civil incluye ambos supuestos, el de doble venta y el de venta de cosa ajena. Como afirma GORDILLO CAÑAS A. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007*, en CCJC, núm.75, 2008, pág. 1441.: “La doble venta lleva, en efecto, a la venta de cosa ajena aunque no toda venta de cosa ajena se produce por efecto de la doble venta, su tratamiento es el correspondiente a esta específica hipótesis”.

En todo caso, interesa destacar en este momento que, en materia de propiedad no inscrita el *ius disponendi* no se transfiere con el contrato de finalidad traslativa sino con la *traditio*.

¿Sucedre lo mismo en el ámbito de la propiedad inscrita? En mi opinión, no. El sistema transmisivo de la propiedad inscrita no es el mismo que el de la no inscrita aunque esté construido sobre este último, por lo que puede sostenerse que en el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, instrumentado en el ámbito inmobiliario por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para que se transfiera el *ius disponendi* con efectos *in rem* y, por lo tanto, la titularidad *in rem* -en rigor, la titularidad- se requiere, además de la *traditio*, la inscripción a favor del adquirente.

De este modo, la situación del adquirente negocial de propiedad inscrita que no inscribe, sería semejante, en relación a un segundo adquirente que sí inscribe, a la del adquirente negocial de propiedad no inscrita pendiente de *traditio*, regulada por el artículo 1473 del Código Civil, y, por lo tanto, más bien a la de un acreedor que a la de un propietario -artículo 1095 del Código civil-. La razón es clara: hasta que no se produce la inscripción dotada de fe pública registral, no hay reconocimiento por parte del Estado -único a quien compete hacerlo- de la titularidad negocialmente adquirida ni protección de la misma mediante una regla de propiedad, lo que constituye una de las funciones básicas del sistema de transmisión registral, al que me he referido anteriormente.

Dado que el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico implica la pérdida de la acción reivindicatoria ilimitada para el propietario, la pérdida de tal facultad debe ser compensada introduciendo un mecanismo que asegure al propietario que nadie podrá disponer del derecho sin su consentimiento. Solamente de ese modo, los propietarios podrán aceptar tal trueque, es decir, la inversión de las reglas de protección de su derecho que implica la introducción del Derecho de la seguridad del tráfico en el ámbito inmobiliario, lo cual tiene el efecto adicional e imprescindible en una sociedad impersonal, de eliminar las asimetrías informativas entre los contratantes.

Para ello, el Estado introduce una regla característica del Registro de derechos: la *exigencia de tracto sucesivo* -: artículo 20 de la Ley Hipotecaria-, la cual determina el cierre del Registro para los actos dispositivos realizados por (1) un titular registral sin

facultades para disponer, (2) por un representante del titular registral sin facultades suficientes y (3) por persona distinta del titular registral sin estar legitimada para ello *ex lege*, atribuyendo al propio Registro la competencia para supervisar que tal regla es cumplida, lo que es de todo punto lógico, pues el Registro de derechos es el instrumento que vertebra el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, lo que implica la competencia para denegar las pretensiones de inscripción de derechos adquiridos negocialmente contraviniéndola.

De este modo, como afirma GARCÍA GARCÍA⁸²¹, el titular registral tendrá la seguridad de que no se producirá ninguna modificación del derecho sin su consentimiento, o, como afirmaba JERONIMO GONZALEZ⁸²², una de las finalidades del tracto sucesivo es la de proteger al titular inscrito contra los actos de personas extrañas.

Ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1882 destacó este fundamento del tracto sucesivo al decir que *«la rigurosa sucesión y encadenamiento que el tracto sucesivo implica, no solo es para dar la publicidad debida a tales actos, sino además, para impedir que el que no es dueño o no resulte serlo de una cosa disponga de ella en perjuicio del que la tiene inscrita a su favor»*.

⁸²¹ GARCÍA GARCÍA J. M., pone de manifiesto que el tracto sucesivo es un mecanismo del Derecho Inmobiliario no ya sólo para la protección de la seguridad del tráfico, sino también para la protección del derecho subjetivo. Es decir, en este principio hipotecario de tracto sucesivo, se aúnan tanto la seguridad del tráfico, o *seguridad dinámica*, que es la finalidad esencial de la legislación inmobiliaria, como la *seguridad estática* o seguridad de los derechos, pues acogiendo a la publicidad registral, el titular registral del derecho tendrá la seguridad de que *«ninguna modificación de su derecho se producirá sin consentimiento del mismo»*, en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 1242.

⁸²² Afirma JERÓNIMO GONZÁLEZ que el requisito del tracto sucesivo tiene la doble finalidad de proteger al titular inscrito contra los actos de personas extrañas y de facilitar al Registrador de la prueba de los derechos, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, T. I., ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 518.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reformó el Código Penal, modificó el artículo 20 de la Ley Hipotecaria para facilitar el embargo de bienes inscritos a nombre de personas interpuestas o testaferros, de manera que el tracto sucesivo no fuera impedimento para la traba de bienes procedentes del delito. Por eso, se introdujo un nuevo párrafo final que, tras recoger la regla general de que no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento, exceptúa los procedimientos criminales, en los que podrá tomarse anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.

En el sistema registral español, tal regla aparece formulada en los dos primeros párrafos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor:

«Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado, el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.»

Lo cual significa que en el acto o negocio de finalidad traslativa –en general, dispositiva– del dominio debe figurar como parte disponente del de recho inscrito el titular registral, tanto si interviene personalmente –«*el derecho de la persona que otorgue*», dice el párrafo primero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria–, como si interviene a través de apoderado –«*o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos*», continúa el citado párrafo primero–.

Complementa tal regla la de prioridad en su aspecto de cierre registral, recogida por el artículo 17 párrafo primero de la Ley Hipotecaria, según el cual: *«Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.»*

Completando este precepto, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige, para que el adquirente quede protegido por la **fe pública registral**, entre otras circunstancias, que quien pretenda la inscripción a su favor, haya adquirido de *«persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir»*, exigencia ésta que, sin embargo, no es únicamente para que el adquirente quede protegido por la fe pública registral, sino que es un presupuesto para que se puede practicar una inscripción de un *ius in rem* adquirido negocialmente.

En este aspecto, resulta de una meridiana claridad la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 1935, según la cual *«nuestra Ley Hipotecaria, en su artículo 20, reconoce el principio del tracto sucesivo para lograr,*

*con la historia de las fincas, que las transferencias y actos de constitución y extinción de derechos reales se fundamenten en el consentimiento del titular inscrito o en una sucesión del mismo conforme a la Ley, exigiendo el precepto legal expresado que ha de constar «previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen», con lo cual se declara el **poder de disposición a favor del dueño con el alcance y extensión que aparezcan en el Registro**». Dicha Resolución debe ser completada por la de 12 de diciembre del mismo año, según la cual: «el artículo 20 de la Ley Hipotecaria fundamental en nuestro sistema tiende a poner de relieve con claridad el **verdadero titular** y a establecer la historia jurídica de las fincas, declarando el poder de disposición con el alcance y extensión que aparezcan en el Registro».*

Por todo ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2013 afirma: *“La fundamental función calificadora del Registrador, está sujeta al artículo 20 de la Ley Hipotecaria que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (artículo 20, párrafo séptimo)”*.⁸²³

⁸²³ El tracto sucesivo y la protección del titular inscrito se hallan estrechamente relacionados, además, con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución. La Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española) y al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española) de la demandante, titular registral, en los siguientes términos:

“(…) el reconocimiento de circunstancias favorables a la acusación particular (...) no puede deparar efectos inaudita parte respecto de quien, ostentando un título inscrito, no dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa penal, por más que el disponente registral pudiera serlo o no en una realidad extra registral que a aquél le era desconocida. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios»”

Así, en materia de propiedad inscrita, una vez que han tenido lugar el contrato y la *traditio*, la extinción del poder de disposición del *tradens* y su traslado *al accipiens* dependen, exclusivamente, de la voluntad de éste, es decir, de que decida inscribir o no y, si opta por lo primero, de que el Registro acepte o no su pretensión. En caso afirmativo, si la inscripción reúne los requisitos necesarios para quedar protegida por la fe pública registral, entonces la titularidad queda protegida por una regla de propiedad, pero no en otro caso.

Ahora bien, una vez que ha tenido lugar la *traditio*, incluso antes, cuando se ha perfeccionado el contrato de finalidad traslativa, pesa sobre el titular registral, pese a conservar el *ius disponendi*, la *obligación de no disponer*, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código civil, y eventualmente, por las correspondientes normas penales - artículo 248 del Código Penal-, las cuales, si bien pueden castigar a quien ha vuelto a disponer, -vgr.: en caso de estafa-, sin embargo, protegen al tercero cuando “*haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*” –artículo 111 del Código Penal–.

El titular registral que ha dispuesto de su derecho a favor de B solo puede volver a disponer violando la obligación de no disponer mientras sea titular registral, esto es, mientras B no inscriba. Si B inscribe, imposibilita dicho incumplimiento. Mientras B no inscriba su adquisición, si el titular registral vuelve a disponer, dispone de una cosa propia, no de una cosa ajena, por lo que estaríamos ante un supuesto de doble venta, no de venta de cosa ajena.

Si no inscribe y el titular registral vuelve a disponer a favor de C, el cual inscribe, entonces éste:

1.- Adquiere *a domino*, porque adquirió de quien seguía siendo el titular reconocido por el Estado, cuyo *ius disponendi* no se extinguió porque B prefirió no solicitar la inscripción de su adquisición.

2.- Como consecuencia, en el conflicto entre B y C, vence este último porque el primero es un titular meramente contractual, esto es, con una titularidad *in personam* o

protegida solo mediante una regla de responsabilidad, mientras que C tiene una titularidad *in rem*, o protegida mediante una regla de propiedad, y, por definición, dicha titularidad no puede ser alterada por un sujeto privado sin consentimiento del titular.

3.- Es eficiente que venza C porque los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso –*cheapest cost avoider*⁹⁷– evitarlos y, con ello, evitar la producción del daño, por lo que es eficiente que, en el conflicto entre ambos adquirentes, el negocial que no inscribe y el que sí inscribe, el derecho del primero quede protegido por una regla de responsabilidad frente al segundo –además de por la acción indemnizatoria y, eventualmente, la acción penal contra su transmitente– y el del segundo por una regla de propiedad frente al primero.

4.- La seguridad del tráfico jurídico exige que los costes y beneficios de una acción deben atribuirse siempre a su autor. Del mismo modo que el adquirente cuando inscribe se beneficia de la inscripción, cuando no inscribe debe asumir las consecuencias negativas.

La mayor parte de los autores, sin embargo, considera que la solución legal al supuesto de hecho descrito se basa en una *legitimación extraordinaria* –también denominada *registraral*–, esto es, en una legitimación que confiere la ley al *titular registraral* por el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley –artículo 38 de la Ley Hipotecaria– asigna al asiento ⁸²⁴. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que, “*desde el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registraral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registraral tenga la facultad de disponer –que solo corresponde al verdadero dueño–. (...) La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente –y sus causahabientes– es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del Registro, sino también de la buena fe del adquirente*”. ⁸²⁵

⁸²⁴ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registraral o Hipotecario* T. I, ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 274– el cual cita a LADARIA CALDENTEY J, *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona 1952, págs. 39 ss.

⁸²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. pág. 546.

En mi opinión, no es necesario recurrir a una supuesta “*legitimación extraordinaria*” ni a ningún supuesto “*excepcional*” de eficacia de los actos nulos para explicar que prevalezca el segundo adquirente de un titular registral que, a su vez, inscribe: el primer adquirente es, por elección propia, un titular meramente negocial, puesto que decidió no inscribir, con todo lo que ello implica: como consecuencia, su transmitente – el titular registral– no perdió el *ius disponendi* cuando realizó un acto o negocio de finalidad traslativa seguido de *traditio*, sino que solo asumió la obligación de no disponer, cuyo incumplimiento puede ser sancionado civil y aún penalmente, pero en el primer caso, solo por vulneración de una titularidad protegida por una regla de responsabilidad. La posición de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS solo sería consistente si la titularidad del primer adquirente hubiera estado protegida por una regla de propiedad, pero no es así.

Las cosas se desenvuelven de un modo muy parecido en el Derecho alemán. En efecto, establece el parágrafo 873 del *Bürgerliches Gesetzbuch* en su párrafo segundo que “*antes de la inscripción 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 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 Grundbuchordnung– Ordenanza Inmobiliaria–*”. Como expone WOLFF⁸²⁶ “*estar vinculado no significa estar obligado, ni tampoco tener limitado el derecho de disposición sino que quiere decir no poder revocar.*”

La revocación hecha unilateralmente por una persona vinculada por su declaración no sería meramente ilícita, sino ineficaz. Si el acuerdo vincula al enajenante, éste queda incapacitado para revocar, pero sigue siendo titular del derecho real, y, por consiguiente, puede enajenarlo a un tercero. Su adversario no podrá apoyarse en el acuerdo vinculante para pretender una indemnización, sino que tan sólo podrá invocar a tal efecto la relación causal, de manera que su situación no será mucho mejor que antes del acuerdo vinculante.

⁸²⁶ WOLFF M. Derecho de cosas, en *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS, L., KIPP TH., y WOLFF M.T. III.1º, traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer, ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 190.

De modo que si el acuerdo no adopta alguna de las formas señaladas en el párrafo 873.2 del *Bürgerliches Gesetzbuch* no es vinculante. Antes de la inscripción es como si no existiera, pues no puede ser invocado ni siquiera como fuente de obligaciones, y si el acuerdo es vinculante, mientras no haya inscripción, no hay disposición, con lo cual, como señala WOLFF⁸²⁷ nada ha cambiado. Así lo establece el párrafo 878 del *Bürgerliches Gesetzbuch* al señalar que “una declaración emitida por el titular de conformidad con los párrafos 873, 875 y 877 no se hace ineficaz por la circunstancia de que dicho titular resulte limitado en su poder de disposición, después de que la declaración haya llegado a ser vinculante para él y haya sido presentada la solicitud de inscripción en la Oficina del Registro”.

Es interesante resaltar que, en el sistema alemán, si el titular registral dispone a favor de alguien que no inscribe y este, a su vez, dispone, está disponiendo un no legitimado, pues el legitimado sigue siendo el titular registral, lo que obliga a la jurisprudencia a recurrir a la ficción de que la *Auflassung* apodera al adquirente para disponer. Como sostiene MARTINEZ VELENCOSO se trata de una construcción artificial pero funcional porque permite colocar en el tráfico la posibilidad de adquirir del receptor de la *Auflassung*⁸²⁸.

En el sistema español, el titular registral conserva el *ius disponendi*, si bien con la obligación de no disponer, y si el adquirente que no ha inscrito vuelve a disponer, está disponiendo un legitimado obligacional. Si el subadquirente desea inscribir su adquisición, es necesaria la previa inscripción a favor de su transmitente, por exigirlo el principio de tracto sucesivo —: artículo 20 de la Ley Hipotecaria—. ⁸²⁹

⁸²⁷ WOLFF M. Derecho de cosas, en *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS, L., KIPP TH., y WOLFF M.T. III.1º, traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer, ed. Bosch, Barcelona, 1971, pág. 190.

⁸²⁸ MARTÍNEZ VELENCOSOL.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles* Martínez Velencoso L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 88 ss.

⁸²⁹ El artículo 208 de la Ley Hipotecaria regula el expediente para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. El artículo 312 del Reglamento Hipotecario, por su parte, regula el procedimiento para la inscripción de derechos reales sobre finca no inscrita.

Todo ello pone de manifiesto que, en materia de propiedad inscrita, la *traditio* equivale a la *Auflassung* del Derecho alemán, en tanto que acto dispositivo, pero que hasta que no se produce la inscripción a favor del adquirente, éste no queda protegido por una regla de propiedad, al igual que en el sistema alemán, por lo que si el titular registral realiza una segunda disposición a favor de un segundo adquirente que inscribe antes que el primero, el segundo adquirente queda protegido por una regla de propiedad en ambos sistemas, siempre que, en el español, reúna las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, en el caso alemán, las del párrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, además de haber adquirido a título oneroso como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, según el cual la acción de enriquecimiento puede alcanzar al adquirente a título gratuito.

El *ius disponendi* del titular registral, por lo tanto, no se extingue ni con la *traditio* en nuestro sistema, tratándose de propiedad inscrita, ni con la *Auflassung* en el Derecho alemán, sino, en ambos casos, con la inscripción a favor del adquirente que reúna los requisitos indicados.

15.4.2. Referencia a los supuestos de adquisición considerados “*a non domino*” protegidos por la fe pública registral. Referencia a la inscripción errónea en el *Bürgerliches Gesetzbuch*

Ello significa que el supuesto considerado usualmente como de adquisición a *non domino* protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria –el del segundo adquirente de un titular registral que inscribe y queda protegido por dicho precepto, frente a un primer adquirente que no inscribió– no sería tal. En efecto, el segundo sería un adquirente *a domino* porque adquirió de quien conservaba el *ius disponendi*, aun cuando pesara sobre él la obligación –protegida, por tanto, solo con una regla de responsabilidad– de no disponer.

En el Derecho alemán también estaríamos ante una adquisición *a domino*, pues el segundo adquirente está adquiriendo de quien tiene el *ius disponendi* –esto es, del titular registral–, ya que el negocio obligatorio solo genera obligaciones y la *Auflassung*,

tratándose de inmuebles, requiere de la inscripción o *Eintragung* para transmitir la propiedad. Su función es la de suministrar el elemento intencional necesario para que opere toda transmisión⁸³⁰, sin el cual ésta no puede tener lugar, pero, por sí sola, no basta para producir el nacimiento o la transmisión del derecho real, para lo cual se requiere, además, la inscripción –*Eintragung*– por regla general.

Por todo ello, afirma CUENA CASAS⁸³¹ no parece que la *Auflassung* tenga sustantividad propia y, por ello, la doctrina alemana la agrupa con la inscripción para configurar, a partir de ambos, el negocio de disposición.

Por otra parte, la celebración del acuerdo traslativo, si bien requiere poder de disposición en el enajenante⁸³², no implica que el enajenante quede limitado en su poder de disposición; tampoco despliega efectos frente a terceros, sino que simplemente vincula a las partes intervinientes en el negocio⁸³³.

En el Derecho alemán, por lo tanto, el *ius disponendi* del titular registral solo se extingue mediante la *Eintragung* –en los casos en que es necesaria, lo que constituye la regla general para los actos de tráfico–. Similarmente, en Derecho español, en materia de propiedad inscrita, el *ius disponendi* del titular registral solo se extingue mediante la inscripción a favor del adquirente.

En mi opinión, la consideración del segundo adquirente del titular registral que inscribe su adquisición porque el primero ha preferido no inscribir, como adquirente a

⁸³⁰ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 203.

⁸³¹ *Ibidem*, pág. 204. No hay acuerdo en configurar la *Einigung* como contrato porque no produce por sí misma los efectos deseados. Según VON THUR, A., *Teoría General del Derecho alemán*, vol. II,1, De Palma, Buenos Aires, 1947, pag. 274, “ambos elementos –acuerdo e inscripción– están coordinados entre sí y son igualmente esenciales para el efecto jurídico; en particular, el acto estatal no convalida los vicios del acto privado. Al *factum* que resulta de ambos, se le considera en su conjunto un negocio jurídico, pues el elemento motor y determinante es la voluntad de la parte que configura el derecho; frente a ella, la intervención del funcionario aparece como una cooperación y auxilio para alcanzar su propósito”.

⁸³² ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVAi, T., *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Madrid, 1977, pág. 179.

⁸³³ En este sentido MARTÍNEZ-VELENCOSOL.M, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 207 y 19.

non domino, se debe a las inercias conceptuales propias de la tradición romanista y a la interpretación de la Ley Hipotecaria desde la perspectiva del Código civil, en lugar de hacerlo a la inversa, como prescriben los tantas veces citados artículos 608 y 1537 del Código civil. Se debe también a la consiseración de que la única función de la fe pública registral es suplir la falta de poder de disposición del titular registral para proteger a adquirentes de buena fe, en lugar de considerarlo un sistema de transmisión/adquisición que, aunque se apoye en el andamio de la teoría del título y el modo, es un sistema de transmisión distinto, exclusivo de la propiedad inscrita que, como señala claramente la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 tiene un régimen jurídico distinto del de la propiedad no inscrita.

Los supuestos de adquisición *a non domino* serían otros. Concretamente, aquellos en los que el sistema registral, como tal, falla: v.gr. el notario no detecta una suplantación de identidad por parte de un compareciente que se hace pasar por el titular registral, autoriza la escritura y el registrador, no encontrando defecto alguno, inscribe; o el Registro no detecta la falsificación de un título o, eventualmente, si se ha producido una doble inmatriculación

En estos casos, el titular registral no ha dispuesto y, por lo tanto, el tercero adquiere de un *non dominus*. Adquiere del aparente titular registral, no del titular registral.

En Derecho alemán, si un adquirente sabe que la inscripción ha sido practicada erróneamente a favor de una persona equivocada, el parágrafo 900 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, establece que deviene propietario al cabo de treinta años si ha poseído la finca en concepto de dueño durante ese tiempo. A la misma solución habría que llegar, por lo tanto, si el adquirente conoce la existencia de vicios que conllevan la nulidad de la *Auflassung*. Obsérvese que, en estos casos, el adquirente estaría adquiriendo *a non domino*, para lo que no le ampara el Registro, sino que necesita adquirir mediante usucapión. Una solución semejante sería la procedente, en el mismo caso, en el sistema español.

Por el contrario, si el adquirente conoce los defectos del negocio causal de su transmitente, -entre otros, que había celebrado previamente un negocio obligacional de finalidad traslativa con otro sujeto- ello no impide su adquisición mediante la *Auflassung*

como consecuencia del principio de abstracción. Podría dar lugar, en todo caso, a una acción indemnizatoria por ser contrario a las buenas costumbres *ex. parágrafo 826 del Bürgerliches Gesetzbuch*.

En nuestro sistema, sin embargo, tal conocimiento –considerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como conocimiento de una inexactitud registral y, por lo tanto, enervante de la buena del adquirente– tendría efectos *in rem*, es decir, impediría que fuera “mantenido en su adquisición” si el transmitente ejercitara una acción recuperatoria.

Esta es una diferencia esencial entre ambos sistemas, diferencia debida exclusivamente a una diferente interpretación jurisprudencial. Por ello, coincido con CUENA CASAS⁸³⁴, cuando afirma que en el Derecho alemán no se produce con la abstracción una alteración en el concepto de buena fe sino una reducción de los supuestos de ausencia de titularidad, de modo que los terceros que conozcan el vicio de la causa jurídica no necesitan invocar los preceptos de la fe pública registral –parágrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch*– ya que han adquirido de quien tenía poder de disposición y quería transmitir. Lo mismo sucede, a mi juicio, en el Derecho español.

15.5. Tradición e inscripción

El sistema de transmisión registral utiliza como andamio la teoría del título y el modo -contrato seguido de tradición- pero añadiendo tres requisitos complementarios:

1.- El adquirente *ex Código civil* debe adquirir de quien sea titular registral y tenga capacidad para transmitir.

2.- Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe.

⁸³⁴ CUENA CASAS M. en *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 99.

3.- Debe solicitar y obtener la inscripción de la titularidad adquirida ex Código civil.

Las razones de estos requisitos, especialmente, por lo que ahora interesa, del primero y del tercero, han sido explicadas en páginas precedentes por lo que no procede reiterarlas.

En el proceso de adquisición de la titularidad integral, esto es, también *inter tertios* y *erga omnes*, son necesarias, por tanto, la tradición -por exigirlo el artículo 609 del Código civil- y la inscripción, por exigirlo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Esta secuencia transmisiva ha dado lugar a que las relaciones entre tradición e inscripción constituyan uno de los temas clásicos de debate doctrinal en el ámbito del Derecho Hipotecario GARCÍA GARCÍA⁸³⁵ enumera acertadamente las cuestiones planteadas por la doctrina:

- 1.- ¿Sustituye la inscripción a la tradición?
- 2.- ¿Es una forma de tradición la inscripción?
- 3.- ¿Cómo operan la tradición y la inscripción respecto de terceros?
- 4.- ¿Es requisito previo para poder inscribir que se dé o exista la tradición?
- 5.- ¿Cuál sería el efecto de la falta de tradición respecto a un derecho inscrito en el Registro?
- 6.- ¿Qué valor hay que dar a la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1462 del Código civil?
- 7.- ¿Qué interpretación merece el párrafo segundo del artículo 1473 del Código

⁸³⁵ GARCÍA GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 640.

civil?

Antes de abordar las diferentes cuestiones suscitadas es necesario subrayar que el enfoque tradicional o habitual de las relaciones entre tradición e inscripción parte de dos consideraciones básicas:

1.- La consideración de que la tradición consiste en la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad en virtud de una justa causa específica, dada la naturaleza causal de nuestro sistema, y que su función principal consiste en dotar de publicidad a las transmisiones inmobiliarias.

2.- El sistema registral se limita a ser un sistema de publicidad de transmisiones consumadas extraregistralmente que, en el ámbito inmobiliario, concurre con la publicidad suministrada por la posesión, concurrencia no resuelta claramente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que existen preceptos equívocos que permiten mantener abierta la discusión, si bien reconociendo que el punto débil de la publicidad posesoria, a diferencia de la registral, es que difícilmente manifiesta hacia el exterior los diferentes derechos que pueden concurrir en una misma cosa⁸³⁶, a los que habría que añadir que no manifiesta aquellos derechos que no conllevan posesión.

Este enfoque, basado en dos premisas que, a mi juicio, son erróneas, está en el origen de que las relaciones entre tradición e inscripción se hayan adentrado en el terreno de la confusión.

Por lo que se refiere a la tradición, me remito a lo expuesto al tratar de la misma en Derecho Romano y en nuestro sistema jurídico. Baste recordar lo que expongo a continuación.

En Derecho romano, la *traditio* consistía originalmente en una entrega de la posesión material cuando la *emptio venditio* tenía por objeto una *merx* y no cabía la *traditio* en relación a la *res Mancipi*. Cuando el pretor admitió la adquisición de las *res*

⁸³⁶ En este sentido MORALES MORENO A.M., en el "Prólogo" a la obra de Jerez Delgado C. *Tradicción y Registro*, ed. CORPME, 2004, págs. 18 y 20.

mancipi mediante *traditio*, en relación a los fundos, no cabía una entrega material de la posesión de los mismos debido a sus características propias, al menos en el mismo sentido que tiene esa expresión en relación a una *merx*, sino que la *traditio* se “espiritualizó”, es decir, pasó a consistir en actos de transferencia del *ius disponendi* al adquirente, con mayor o menor componente litúrgico, lo que permitía a este el control jurídico efectivo del bien adquirido.

A pesar de que sea una opinión muy extendida que el acto traditorio desempeñaba, junto con una función de solemnidad, una función publicitaria o difusora del proceso transmisivo operado *inter partes*, es necesario subrayar que la capacidad publicitaria de la *traditio* es escasa y, en todo caso, menor que la de la *mancipatio* y la *in iure cesio*, a las que substituyó, ya de por sí insuficientes a estos efectos.

Parece, por ello, más consistente con la estructura del proceso transmisivo la opinión de SCIALOJA⁸³⁷ según la cual la función de la *traditio* sería la de posibilitar al *accipiens* el goce del derecho, lo que no significa que el acto traditorio fuese un acto cuyo significado fuese simplemente el traspaso efectivo del bien al adquirente, sino que, acompañado de una justa causa, era un acto dispositivo, siempre que el *tradens* tuviese el *ius disponendi*.

Por lo que se refiere a la tradición en el ordenamiento jurídico español, el Código civil solo utiliza el término en el artículo 609 y, a diferencia de los demás modos transmisivos mencionados en el citado artículo, el Código civil no contiene una regulación autónoma de la *traditio* sino que la regula en sede de compraventa, al regular la obligación de entrega del vendedor. Como expuse en páginas anteriores, la regulación de la obligación de entrega del vendedor es también la regulación de la tradición en el Código civil.

La función de la *traditio* como acto, dentro del sistema transmisivo traditorio, es la de transmitir al adquirente el *ius disponendi*, que es la facultad que confiere el control jurídico efectivo y, en este sentido, la posesión, si el derecho real que se transmite la

⁸³⁷ SCIALOJA V. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 124.

conlleva. Si se transmite la propiedad, la *traditio* transmite el *ius possessionis*. Por lo tanto, si el *tradens* carece de *ius disponendi* no puede tener lugar la *traditio* como acto ni, por tanto, consumarse la adquisición por el sistema o modo traditorio, si bien la posesión así transmitida servirá de justo título para la adquisición por usucapión.

En materia inmobiliaria, si la titularidad adquirida mediante contrato más *traditio* se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, necesariamente deberá cumplir los requisitos de forma del artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En el ámbito negocial privado, el título formal es ordinariamente una escritura pública.

La escritura pública equivale a la tradición en los términos del artículo 1462 II del Código civil y, por lo tanto, en esos propios términos, su otorgamiento regular conlleva la transferencia del *ius disponendi* y, consecuentemente, del *ius possidendi*, al *accipiens*, si el derecho real transmitido conlleva posesión. Por ello, no es obstáculo para que la escritura pública cumpla su función traditoria que el transmitente no tenga la posesión de hecho.

Por lo que se refiere a la inscripción, reitero lo expuesto al tratar de la misma: es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si se dan los requisitos exigidos por el sistema registral. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, mientras no se declare su inexactitud - artículo 1 III de la Ley Hipotecaria- e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquiera que lo perturbe - artículo 41 de la Ley Hipotecaria-

Conviene, finalmente, precisar que, si bien los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles - artículo 5 de la Ley Hipotecaria-, sin embargo, la inscripción conlleva la presunción de que el titular registral tiene el *ius possidendi* - artículo 38 de la Ley Hipotecaria-.

Partiendo de estas consideraciones, abordaré algunas de las cuestiones planteadas clásicamente por la doctrina en relación a las relaciones entre tradición e inscripción.

Por lo que se refiere a la cuestión de si la inscripción sustituye a la tradición, existe en nuestro ordenamiento jurídico supuestos en los que así se establece expresamente. Así, por ejemplo, el del artículo 11.1 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual:

“1. La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos.”

Si la inscripción produce los mismos efectos que la tradición, entonces es una forma de tradición, pues en Derecho, cuando no hay diferencia de efectos no hay diferencia.

La razón hay que buscarla en que, en relación a los títulos valores representados mediante anotaciones en cuenta, la inscripción es explícitamente constitutiva, según resulta del artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual: *“Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro de la entidad encargada del registro contable y desde entonces quedarán sometidos a las disposiciones de este capítulo.”*

Ello es así porque en aquellos casos en los que la inscripción es explícitamente constitutiva, desempeña también las funciones de la tradición y, por lo tanto, el legislador puede prescindir de esta como trámite separado y, de hecho, prescinde. Así, lo mismo puede afirmarse en el caso de v.gr.: la hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria como de la prenda sin desplazamiento de la posesión, pues en estos casos la inscripción es explícitamente constitutiva –artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión respectivamente-.

Ello lleva, inevitablemente, a plantear la cuestión de por qué, en estos casos, no hay tradición, en su sentido tradicional y usual, pero sí inscripción explícitamente constitutiva. La respuesta para ambas cuestiones es la misma: porque se trata, en los dos primeros casos, de derechos que no conllevan *ius possidendi* y no lo conllevan porque no

son susceptible de posesión ni, por lo tanto, de publicidad posesoria, y en el tercero porque no hay desplazamiento de la posesión, por lo que no queda más remedio que acudir al “medio alternativo de publicidad” cual es la “publicidad registral.”

En efecto, ni las anotaciones en cuenta ni la hipoteca conllevan posesión en sentido material y, por lo tanto, respecto de ellos, no cabe la tradición entendida como entrega material de la posesión con ánimo de transmitir el *ius disponendi*. Y, dado que no cabe, la forma más apropiada de transmisión del *ius disponendi* es la inscripción, por lo que esta desempeña una función traditoria, como reconoce explícitamente el artículo 11.1 de la Ley del Mercado de Valores para el caso de las anotaciones en cuenta.

Probablemente, las razones que han llevado al legislador a adoptar esta solución se hallen relacionadas con las expuestas anteriormente. Sin embargo, no es conceptualmente necesario acudir a ellas para adoptar esta decisión. Además, el hecho de que, en estos casos, la inscripción cumpla funciones traditorias suple con ventaja a la tradición ordinaria o no registral, pues hace que la misma surta efectos dispositivos sustantivos no solo *inter partes* sino también *erga omnes*.

Con ello, se da respuesta, parcialmente, a la segunda cuestión: en efecto, la inscripción es, en ocasiones, una forma de tradición que sustituye a las formas tradicionales o no registrales de tradición. Eso es lo que sucede cuando así lo establece la ley expresamente o cuando la inscripción es explícitamente constitutiva, lo cual lleva a plantear la cuestión de qué es lo que sucede en los demás casos.

Me refiero a los casos ordinarios en los que la inscripción no es explícitamente constitutiva ni la ley afirma que la inscripción tiene los mismos efectos que la tradición.

En estos casos, la doctrina hipotecaria ha mantenido, clásicamente, diversas posiciones.

Así, ROCA SASTRE ⁸³⁸ sostiene que la inscripción requiere la previa tradición como requisito esencial. En sentido contrario, se pronuncia SANZ FERNANDEZ,⁸³⁹ el cual sostiene que el Registro de la Propiedad español es un Registro de títulos y, como tal, se inhíbe de la tradición. HERMIDA LINARES⁸⁴⁰, por su parte, sostiene que no se requiere tradición para practicar la inscripción, pero su falta impide que la inscripción produzca sus efectos, salvo en relación al tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues, respecto de él, la inscripción opera como modo de adquirir prescindiendo de la tradición.

DE LA RICA Y ARENAL⁸⁴¹ distingue entre propiedad inscrita y no inscrita. En relación a esta última rige el Código civil y, por lo tanto, la teoría del título y el modo, y en relación a la inscrita rige la Ley Hipotecaria y la inscripción es el único modo de adquirir.

RAMOS FOLQUES⁸⁴², por su parte, no distingue entre propiedad no inscrita y propiedad inscrita, sino entre tradición, que tiene efectos *inter partes* e inscripción, que produce efectos *erga omnes*, prevaleciendo esta sobre aquella.

En opinión de GARCÍA GARCÍA⁸⁴³, la tradición es requisito necesario para la práctica de la inscripción, pero solo la tradición instrumental derivada exclusivamente del otorgamiento de la escritura pública, conforme a lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1462 II del Código civil, pues la tradición derivada de la

⁸³⁸ ROCA SASTRE R. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, TII, 7ª ed. Bosch, Madrid, 1979, pág. 222.

⁸³⁹ SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario* TI, ed. Reus, Madrid, 1947, pág. 251.

⁸⁴⁰ HERMIDA LINARES M., *La inscripción y la tradición en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales*, RCDI, 1966, págs. 1401 ss.

⁸⁴¹ DE LA RICA Y ARENAL R., “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario,” conferencia pronunciada en 1950. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976, págs. 427 ss.

⁸⁴² RAMOS FOLQUÉS R., *La tradición y el modo en Curso d conferencias de 1951 -sobre Derecho Inmobiliario Registral-*, ed. CORPME, 1951, págs. 37 ss.

⁸⁴³ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 670.

posesión real o efectiva sólo es factible en el ámbito extrarregistral o cuando haya sido reconocida en virtud de sentencia o resolución judicial.

En mi opinión, en estos casos -esto es, en los casos en los que la ley no establece expresamente que la inscripción produce los efectos de la tradición y en aquellos otros en los que la inscripción no es explícitamente constitutiva-, para practicar la inscripción, se requiere que haya habido tradición previamente, pues no hay ninguna norma que la exceptúe, tanto si se trata de propiedad inscrita como si se trata de propiedad no inscrita.

Ahora bien, tratándose de propiedad inscrita, normalmente, la tradición será instrumental, porque el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige, como regla general, escritura pública para la inscripción en el ámbito negocial privado. Pero, tanto si se trata de propiedad inscrita como de no inscrita, la tradición solo produce efectos en relación al transmitente, pues, aunque tenga carácter dispositivo, la tradición es un negocio jurídico y, en consecuencia, solo produce efectos *inter partes* -artículo 1257 del Código civil-. Por ello, en el ámbito de la economía de mercado, pleno de incertidumbres y con la posibilidad de que el titular, si no lo era el transmitente, pueda ejercitar una acción reivindicatoria contra el adquirente, la limitación de los efectos de la tradición al ámbito de las partes contratantes constituye una grave limitación para la seguridad de las adquisiciones posteriores basadas en una tradición anterior pues no existe certeza de haber adquirido del *verus dominus*.

En efecto, si se trata de propiedad no inscrita y el adquirente no inscribe, corre ese riesgo, pues la *traditio* solo produce efectos *inter partes* y, por lo tanto, estrictamente obligacionales. Si inscribe, quedará protegido por el efecto combinado de los artículos 606 y 1473 del Código civil, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Si se trata de propiedad inscrita, esto es, si se adquiere de un titular registral, opera el sistema de transmisión registral regulado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, sometido a sus requisitos.

En este caso, la *traditio* ordinaria, normalmente instrumental - artículo 1462 II del Código civil y 3 de la Ley Hipotecaria-, operaría solo *inter partes*, pero no *inter tertios*. En este ámbito el titular registral sigue siendo el titular y, por lo tanto, el titular del *ius*

disponendi, si bien con la obligación de no disponer, mientras el adquirente no inscriba, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código civil y, eventualmente, por las correspondientes normas penales -v.gr.: artículos 111 y 248 del Código Penal -. Para que el *ius disponendi* se extinga *inter tertios* se requiere la inscripción de la adquisición, para lo que se necesita la voluntad del adquirente, aunque no basta con ella, pues se requiere que supere las exigencias del procedimiento registral, a fin de asegurar que en el proceso de adquisición negocial no se han vulnerado normas imperativas ni prohibitivas. En esta línea GOMEZ GALLIGO ⁸⁴⁴ sostiene que “la inscripción se erige así en modo público o cuasi constitutiva, pues sin ella no se adquiere plena oponibilidad erga omnes del derecho real.”

En todo caso, esto es, tanto si se trata de propiedad inscrita como no inscrita, para que se produzca un efecto traditorio integral, esto es, la transmisión del *ius disponendi* al adquirente tanto *inter partes* como *inter tertios*, se requieren dos actos traditorios: el acto traditorio ordinario o extraregistral, normalmente el otorgamiento de escritura pública y la inscripción, dotada de fe pública registral en el caso de adquirir de un titular registral.

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto que en el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias, la inscripción no sustituye a la tradición. De lo expuesto, se deduce que, conceptualmente, no la sustituye. La *traditio* del artículo 609 del Código civil surte efectos *inter partes* y lo que podríamos denominar la *traditio* registral surte efectos *inter tertios*. Sin embargo, no habría inconveniente alguno en que la Ley Hipotecaria atribuyese a la inscripción efectos traditorios *inter partes*, al igual que hace la Ley del Mercado de Valores en relación a las anotaciones en cuenta.

Ello hace surgir la cuestión de qué sucede si de la propia escritura resulta que no equivale a la tradición, lo cual tiene como consecuencia que no tiene efectos traditorios *inter partes* y, por lo tanto, falta uno de los requisitos exigidos por el artículo 609 del Código civil -la tradición- para que se consume la traslación del *ius disponendi* al adquirente. Dado, además, que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria habla de títulos traslativos y no solo de finalidad traslativa, parece exigir que se trate de títulos con efecto traditorio.

⁸⁴⁴ GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, Marzo-Abril 2021, pág. 979.

La tradición carece de una regulación autónoma en el Código civil y las diferentes formas de *traditio* que enumera son simplemente *ad exemplum*, debiendo entenderse que tiene carácter traditorio todo comportamiento del que derive un consentimiento tácito o expreso de las partes para que tenga lugar la traslación del *ius disponendi* al adquirente. Desde esta perspectiva, cabe entender que la presentación del documento formal que contiene el acto o negocio de finalidad traslativa en el Registro es una forma de *traditio* y, por tanto, cabe la inscripción de la titularidad así adquirida.⁸⁴⁵

Adicionalmente, otra cuestión estrechamente relacionada con la tradición instrumental es la de si es necesaria la condición de poseedor en el *tradens* para que el otorgamiento de la escritura pública equivalga a la tradición. A efectos de no extenderme innecesariamente, me remito a lo expuesto al tratar de la tradición instrumental. Baste recordar que, conforme a lo allí expuesto, en mi opinión no es necesaria salvo que el objeto de la transmisión sea la posesión, lo que, desde la perspectiva del procedimiento registral es irrelevante puesto que los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles - artículo 5 de la Ley Hipotecaria.⁸⁴⁶

En cuanto a la última cuestión planteada - ¿Qué interpretación merece el párrafo segundo del artículo 1473 del Código civil? - me remito a las páginas en las que trato del conflicto de adquisiciones regulado por dicho artículo.

⁸⁴⁵ En opinión de GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 670, sin embargo, si de la misma escritura resulta que no se ha querido otorgar la tradición instrumental, el documento no es inscribible, por no tratarse de un título traslativo ni constitutivo de derecho real, salvo el caso de condiciones suspensivas en que, por imperativo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, cabe la inscripción en esa forma condicional.

⁸⁴⁶ DE LA RICA Y ARENAL R. “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario”, conferencia pronunciada en 1950, pág. 126. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976, ha sostenido que tradición y Registro de la Propiedad son incompatibles porque son incompatibles Registro y posesión y que, por tanto, en materia de propiedad inscrita la inscripción debería sustituir a la tradición.

15.5.7. A modo de conclusiones

La interpretación propuesta en los epígrafes precedentes es más integradora, puesto que no presenta la *función normal u ordinaria* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria como una excepción a la regla básica del artículo 609 del Código civil, sino como una adaptación de la misma al sistema transmisivo de la propiedad inscrita propio de un Registro de derechos. Da pleno sentido al contenido del artículo 608 del Código civil, e integra el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario –artículo 34 de la Ley Hipotecaria– dentro del sistema jurídico general.

Si durante los primeros años de vigencia era comprensible que prevaleciera una interpretación romanista de la Ley Hipotecaria de 1944, dado que, aunque el Código civil remitía en materia de propiedad inscrita a la Ley Hipotecaria, sin embargo, en el momento de la entrada en vigor del Código civil, la Ley Hipotecaria vigente era la de 1869, que había introducido un sistema de notificaciones en sustitución de la fe pública registral – fe pública registral que nunca llegó a entrar en vigor– introducida por la Ley Hipotecaria de 1861, y dado que, el 60% de la propiedad inmobiliaria se hallaba sin inscribir, según la Exposición de Motivos de la de la Ley Hipotecaria de 1944, lo que implicaba que la mayoría de las transmisiones inmobiliarias *inter vivos* a título oneroso se regían íntegramente por lo dispuesto en los artículos 609 y 1095 del del Código civil, sin embargo, la situación ha cambiado notablemente.

Hoy, la inmensa mayoría de la propiedad se halla inscrita, España es el octavo país de Europa con mayor número de propietarios de sus propias viviendas y posee el tercer mayor mercado hipotecario de la Unión Europea⁸⁴⁷.

Hace más de setenta años que Ley Hipotecaria que reintrodujo la fe pública registral entró en vigor.

⁸⁴⁷ España se ha convertido en el país con mayor número de propietarios de sus propias viviendas, entre los países miembros de la antigua UE –15 y el octavo de la UE-28, correspondiendo el mayor número de propietarios a los antiguos países del Este http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Housing_conditions. Visitada el 12 de diciembre de 2016. En cuanto al mercado hipotecario véase la página web de la *European Mortgage Federation*.

Ello revela que, hoy, la inmensa mayoría de las transacciones inmobiliarias se refiere a inmuebles inscritos y que, por lo tanto, se rigen por el sistema de transmisión registral anteriormente expuesto. Ello, a su vez, significa que, hoy, en materia inmobiliaria el sistema que hemos denominado de transmisión registral es el ordinario en el ámbito inmobiliario y que el sistema de solo título y modo del artículo 609 del Código Civil ha devenido estrictamente residual en ese mismo ámbito.

Ante esta realidad, carece de justificación que se siga interpretando el artículo 609 del Código civil como el precepto que contiene el sistema ordinario de transmisión mientras que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula tan solo una excepción al mismo en aras de la seguridad del tráfico jurídico.

Esta situación debería facilitar la evolución doctrinal y jurisprudencial hacia una interpretación del sistema de transmisión inmobiliaria en relación a la propiedad inscrita de acuerdo con las exigencias de los artículos 608 y 1537 del Código civil, en lugar de permanecer anclados en una interpretación inversa y no justificada ni en el ámbito normativo ni en el de la realidad de las cosas.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es una norma excepcional en nuestro sistema jurídico. A él son equiparables, entre otros, lo dispuesto por el último párrafo del artículo 464 del Código Civil, los artículos 85 y 545 del Código de Comercio, así como los artículos 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque o el artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores, con una diferencia: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria forma parte de un sistema institucional dirigido a asegurar que no hay más titular que el titular registral y que si lo hay es sólo porque ha adquirido del titular registral y ha preferido no inscribir su adquisición, por lo que es un titular meramente negocial o privado.

El Tribunal Supremo dio un gran paso con las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007. Aún faltan pasos esenciales que dar en el reconocimiento de las diferentes funciones de la fe pública registral. Esperemos que, más pronto que tarde, se produzcan sentencias similares a las citadas, que supongan un punto de inflexión en

relación al reconocimiento de las *funciones ordinarias* de la fe pública registral dentro del sistema transmisivo inmobiliario.

16. La buena fe necesaria para que un adquirente quede protegido por la fe pública registral -artículo 34 de la Ley Hipotecaria

16.1. Planteamiento

De lo expuesto anteriormente resulta que el supuesto usualmente considerado paradigmático de adquisición *a non domino* no es tal sino una adquisición *a domino*. Siendo así, el segundo adquirente negocial que inscribe debería quedar protegido, en todo caso, frente a las posibles reclamaciones del primer adquirente negocial que no inscribió por su propia voluntad. La abstracción *inter tertios* o, si se prefiere, la inoponibilidad de excepciones *ex iure tertii* que caracteriza a la adquisición registral mediante inscripción dotada de fe pública registral así lo impone.

Sin embargo, para que dicha abstracción sea efectiva, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige que el segundo adquirente tenga “buena fe”, lo que es interpretado ordinariamente como desconocimiento de que ha tenido lugar una transmisión anterior – usualmente *ex* artículo 609 del Código Civil– no inscrita.

Si el adquirente conoce, –o debió conocer conforme a la diligencia exigible si es que le es exigible alguna–, la existencia de la transmisión negocial anterior, entonces carece de buena fe y lo que he denominado abstracción *inter tertios* no opera, por lo que no queda protegido *in rem* frente a una eventual reclamación del primer adquirente –sin perjuicio de la protección *in rem* del subadquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria–.

La definición de la buena fe registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, de la buena fe necesaria para que la fe pública registral – o, si se prefiere, el sistema de transmisión registral- despliegue sus efectos protectores es una cuestión de la mayor importancia porque es clave para decidir en un conflicto de adquisiciones entre dos titulares que adquieren de un mismo titular registral: un primer adquirente que no inscribe y otro posterior que sí inscribe.

En mi opinión, para una adecuada conceptualización de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- La inscripción no es un medio de publicidad -por más oficialidad que se le atribuya- de procesos transmisivos consumados extraregistralmente que compite con otros medios de publicidad como la posesión, sino un documento público que contiene una decisión del Estado reconociendo como dueña a una persona determinada. Es una decisión revisable judicialmente, pero corresponde la prueba a quien la impugne. Si la inscripción está dotada de fe pública registral, la decisión no es modificable por lo que a la atribución de titularidad se refiere, salvo que la disputa tenga lugar entre el titular registral y su transmitente, porque la fe pública registral opera *inter tertios*, no *inter partes*. En caso de impugnación, corresponde a los tribunales determinar si la inscripción impugnada está dotada de fe pública registral o no. Para que la inscripción registral y, por lo tanto, la titularidad que incorpora esté protegida por la fe pública registral son necesarios varios requisitos. Uno de ellos es que el adquirente sea de buena fe, consistente en que ignore la inexactitud registral. Si la ignora, el adquirente tiene la buena fe que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, cumplidos los demás requisitos, debe ser mantenido en su adquisición.

2.- Hace ya mucho tiempo que no vivimos en una sociedad predominantemente agraria, basada en una economía de subsistencia, compuesta por unidades, normalmente familiares, autárquicas de producción y de consumo en la que las transacciones son escasas -las estrictamente necesarias para cubrir las necesidades que la autoproducción no cubre- y preferentemente entre vecinos, amigos y conocidos.

Vivimos en una economía de mercado en la que, por lo tanto, la autosuficiencia ha sido superada y sustituida por la especialización y el intercambio voluntario de bienes y servicios y en la que las transacciones revisten una alta densidad así como una alta frecuencia porque la especialización -necesaria para el incremento de la productividad, y, por lo tanto, de la competitividad, la cual determina el nivel de renta de una sociedad- hace imprescindibles los intercambios como instrumentos para satisfacer necesidades básicas de los individuos, para coordinar los diferentes intereses en juego, y para que, de ese modo, la especialización pueda producir sus beneficiosos efectos. Por ello, los intercambios son frecuentes, recurrentes y ya no tienen lugar solo ni principalmente entre

amigos y conocidos sino entre personas que no se conocen entre sí -contratación impersonal-. A diferencia de lo que sucede en una economía de subsistencia compuesta por unidades autárquicas, con bajo nivel de renta y de servicios, en la que los intercambios son residuales, en una economía de mercado la paralización del comercio implicaría el derrumbe del bienestar y, en poco tiempo, que una gran parte de los individuos no pudieran satisfacer sus necesidades básicas. Una economía de mercado implica un alto grado de interdependencia o dependencia recíproca entre los individuos que la componen.

En una sociedad así, la figura del “tío Celedonio”⁸⁴⁸, si alguna vez existió, resulta anacrónica y, en el caso de seguir existiendo algún superviviente, es estrictamente marginal y, en todo caso, no es una especie que proteger sino a abandonar. Como señala TRINCADO AZNAR ⁸⁴⁹, con la expresión tío Celedonio se refería la doctrina de mediados del siglo pasado al agricultor sin título inscrito y escasos conocimientos jurídicos. El tío Celedonio es una figura retórica que personifica un agricultor esforzado, analfabeto, ingenuo, que, probablemente, trabaja de sol a sol para satisfacer a duras penas las necesidades alimenticias de su familia mediante el duro cultivo de la tierra, de cuya

⁸⁴⁸ BÉRGAMO LLABRÉS A. *La usucapión y el Registro de la propiedad*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1945, AAMN, T.III, Madrid, 1946, págs. 271-314, pág. 287, describía al tío Celedonio y la realidad social española de 1945 como un usucapiente *contra tabulas* señalando cómo frente a la construcción doctrinal que pretende hacer primar los pronunciamientos registrales frente a la realidad jurídica “*se levantan hechos tan notorios e innegables como la situación de extensas zonas del territorio nacional, divorciadas casi en absoluto, por desgracia, del Registro (...) Y, sobre todo, se levanta la realidad del usucapiente español personificada por dos miembros de la Comisión redactora del Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria -los notarios señores Sanz y Noguera- en la sugestiva figura del tío Celedonio. El tío Celedonio -tipo de homo bonus et diligens, colilla en los labios y garrote en la mano- es un técnico en sequías y cosechas, pero desconoce las excelcitudes de la posesión tabular. Confiado en la razón de su trabajo, en la santidad del legado de sus mayores y en los dictados de la opinión pública, no se preocupa de iniciarse en los secretos de un ars hypothecaria que, por insondable, le infunde recelos. Se siente labrador, no personaje de un drama jurídico. Se siente usucapiente, no prescribens adversus tabulas*”. DE PORCIOLES COLOMER J.M., *La prescripción y el Registro de la Propiedad. Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*. Conferencias del cursillo de 1944. Barcelona. Ed. Imp. Vda de J. Savater Bros- Colegio Notarial de Barcelona, 1945, págs.163-191, se refería a él “*con su clásico atuendo de labrador atento a sus cosas, afanoso por sus tierras pero completamente divorciado de Notarías y Registros y sin más preocupación burocrática que la de pagar o quizá mejor, no pagar las cargas fiscales*”. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.III. ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 128 y 129, por su parte, señala que, actualmente, en las zonas rurales, ese tío Celedonio no existe. Es más bien un invasor o perturbador de propiedades abandonadas de propietarios ausentes y no un representante del nivel medio del hombre del campo y en las ciudades, en las que la práctica totalidad de las fincas figuran inscritas en el Registro, el Tío Celedonio ya no existe. Su figura es una ofensa al moderno agricultor. Garcia García J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.III. ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 128 y 129.

⁸⁴⁹ TRINCADO AZNAR J.M, *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?*, RCDI, nº 781, págs. 2715-2770.

propiedad se ve despojado por un especulador que solo puede triunfar porque hay un artículo 34 en la Ley Hipotecaria.

Los benéficos efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, imprescindibles para que el sistema económico rinda sus mejores frutos en beneficio de todos, no pueden quedar reducidos por la protección de la ignorancia, indolencia y -, con mayor realismo-oportunismo, de los imaginarios y anacrónicos tios celedonios que puedan seguir existiendo, si alguna vez existieron, hoy sustituidos claramente por los *free riders*, gorriones o parásitos, aquellos que usan el sistema jurídico en su beneficio pero se niegan a colaborar para que funcione en beneficio de todos.

Cuanto más se proteja a tios celedonios y gorriones en mayor medida se dificulta la cooperación y se perjudica el bienestar real y potencial de todos los demás. Y una de las formas más dañinas de protegerlos consiste en dotar de relevancia jurídica, en las relaciones *inter tertios*, a las actuaciones que celedonios y gorriones realizan prescindiendo del sistema del cual se benefician.

3.- En una sociedad predominantemente agraria, compuesta por unidades mayormente familiares y autárquicas de producción y de consumo, al ser las transacciones inmobiliarias escasas y, predominantemente, entre vecinos, amigos y conocidos, las asimetrías informativas relevantes son escasas porque la información disponible suele ser bastante completa y, en consecuencia, las incertidumbres jurídicas suelen ser residuales. Una situación así se aproxima, por lo que a la información disponible se refiere, a la hipótesis del mercado perfectamente competitivo del modelo walrasiano estándar neoclásico.

Sin embargo, en una sociedad abierta, basada en una economía de mercado, las transacciones son esenciales para la supervivencia del propio sistema económico. Son, por ello, abundantes y recurrentes y tienen lugar mayormente entre personas que no se conocen. Todo ello dificulta grandemente que los potenciales agentes dispongan de la información relevante para tomar decisiones contractuales.

A diferencia de lo que sucede en una economía de subsistencia, una situación así, por lo que a la información disponible se refiere, se halla muy distante de la hipótesis de

mercado perfectamente competitivo, lo que genera costes de información y, por lo tanto, de transacción. Si no se eliminan o reducen al mínimo tales costes, el mecanismo básico de asignación eficiente de recursos no puede funcionar adecuadamente, por lo que se requiere instituciones que disipen tales dificultades.

Tales instituciones pueden exigir, para conseguir dicha finalidad, requisitos que serían innecesarios en una sociedad predominantemente agraria, basada en una economía de subsistencia, porque la información es completa o próxima a serlo y las transacciones escasas, pero que son imprescindibles en una sociedad basada en una economía de mercado para disipar incertidumbres y facilitar los intercambios, sin disminuir por ello la seguridad de los propietarios. En una situación así no se pueden premiar los comportamientos que, utilizando en beneficio propio, como es lógico, el sistema institucional diseñado para reducir costes transaccionales y agilizar los intercambios, después eluden las exigencias del propio sistema generando innecesariamente costes de transacción tanto explícitos -pecuniarios- como implícitos -mayor tiempo para las transacciones-, lo que dificultaría el mecanismo esencial de reasignación eficiente de recursos.

4.- El Registro de derechos, cuya característica diferencial esencial es la fe pública registral, es una de esas instituciones y el sistema de transmisión registral de titularidades inscritas, sustentado en el sistema básico de transmisión de los artículos 609 y 1095 del Código civil el mecanismo esencial a cuyo través elimina las referidas incertidumbres.

La exigencia de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral, es uno de los requisitos esenciales para que el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias sea operativo. Ello exige que el requisito de la buena fe de quien adquiere siguiendo los pasos exigidos por el sistema registral sea interpretado conforme a la lógica interna del propio sistema transmisivo registral y no se cometa el error de configurar la buena fe exigible conforme a las características del sistema transmisivo propio de una sociedad basada en una economía de subsistencia que requiere pocos intercambios y que, por sus propias características, ni si quiera necesitaría un sistema registral o solo muy marginalmente para su funcionamiento.

5.- El Registro de la Propiedad surge ante la imposibilidad de dotar a la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la posesión mobiliaria por las razones expuestas a lo largo de las páginas precedentes. Dicha imposibilidad hace necesaria una intervención directa -esto es, normativa e institucional- del Estado en el sistema transmisivo inmobiliario con la finalidad de posibilitar la adquisición de titularidades inmobiliarias *in rem* y *ex ante*, pues la única vía alternativa de adquisición de titularidades inmobiliarias *in rem* sería la usucapión, la cual exige contención y, además, unos plazos incompatibles con la dinámica exigida por la economía de mercado. Dicha intervención genera un título público, esto es, conferido por el Estado, de adquisición, cual es la inscripción, a favor de quien sigue el procedimiento establecido, que exige la supervisión y el reconocimiento por el Estado de la adecuación a la ley del acto o contrato de finalidad traslativa acordado entre transmitente y adquirente.

Si no se puede conferir a la posesión inmobiliaria el mismo alcance legitimador que a la mobiliaria y ello hace necesaria la creación del Registro de la Propiedad, es una paradoja carente de rigor asignar a la posesión de un presunto adquirente de un titular registral que no solicita ni obtiene la inscripción -esto es, el reconocimiento por el Estado de la titularidad obligacional adquirida- alcance legitimador suficiente para destruir la resolución a cuyo través el Estado proclama *erga omnes* a un adquirente de un titular registral como titular.

16.2. La buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria

Señala acertadamente LOPEZ FRÍAS⁸⁵⁰ que la buena fe en el ámbito hipotecario no es un concepto abierto, porque el legislador se ha encargado de precisar en qué consiste atribuyéndole perfil propio. Es más, quizás el hecho de que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria utilice la expresión buena fe está en la base de la evolución hermenéutica de este precepto, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, lo que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige al tercer adquirente

⁸⁵⁰ LÓPEZ FRÍAS A., *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*, RCDI, núm.781, pág. 2622.

es que desconozca la inexactitud registral, en el caso de haberla. Es la misma exigencia contenida en parágrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. La única diferencia radica en que la Ley Hipotecaria denomina a dicha exigencia buena fe y el *Bürgerliches Gesetzbuch* no le da nombre alguno⁸⁵¹, probablemente porque se separa claramente del *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* o *Derecho nacional común a los Estados de Prusia* de 1794 y quiere evitar que la introducción de ese término sea una especie de coartada que permita proyectar sobre el sistema transmisivo inmobiliario la tradición romanista y canonista sobre la buena fe que recogía dicha norma y que es, exactamente, lo que ha sucedido en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El significado y alcance de esta exigencia, sin embargo, no es un asunto pacífico hasta el punto de que ha sido la cuestión central de la mayor parte de las sentencias de las últimas décadas referentes al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por ello, lleva razón JEREZ DELGADO cuando afirma que el concepto jurídico de buena fe registral requiere

⁸⁵¹ Señala OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomson Reuters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, págs. 100-101, que el *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* o *Derecho nacional común a los Estados de Prusia* “aparece vacilante, contradictorio é inseguro, respecto de las doctrinas sobre la transmisión y gravamen de la propiedad territorial, pues en unos casos adopta las que proceden del derecho romano, y en otros hace aplicación de las consignadas en dicha Ley Hipotecaria, viniendo a concluir, como concluyen todas las obras del entendimiento, cuando no están inspiradas en principios firmes y seguros, en un eclecticismo funesto, tanto para los intereses públicos, como para los derechos de los particulares”(pág.95). Continúa afirmando Oliver:” Pero como si hubiesen comprendido que habían hecho demasiadas concesiones al sistema moderno, que funda todo el régimen de la transmisión de la propiedad inmueble sobre el valor sustantivo de la inscripción en los Registros públicos, trataron sin duda de complacer a los partidarios de las doctrinas romanista y canonista acerca de la influencia que tiene la mala fe en el adquirente de cosas inmuebles, y al efecto, consignaron en el Código tres importantísimas disposiciones, de las cuales, la primera se refiere sólo a las cosas inmuebles, y las restantes á las muebles y á las inmuebles.

Estas disposiciones, traducidas al castellano, dicen así:

- a) *El que sabe que el propietario inscripto, con quien ha celebrado un contrato de enajenación ó gravamen, no es el verdadero dueño del inmueble no adquiere ningún derecho real sobre el mismo.*
- b) *Quien sabe que no es verdadero propietario aquel de quien deriva su título de adquisición, no adquiere la propiedad del inmueble, aunque obtenga la inscripción del título ó la entrega ó la tradición de la misma cosa.*
- c) *Aquel que al tiempo de verificarse la entrega de la cosa ó de obtener la inscripción de su título de adquisición, conocía la existencia de un acto de enajenación otorgado por el mismo propietario a favor de otra persona, no adquiere tampoco, en perjuicio de esta última, ningún derecho sobre la cosa.*

Con estas tres disposiciones los autores del Código de Prusia se desviaron igualmente de la teoría romana de la tradición y de la alemana de la inscripción: de la primera, porque exigen además del *titulus* y del *modus*, la carencia de mala fe en el adquirente, y de la segunda, porque tampoco basta al adquirente la buena fe deducida del examen de los libros del Registro, sino que es preciso acudir á otras fuentes de conocimiento extrañas a ellos”.

una mayor atención doctrinal con vistas a su definición⁸⁵². El presente apartado pretende contribuir a la necesaria construcción doctrinal de la buena fe registral, en rigor, de la ignorancia de la inexactitud a la que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria contiene cuatro referencias a la buena fe. A saber: (1) Exige que el adquirente sea de buena fe para que la denominada fe pública registral pueda desplegar sus efectos protectores. La buena fe del adquirente es, por lo tanto, condición *sine qua non* para su protección; (2) define en qué consiste la buena fe exigible al adquirente para que dichos efectos protectores de su adquisición puedan desplegarse: consiste en su ignorancia de la inexactitud registral; (3) si ignora dicha inexactitud su buena fe se presume siempre; (4) por lo tanto, la prueba de la mala fe, es decir, de que conocía la inexactitud registral, corresponde a quien la alega.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo tanto, no pertenece al grupo de normas que invocan la buena fe sin definirla o, si se prefiere, como cláusula general⁸⁵³, sino al grupo de normas que invocan la buena fe definiendo la significación concreta que le asignan. En estos casos, como sostiene MIQUEL GONZALEZ⁸⁵⁴, la buena fe exigible viene definida por la norma y es la buena fe así definida la que el juez debe exigir y no otra. En este caso, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria define en qué consiste la buena fe requerida convirtiéndola en parte del supuesto de hecho de la norma.

Esta configuración de la buena fe *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria plantea diversas cuestiones a las que me referiré en las páginas que siguen, pero, antes de

⁸⁵² JEREZ DELGADO C. *La buena fe registral*, ed. CORPME, Madrid, 2005, especialmente págs. 11-13.

⁸⁵³ Esta es la expresión que utiliza WIEACKER FF. *El principio general de la buena fe*, E.: Olejnik, 2019, pág. 25, para referirse a la buena fe que invoca el parágrafo 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Como señala este autor: “*La grandeza y la miseria del parágrafo 242 resultan de las inevitables antinomias del concepto mismo de Derecho. Oportunidad y racionalidad, o mejor, justicia del caso concreto y validez general, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia, que frecuentemente se hallan en conflicto en la realidad. En este conflicto, la apelación a las cláusulas generales entraña una aspiración a la justicia del caso concreto y una inclinación a limitar la igualdad ante el Derecho. Esta contraposición no se puede solucionar si se persiste en la línea de análisis de la que suelen partir los partidarios y adversarios de las cláusulas generales*”.

⁸⁵⁴ MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7.1 del Código civil”, PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, TII, ed. Ministerio de Justicia, 1991, pág. 41.

adentrarnos en la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, parece conveniente partir de unas reflexiones generales sobre la buena fe del comprador.

Según MODESTINO- D. 50, 16, 109:

“Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse”- “Se considera que es comprador de buena fe el que ignoró que la cosa era ajena o creyó que el que la vendió tenía derecho para venderla, por ejemplo, que era procurador o tutor”-.

Parece una definición clara que hace referencia a un estado intelectual sin incluir ninguna exigencia de tipo ético al comprador para reconocerle su buena fe en los términos expresados. Desde una perspectiva negativa, es comprador de mala fe el que ignora que el vendedor no es dueño o carece de poder de disposición y, por lo tanto, no se halla legitimado para disponer. Desde una perspectiva positiva, es comprador de buena fe el que cree que el vendedor es dueño o que tiene poder de disposición sobre la cosa.

En esta línea se expresa el artículo 34 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria:

“La buena fe del tercero se presume siempre que no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”.

La buena fe registral es, por lo tanto, un estado intelectual consistente en la ignorancia de la denominada inexactitud registral y, en un sentido positivo, en la creencia en la exactitud registral, como dice, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012.

Así concebida la buena fe, el adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es de buena fe, según DÍEZ-PICAZO⁸⁵⁵, cuando lleva a cabo su adquisición confiando o creyendo que la titularidad que publica el Registro es la titularidad real.

⁸⁵⁵ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. *Prólogo* a la traducción española de *El principio de la buena fe* de F. WIEACKER, ed. Olejnik, 2019, pág. 13.

Esta afirmación parte de la idea de que el Registro de la Propiedad es, esencialmente, un medio de publicidad de actos y contratos consumados extratregistralmente, con importantes efectos pero un medio de publicidad al fin ⁸⁵⁶y, por lo tanto, cabe que la titularidad “publicada” por el registro no sea la titularidad “real.”

El supuesto paradigmático es aquel en el que un primer adquirente del titular registral no inscribe su adquisición -en realidad, no solicita ni obtiene la inscripción de su adquisición- y un segundo adquirente del mismo titular sí la inscribe. Conforme a esta concepción, el titular denominado “real” o “verdadero” sería el primero, pero se protege al segundo, un adquirente *a non domino*, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, siempre que tenga buena fe, esto es, que desconozca la primera adquisición, dando por supuesto que la no inscripción de la primera adquisición -adquisición negocial- constituye una inexactitud registral y que el conocimiento de la misma priva al segundo adquirente de la buena fe necesaria para ser mantenido en su adquisición, pues la buena fe consiste en la ignorancia de dicha “inexactitud”.

Junto a esta concepción, denominada psicológica, se desarrolló, desde finales del siglo XIX por un sector de la pandectística alemana y desde principios del XX por un

⁸⁵⁶ DEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T.II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 238, parte de la definición del concepto “publicidad”- “la actividad tendente a lograr que algo sea público”- para a continuación referirse a la “publicidad en Derecho privado” a la que considera “una fundamental necesidad de que determinados actos o negocios jurídicos entre partes puedan o sean conocidos entre la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo”. Afirma a continuación que la publicidad jurídico-privada puede revestir grados muy diversos. Así, se refiere a una primera forma de “simple publicidad” que equivale a un mero anuncio o noticia, como, por ejemplo, la publicación que el alcalde debe hacer del hallazgo de una cosa perdida -artículo 615.2 del Código civil-. Se refiere a continuación a una *publicidad cualificada o de segundo grado* cuando la constancia de un acto o de una situación jurídica se convierte en el único medio posible de prueba de la misma. Alcanzan este grado de publicidad las actas del estado civil, conforme al artículo 327 del Código civil. Se refiere a continuación a una *publicidad de tercer grado* a la que también denomina *legitimadora*, cuando la publicidad se hace equivaler para los terceros de buena fe a la realidad jurídica, de tal manera que los terceros pueden actuar confiando en que la situación pública o publicada es para ellos inimpugnable. En este plano de la publicidad legitimadora -afirma- cabe situar a la *publicidad que proporciona la posesión* y a la *publicidad registral inmobiliaria* en muchos ordenamientos jurídicos modernos. Se refiere, por último, a la *publicidad constitutiva*, que tiene lugar cuando la publicidad se eleva a la categoría de requisito esencial del acto o negocio jurídico. La publicidad da el ser al acto en lo que se refiere a los que directamente lo celebran. GARCÍA GARCÍA J.M, también parte de la idea de publicidad para explicar la función del Registro de la Propiedad, si bien destaca la influencia sustantiva de la publicidad en el contenido del derecho, destacando la idea de *publicidad conformadora*. Véanse, sobre todo, los dos primeros tomos de su obra *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1988 y 1993 respectivamente. En general, la idea de la publicidad conectada a la finalidad del Registro de la Propiedad es una idea general en la doctrina española.

importante sector de la doctrina italiana la denominada concepción ética de la buena fe - con diversas variantes-⁸⁵⁷.

Señala DÍEZ-PICAZO⁸⁵⁸ que, conforme a la concepción ética de la buena fe, el sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección -o de la exoneración de la sanción- que se otorga al de buena fe si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible.

La diferencia entre ambas concepciones es muy notable. En la primera concepción, cualquier tipo de ignorancia o error puede servir para fundamentar la buena fe. En la segunda, sin embargo, solo puede servir de fundamento a la buena fe un error o una ignorancia que sean estrictamente no culpables o excusables. En consecuencia, habrá que analizar la medida en la que el sujeto operó con la diligencia normalmente exigible en esa situación y dilucidar si con esa normal diligencia el error pudo y aún debió desvanecerse.

Para hacer compatible esta exigencia con una mínima seguridad jurídica se requiere la determinación u objetivación de la “*conducta normalmente exigible*” en esa situación y ese canon conductual, lógicamente, debe añadirse, debería ir evolucionando acompasadamente con la evolución económica y social. Si se niega la necesidad de dicha objetivación estaríamos ante un supuesto de creación judicial del Derecho, lo cual no solo generaría una completa inseguridad jurídica, sino que implicaría una invasión por parte del Poder Judicial de las competencias del Poder Legislativo, lo que ya puso de manifiesto en su día DÍEZ-PICAZO⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ Una síntesis de las diferentes concepciones puede verse en TRINCADO AZNAR J.M, en *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?*, en RCDI, núm. 781, especialmente págs. 2716-2718. Por lo que se refiere a la doctrina italiana, resulta fundamental la obra de BOMNFANTE P. *Essenza della bona fides e su rapporto colla teorica dell'errore*. *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, Editore Pasqualucci, 1893, págs. 85 ss.

⁸⁵⁸ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., Prólogo a la traducción española de *El principio de la buena fe* de F. WIEACKER, ed. Olejnik, 2019, págs. 13-14.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, pág. 15: “ *La idea del principio de buena fe como una vía de introducción de un Derecho judicial, que supone una desviación o una ruptura del Derecho legal o legislado, suscita, por lo menos a mi, abundantes dudas desde el punto de vista constitucional, sobre todo cuando la constitución política se funda en el viejo principio de la división de los poderes y al sistema judicial se le encomienda como tarea el aplicar y ejecutar las leyes. Por otra parte, subsiste la grave dificultad de diferenciar nitidamente ese Derecho judicial que así se crea de la pura y simple “justicia del cadí”*.” ⁸⁵⁹

Con base en estos precedentes, se han desarrollado dos concepciones de la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, cuyo ponente fue el magistrado Excmo. Sr. ORDUÑA MORENO, expone claramente:

1.- Según la primera, denominada *concepción psicológica*, la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria consiste en la creencia de que el titular registral es el verdadero dueño de la cosa y ostenta un poder de disposición sobre la misma.

Por ello, la ignorancia o el equivocado conocimiento de la realidad jurídica no desvirtúa la protección registral otorgada.

2.- Según la segunda, denominada *concepción ética*, la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria consiste en la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos.⁸⁶⁰

Por ello, la buena fe solo protege del error excusable. En consecuencia, para reconocer buena fe en el adquirente se le exige un comportamiento diligente, conforme a unos criterios socialmente aceptados.

Paralelamente, y con independencia de la concepción escogida, resalta la sentencia, la buena fe también puede ser determinada, directamente, con referencia al conocimiento mismo *-scientia-* por el tercer adquirente de la razón o causa que obsta la legitimidad de la transmisión en el momento de perfección del negocio adquisitivo, de forma que pierde la protección otorgada.

⁸⁶⁰ Para una visión sobre el estado actual, doctrinal y jurisprudencial sobre ambas concepciones, puede verse el comentario de DOMÍNGUEZ LUIS A. al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en DOMÍNGUEZ LUIS A. (Dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, especialmente págs. 561-563. ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016. Niega esta distinción MIQUEL GONZÁLEZ J.M, en el comentario al artículo 7 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, T.I.– PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dir). – ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 42.

Con todo, puede observarse que detrás de ambas concepciones de la buena fe registral –más intensamente, tras la denominada *concepción ética*– se halla la creencia básica de que, en el caso de doble venta hay un acreedor de dominio que debe ser respetado y en el caso de venta de cosa ajena el primer adquirente es el verdadero dueño –*verus dominus*–, mientras que el segundo es una especie de usurpador, un adquirente *a non domino* que debe ser protegido en aras de la seguridad del tráfico jurídico, pero que solo merece ser protegido si es “inocente”, esto es, si ignoraba, en el momento de su adquisición, la existencia de un “*verus dominus*” entendiendo por tal el primer adquirente negocial de un titular registral aunque no haya solicitado y obtenido o haya solicitado pero no obtenido la inscripción de su adquisición.

Si no la conocía, merece ser protegido siempre que, además, haya observado la diligencia exigible, y, por lo tanto, el error sea excusable, si se es partidario de la denominada *concepción ética*. Si la conocía, no merece ser protegido, aun cuando ello signifique perjudicar el funcionamiento eficiente del sistema en su conjunto y, con ello, a la inmensa mayoría de los sujetos jurídicos, al proteger a un adquirente de comportamiento oportunista y no cooperativo, pues se aprovechó de la información ofrecida por el sistema registral gracias a los costes asumidos por otros en el momento de su adquisición, al tiempo que él se niega a asumir los mismos costes para que, en el futuro, otros puedan identificar al titular del poder de disposición con la misma facilidad con la que él pudo hacerlo cuando adquirió.

Causa una cierta perplejidad –en el mejor de los casos– que se denomine *concepción ética* de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a aquella que trata con tanta magnanimidad tal comportamiento oportunista por parte del primer adquirente, negador de toda cooperación y erosionador de un sistema institucional que confiere seguridad a las titularidades y agilidad a los intercambios en una economía de mercado, la cual requiere, para su propia subsistencia, un alto flujo de intercambios.

La erosión de dicho sistema institucional se consigue, en primer lugar, mediante la imposición de unas exigencias injustificadas de diligencia para hacer excusable su desconocimiento de la inexactitud registral a los adquirentes que invocan la protección registral, y, en segundo lugar, mediante la ampliación material del alcance de dicho desconocimiento. Estas exigencias, inevitablemente y como consecuencia, dificultan que

el sistema institucional del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario desarrolle todas sus potencialidades, entre las que cabe destacar que las titularidades inmobiliarias sean, al propio tiempo, más seguras y más fácilmente transmisibles, superando el inevitable *dilema* entre ambas cualidades en un contexto de contratación impersonal dominado por la concepción causal de la *traditio* y la pervivencia de la acción reivindicatoria.⁸⁶¹

Esa concepción básica, a su vez, se debe a la pervivencia de inercias conceptuales propias de la tradición romanista, y, como consecuencia, a la creencia de que la Ley Hipotecaria desempeña una función ancilar en relación al Código civil, lo que induce a una interpretación de la Ley Hipotecaria subordinada al Código civil, en lugar realizar una interpretación de éste subordinada a la Ley Hipotecaria, tal y como prescriben, entre otros, los artículos 608 y 1537 del Código civil.

Esta concepción impide interpretar el Código civil conforme a las exigencias propias de una economía de mercado y, a su vez, impone interpretar la Ley Hipotecaria conforme a las exigencias propias de una sociedad agraria próxima a una economía de subsistencia. Lo cual impide que, en el contexto de una economía de mercado, las titularidades inmobiliarias sean más seguras y más fácilmente transmisibles.

Si, por el contrario, se procede a la inversa, esto es, a interpretar el Código civil desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, tal y como exigen, entre otros, los artículos 608 y 1537 del Código civil, entonces se concluye que, en materia de propiedad inscrita, la Ley Hipotecaria introduce, manteniendo la base del sistema de transmisión del Código civil, un nuevo sistema de transmisión que he denominado sistema de transmisión registral.

Conforme al mismo, quien adquiere de un titular registral protegido por la fe pública registral, adquiere *a domino* porque su transmitente es un titular *in rem* o protegido por una regla de propiedad. En materia de propiedad inscrita el poder de disposición no se extingue con la *traditio* sino con la inscripción de la titularidad a favor

⁸⁶¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 73 ss.

del nuevo adquirente. Asimismo, quien adquiere de un titular registral pero no inscribe es un titular meramente obligacional o *in personam*, esto es, protegido por una regla de responsabilidad y, por lo tanto, si el titular registral, pese a su obligación de no disponer derivada de un acto o negocio jurídico de finalidad traslativa anterior, vuelve a disponer a favor de un adquirente que sí inscribe, este deviene titular *in rem* y, en consecuencia, prevalece sobre el primer adquirente que decidió no inscribir. Ello es así porque, por definición, en el conflicto entre un titular *in rem* y un titular *in personam* prevalece el primero.

Si se tiene en cuenta todo ello, entonces, el desconocimiento de la referida inexactitud registral, exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que un adquirente quede protegido, así como la diligencia exigible tienen un alcance muy distinto del que suelen atribuirle doctrina y jurisprudencia

16.3. Según la doctrina y la jurisprudencia dominantes, el conocimiento por el segundo adquirente de que el titular registral ha dispuesto previamente, implica conocimiento de una inexactitud registral y, por lo tanto, no queda protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

Conforme a la concepción dominante, si C –segundo adquirente que inscribe su adquisición– conocía, cuando adquirió de A –titular registral–, que éste había dispuesto previamente de su derecho a favor de B –primer adquirente que no inscribió– entonces C carece de buena fe y no puede quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Como dice la decisiva sentencia de 7 de septiembre de 2007 –de la que fue ponente el Excmo. Sr. MARÍN CASTÁN –, la buena fe consiste en “*la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere en el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa*”. En definitiva, consiste en el desconocimiento de que el transmitente carece de poder de disposición. La función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria consistiría, precisamente, en subsanar dicha carencia, al igual que la usucapión.

Esta opinión es consecuencia de la consideración de A como *non dominus* cuando vendió a C y, por lo tanto, de la consideración de C como un adquirente *a non domino*

Partiendo de esta consideración, la buena fe hipotecaria tiende a ser concebida como un instrumento modulador o, más bien, corrector, de la plena eficacia de los asientos registrales ⁸⁶². Desde esta perspectiva, el conocimiento por el segundo adquirente de la transmisión anterior, implica conocimiento de una inexactitud registral y, por lo tanto, no debe ser protegido porque sabe que lo que el deudor le entrega no le pertenece y “*nemo dat quod non habet*”.

Sin embargo, conforme a lo expuesto en los epígrafes anteriores, el conocimiento por parte del adquirente de un titular registral de la existencia de una transmisión anterior no inscrita no debería enervar su buena fe, porque no es el conocimiento de una inexactitud registral y, por lo tanto, no debería impedir su protección por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que significa que su titularidad –titularidad registral– debería prevalecer frente a la del adquirente del titular registral que prefirió no inscribir y que, por lo tanto, es un adquirente meramente obligacional, o lo que es lo mismo, protegido solo por una regla de responsabilidad.

16.4. El conocimiento por parte de un segundo adquirente a título oneroso de que el titular registral ha dispuesto previamente a favor de alguien que no ha inscrito, no implica conocimiento de inexactitud jurídico-real alguna del Registro ni tampoco, por si sola, una presunción de complicidad en un fraude de acreedores

16.4.1. El concepto de inexactitud registral a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria

El artículo 39 de la Ley Hipotecaria dispone:

⁸⁶² En este sentido GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 304.

“Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extraregstral.”

Según ROCA SASTRE ⁸⁶³, este artículo tiene un tono definidor que debería dejarse más bien para la doctrina. DÍEZ-PICAZO⁸⁶⁴ es de la misma opinión y, además, sostiene que este precepto no tiene alcance normativo, pero que puesto en relación con el artículo 40 de la Ley Hipotecaria puede deducirse que la inexactitud parece consistir en la falta de perfecta inscripción de la situación jurídica vigente o en una inscripción producida en forma errónea o con falsedad⁸⁶⁵. Sostiene también que como en el Registro se publican fundamentalmente los datos relativos a los derechos inscribibles, la inexactitud registral se refiere fundamentalmente a ellos, pero también puede referirse a los datos físicos o de mero hecho, para concluir, siguiendo a ROCA SASTRE, que, en un sentido estricto, la inexactitud es toda discordancia o falta de paralelismo entre la realidad jurídica y el contenido del Registro en aquello que se refiere a la situación jurídico-real de una finca inmatriculada.⁸⁶⁶

⁸⁶³ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch 1995, pag. 202.

⁸⁶⁴ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, págs. 601-602.

⁸⁶⁵ LACRUZ BERDEJO J-L y SANCHO REBULLIDA F. de A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1991, págs. 250 ss. distingue la inexactitud registral de la irregularidad registral, la cual define como *“una cualidad del asiento independiente de su concordancia con las titularidades materiales: significa simplemente que en el proceso de inscripción o en el asiento practicado, existe algún defecto. De estos defectos, unos facultan para anular definitivamente el asiento, y otros, los más, para pedir o practicar su regularización: unos suponen además inexactitud registral y otros no. La Ley, para designarlos, no habla genéricamente de irregularidades o defectos, sino más específicamente, pero con escasa precisión, de nulidad o error”*.

⁸⁶⁶ Entienden ROCA SASTRE R.M y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch 1995, pág.203 que en un sentido amplio, *“el concepto de inexactitud registral puede extenderse incluso a toda causa que pueda dar origen a acciones enervadoras de la titularidad del transferente tratándose de acciones rescisorias, esto es, de las que no actúan in rem, o sea, que se producen ex nunc”*. Este concepto, sin embargo, no es operativo a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues si se trata de inexactitudes referentes a situaciones jurídico-reales no pueden incluirse aquellas situaciones o aspectos de estas que solo están protegidas por acciones personales. Por otro lado, sostienen estos autores que *“debe excluirse de la noción de inexactitud del Registro todo aquello respecto de lo cual no entran en juego las funciones propias de la publicidad registral en nuestro sistema registral inmobiliario, las cuales ... (...)... son la legitimación y la protección del titular inscrito, y, en especial, de los terceros adquirentes por negocio jurídico registrado, en el amplio sentido de la presunción de exactitud del contenido del Registro, el valor constitutivo de la inscripción en materia de hipotecas y otras situaciones jurídicas inmobiliarias, la función o cometido de afección a tercero, de tipo, por tanto, negativo, de todo cuanto conste inscrito, tratándose de ciertos gravámenes o situaciones, el auxilio de la cognoscibilidad legal, que implica que el contenido registral es conocido por todos sin que pueda alegar su desconocimiento, e, incluso, su simple*

Para ROCA SASTRE ⁸⁶⁷, la inexactitud registral, en un sentido técnico, viene definida en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, conforme a la cual:

“Por inexactitud registral se entiende toda discordancia entre el Registro y la realidad. Sin embargo, no afectarán a la exactitud de los asientos los derechos no protegidos por la fe pública, ni aquellos otros cuya registración no se considera necesaria por razones sociales o por su intrínseca exteriorización”.

De acuerdo con este pasaje de la Exposición de Motivos, prescindiendo de estos últimos, la discordancia que implica inexactitud cuyo conocimiento es relevante a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la referente a los derechos susceptibles de inscripción y que, de constar inscritos, quedarían protegidos por dicho artículo.

Por lo tanto, el conocimiento de situaciones obligacionales relacionadas con los derechos inscritos no es conocimiento de una inexactitud registral⁸⁶⁸, lo que reviste la mayor relevancia, pues, en el tráfico jurídico inmobiliario, para la transmisión de las titularidades inmobiliarias se requieren negocios jurídicos que no son dispositivos sino generadores de obligaciones. Para que se produzca la transmisión *inter partes* se requiere, además, poder de disposición en el transmitente y tradición y, para que se produzca *inter tertios* se requiere la inscripción. Si se trata de propiedad inscrita y, por lo tanto, se adquiere de un titular registral, supuesto contemplado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para que la inscripción del adquirente le transmita la titularidad *in rem* se

función informativa, que se denomina publicidad formal”. ROCA SASTRE R.M y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L. *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch 1995, pág 204. Por ello, según estos autores *“deben excluirse, en principio, del campo de la inexactitud registral los datos registrales de mero hecho y los relativos al estado civil de las personas y a las relaciones jurídicas de carácter personal u obligacional, con las correspondientes excepciones, así como todo lo referente a limitaciones legales o estatutarias de la propiedad inscrita y a las servidumbres prediales aparentes”.* ROCA SASTRE R.M y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch 1995, pág. 203.

⁸⁶⁷ ROCA SASTRE R.M y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch 1995, pag. 203.

⁸⁶⁸ En este sentido, GONZÁLEZ J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, T.I, ed. CORPME, 2009, pág.: 499, ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch 1995, pág. 203, GARCÍA GARCÍA J.M *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, ed Civitas, Madrid, 1993, págs. 320 y 321.

requiere que ignore cualquier desacuerdo entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral referente a una situación jurídica real del derecho que adquiere.

El artículo 40 de la Ley Hipotecaria enumera cuatro posibles causas de inexactitud registral, que DÍEZ-PICAZO enumera del siguiente modo:

1.-La inexactitud proviene de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria.

2.-La inexactitud debe su origen a la extinción sustantiva de algún derecho inscrito o anotado, que no ha tenido acceso al Registro mediante la correspondiente cancelación.

3.- La inexactitud tiene lugar por nulidad o error de algún asiento.

4.- La inexactitud procede de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiera motivado el asiento.

5.- Otras causas no especificadas por el artículo 40 - artículo 40.d de la Ley Hipotecaria-.

Dado el objeto de este estudio, me centraré en la primera causa de inexactitud, que tiene lugar cuando, partiendo de una situación anterior de exactitud del Registro, se modifica la situación extrarregistral posteriormente, pero no se modifica el Registro. Dentro de este supuesto, DÍEZ-PICAZO ⁸⁶⁹ distingue tres sub-hipótesis:

1.- Se ha producido una transmisión dominical que no ha tenido acceso al Registro, de manera que en el Registro sigue siendo titular dominical el “antiguo” propietario. Lo mismo puede decirse cuando se ha transmitido un derecho real sobre cosa ajena.

2.-Se ha constituido un derecho real inmobiliario, que no exige para su nacimiento la inscripción, pero el Registro no publica ese derecho. En la realidad jurídica

⁸⁶⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 603.

extrarregistral la propiedad se encuentra gravada o limitada por el derecho real, mientras que en el Registro se encuentra libre de cargas.

Es posible también que se haya modificado en su contenido y alcance el derecho real en cosa ajena anteriormente inscrito sin que la modificación haya llegado al Registro.

3.- Se ha extinguido en la realidad jurídica extraregstral el derecho inscrito, pero no se ha procedido a practicar el asiento de cancelación.

Por las mismas razones expuestas anteriormente y para simplificar el análisis me centraré, por el momento, en la primera sub-hipótesis.

Tal y como la formula DÍEZ-PICAZO, cuando el titular registral dispone pasa a ser el “antiguo” propietario, esto es, deja de ser propietario y si el adquirente -nuevo propietario- no inscribe, entonces, el Registro pasa a ser inexacto porque no refleja la realidad extrarregistral, es decir, la realidad, porque, según esta concepción, la función del Registro, salvo en los casos de inscripción explícitamente constitutiva, no es crear o participar en la creación de la realidad jurídica sino publicarla, esto es, reflejarla, aun cuando pueda ser con efectos legitimadores.

En esta misma línea, ROCA SASTRE ⁸⁷⁰ considera que la falta de acceso registral del título, derecho, o relación jurídica inscribible o registrable produce la inexactitud del Registro, porque los libros hipotecarios dejan sin publicar una mutación jurídico-real producida extrarregistralmente.

Procede, por lo tanto, analizar si, en este caso, estamos ante una inexactitud registral cuyo conocimiento impida al adquirente quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si el conocimiento por el segundo adquirente -que solicita y obtiene la inscripción de su adquisición- de que el titular registral dispuso previamente a favor de un adquirente

⁸⁷⁰ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* T.III, ed. Bosch, 1995, pag. 203.

que no ha inscrito enerva su buena fe solo puede deberse, conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a que dicha situación implica una inexactitud registral, lo cual obliga a cuestionar en qué consiste dicha inexactitud.

En principio, no parece que pueda consistir en que el primer adquirente no inscribiera su adquisición, pues la regla general es la voluntariedad de la inscripción.

Parece, entonces, que la inexactitud debe consistir en que, como consecuencia de la no inscripción de su adquisición por parte del primer adquirente, el Registro -esto es, el Estado- proclama como titular a una persona que ya no lo es porque transmitió su titularidad y, por lo tanto, el *ius disponendi* sobre la misma. Como consecuencia, cuando transmitió al segundo adquirente, ya no era dueño del inmueble transmitido, por lo que no podía transmitírselo y el segundo adquirente lo sabía. Es el conocimiento de esta “inexactitud” la que impediría reconocerle la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Y esta es la opinión unánime de doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, creo que es necesario analizar si dicha situación constituye una inexactitud registral y, por lo tanto, su conocimiento enervaría la buena exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

16.4.2. El hecho de que el adquirente de una titularidad inmobiliaria opte voluntariamente por no inscribir su adquisición no implica inexactitud registral

En mi opinión, el hecho de que el Registro proclame como propietario al titular registral que transmitió su titularidad mediante un negocio jurídico a título oneroso de finalidad traslativa seguido de tradición a un adquirente que optó por no inscribir su adquisición no constituye ninguna inexactitud registral. Por el contrario, refleja exactamente la voluntad tanto del adquirente como del transmitente, pues ambos están legitimados para solicitar la inscripción -artículo 6, a y b de la Ley Hipotecaria-, pero no obligados a ello y, si, en uso de su libertad, han optado por no solicitar que el Estado reconozca a través de la inscripción al adquirente como titular *erga omnes*, previa

verificación de la legalidad del acto o contrato de finalidad traslativa correspondiente, ello no implica inexactitud registral alguna.

Por el contrario, si la falta de solicitud de inscripción es contraria a la voluntad del adquirente, debida a hechos que le han impedido realizar dicha solicitud, en ese caso, la ausencia de inscripción sí debe ser considerada inexactitud registral a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues no refleja la voluntad del adquirente.

16.4.3. La buena fe exigible en el caso de conflicto de adquisiciones entre titularidades inmobiliarias no inscritas y titularidades inmobiliarias inscritas

En todo caso, como consecuencia de la no inscripción de su adquisición, el Estado, a través del Registro, sigue proclamando como titular *erga omnes* al mismo titular registral, que sigue siendo el titular frente a todos. Sin embargo, no lo es en relación a la persona a la que transmitió su titularidad aunque no la haya inscrito. Precisamente por no haberla inscrito, es decir, por no haber solicitado del Estado su reconocimiento, es un titular meramente privado, y, por eso mismo, se halla en la misma situación que un adquirente meramente obligacional y, por lo tanto, con una titularidad protegida solo por una regla de responsabilidad, no de propiedad.

Adicionalmente, si, conforme a la argumentación expuesta en páginas anteriores, aceptamos que, tratándose de propiedad inscrita, el poder de disposición –y, por lo tanto, la titularidad *in rem*– no se trasladan al adquirente en el momento de la *traditio* sino en el de la *inscripción*, mientras no inscriba es un acreedor, no un propietario o titular *in rem* de un derecho real, aunque haya tenido lugar la *traditio*, por lo que el Registro de la Propiedad no refleja inexactitud jurídico-real alguna mientras el primer adquirente contractual no inscriba, pues, mientras no lo haga, su situación jurídica es obligacional, no real, porque su titularidad es meramente obligacional.

Pero, incluso, aunque no se aceptase esta tesis, mientras el primer adquirente no inscriba su adquisición, su situación sigue siendo semejante a la de un comprador pendiente de *traditio* porque, al igual que él, tiene una titularidad protegida solo por una

regla de responsabilidad. Si aparece un segundo adquirente que sí inscribe, cumpliendo los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, queda privado de su titularidad, la cual queda sustituida por el equivalente económico, incluida la correspondiente indemnización, siendo el segundo comprador el que adquiriría una titularidad *in rem*.

Tratándose de propiedad inscrita, la situación del segundo contratante que inscribe su adquisición sería, en relación al primero que no inscribió, parecida a la del segundo contratante en la doble venta –esto es, de una segunda venta precedida de una primera no seguida de *traditio*– que inscribe primero, regulada en el artículo 1473 del Código civil–, en relación al primero, en materia de propiedad no inscrita. En ambos casos, estaríamos ante una adquisición *a domino* porque, en ambos casos, el *tradens* es el titular del *ius disponendi*.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ⁸⁷¹ considera que, aun así, el conocimiento de la existencia del primer contrato de finalidad traslativa sin *traditio* enervaría la buena fe del adquirente. Para ello alega tres razones:

(1) Por la regla impuesta por el artículo 7.1 del Código Civil.

(2) Porque la condena de la mala fe integra un principio general y supremo del ordenamiento jurídico –sentencias del Tribunal Supremo de 3 abril de 1968 y 4 de febrero de 1972–.

(3) Por el deber de respeto general a los derechos ajenos, entre los que se encuentran los derechos de crédito –artículo 1902 del Código civil, represión del fraude de acreedores–.

En cuanto a las dos primeras razones, cabe decir, siguiendo a MIQUEL GONZÁLEZ⁸⁷², que “no puede argumentarse que la buena fe es una para eludir las

⁸⁷¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II, ed. CORPME, Madrid, 1999, pág. 556.

⁸⁷² MIQUEL GONZÁLEZ J.M. en el “Comentario al artículo 7.1. del Código civil,” en *Comentario del Código Civil*, T. I, PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., y SALVADOR CODERCH P (Dir)–, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 42. En este mismo

concreciones legislativas de la buena fe, traducidas en definiciones precisas como las de los artículos 433 y 1950 del Código Civil o el artículo 34-II de la Ley Hipotecaria. Aquí el juez se encuentra con valoraciones ya realizadas por el legislador en el proceso de formación de la disposición legal...(…)…En estos preceptos la buena fe ha sido concretada por el legislador y no es un concepto indeterminado que pueda ser precisado por el juez”.

En el caso del artículo 34 II de la Ley Hipotecaria, la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro. Y, por “inexactitud registral” hay que entender inexactitud jurídico-real, por circunscribirse a las situaciones jurídico-reales el objeto propio del Registro de la Propiedad. Por consiguiente, el conocimiento de situaciones jurídicas obligacionales en nada afecta a la buena fe⁸⁷³ que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para mantener en su adquisición al segundo adquirente que inscribe su adquisición.

A ello hay que añadir que el artículo 7.1 del Código civil se refiere a la buena fe exigible en el ejercicio de los derechos, que, como señala GARCÍA GARCÍA⁸⁷⁴, se refiere a la conducta honrada, leal y honesta, o modo de proceder en el ejercicio de los derechos, siendo muy distinta la denominada buena fe exigible en el proceso de adquisición de los derechos reales y, más específicamente, de los derechos reales inscritos.⁸⁷⁵ En este caso, la denominada buena fe exigible es el desconocimiento de una inexactitud registral, sin que se le deba adicionar ningún otro requisito, máxime

sentido, AMORÓS GUARDIOLA M., *La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe*, ADC, núm 1, 1972, Tomo XXV, pág. 217. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. M En el Prólogo a la obra de Franz Wieaker, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986, págs. 11 y 12. JEREZ DELGADO C., *La buena fe registral*, ed. CORPME, 2005, pág. 12.

⁸⁷³ GARCÍA GARCÍA J.M. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II, pág. 320, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

⁸⁷⁴ GARCÍA GARCÍA J.M en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II, págs. 187-189.

⁸⁷⁵ Según la Comisión de Réforme de la Publicité, *Raport: Pour une modernisation de la publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia de Francia el 12 de noviembre de 2018, pág. 83, no hay que confundir la buena fe contractual que impone lealtad de las partes a lo pactado, con la buena fe en el ámbito del Derecho de bienes que consiste, simplemente, en el conocimiento efectivo de una situación dada. Esta noción es válida en el ámbito del Derecho patrimonial. Cuando hay un Registro de derechos, la buena fe es la exigida por la norma que regula el régimen de circulación registral o, si se prefiere, la fe pública registral, la cual la define diciendo que consiste en la ignorancia de la inexactitud registral.

tratándose de derechos reales inscritos, en cuyo proceso de transmisión desempeña una función esencial la seguridad del tráfico jurídico.

El Derecho de la seguridad del tráfico jurídico se caracteriza porque al adquirente le basta con la información que le suministre el sistema institucional para ser mantenido en su adquisición sin necesidad de requerir más información que, en ocasiones, de obtenerla, podría frustrar su adquisición. Cuestión distinta es que, una vez adquirido el derecho, el titular deba sujetarse en su ejercicio a las exigencias del artículo 7.1 del Código civil.

No basta, por ello, con una referencia general a la buena fe del artículo 7.1 del Código civil para negar los efectos atributivos al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni es admisible asimilar el comportamiento del segundo comprador que conoce la existencia de un primer comprador que no ha inscrito a la de un comportamiento “deshonesto” – concepto muy variable en una sociedad con pluralidad de creencias y valores y en la que es preciso entender la racionalidad subyacente de una economía de mercado antes de calificar de honestos o deshonestos determinados comportamientos– sino que es necesario demostrar que un determinado comportamiento es contrario al significado específico de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y ello no resulta de las dos primeras razones alegadas.

A estos efectos, desde la lógica de la economía de mercado, el comportamiento que puede calificarse de deshonesto no es el del segundo contratante que inscribe sino el del primero que no inscribe.

En efecto, la economía de mercado se caracteriza por la contratación impersonal, en la que la información relevante es escasa y, por lo tanto, costosa, y está distribuida asimétricamente entre transmitente y adquirente. El Registro de derechos surge para superar esta situación, generando una situación de información funcionalmente completa, para lo que elabora un sistema de transmisión registral. El primer adquirente se aprovecha de un sistema transmisivo que le permite conocer si el transmitente tiene poder de disposición así como las causas de ineficacia de actos o negocios anteriores al mismo inmueble que podrían anteponerse a su derecho y, sin embargo, oculta su adquisición, de modo que genera las incertidumbres para cuya desaparición surgió el sistema del que se

beneficia. Este tipo de comportamientos dificulta los intercambios futuros y, por lo tanto, la reasignación de recursos escasos, una de las funciones fundamentales del derecho de propiedad privada. Este tipo de comportamientos privados parasitarios solo pueden tener éxito si se les da relevancia, permitiéndoles destruir la información registral que contiene, nada menos que la proclamación del Estado sobre quién es la persona a la que el propio Estado reconoce como titular.

El comportamiento del segundo adquirente no es deshonesto porque sabe que el primero no ha completado el *iter* adquisitivo para adquirir una titularidad *in rem*, y, además, inscribe, con lo que él si completa ese *iter* y, además, evita incertidumbres a futuros adquirentes, facilitando así la reasignación eficiente de recursos escasos. De comportamiento del primer adquirente derivan consecuencias perjudiciales para toda la sociedad, mientras que del comportamiento del segundo derivan consecuencias beneficiosas. Por ello, el primero no debe ser protegido frente al segundo sino que, inversamente, debe protegerse al segundo frente al primero.

Por lo que se refiere a la tercera razón, - el deber de respeto general a los derechos ajenos, entre los que se encuentran los derechos de crédito-, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. ya hizo notar que los terceros adquirentes no solamente deben respetar los derechos reales existentes, sino también los de crédito anteriores al suyo⁸⁷⁶, excepto aquellos que, de tener eficacia real, infringirían las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes. Por ejemplo, prohibiciones de disponer establecidas en negocios jurídicos onerosos -artículo 27 de la Ley Hipotecaria-.⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS pone varios ejemplos tomados del Derecho positivo, el cual: 1) reprime la connivencia de los terceros en el fraude de acreedores –régimen de la acción pauliana, delito de insolvencia fraudulenta-; 2) sanciona la mala fe de un segundo comprador (artículo 1473 del Código civil); 3) por otro lado, los derechos de crédito, en cuanto bienes integrantes de un patrimonio, están también protegidos *erga omnes* por el artículo 1902 del Código civil –v.gr. el derecho del arrendatario-, 3.1) ya se trate de actos o contratos con el tercero que menoscaban el crédito en cuanto afectan al débito específico –ej.: terceros adquirentes de la cosa o contratantes del servicio a que el derecho de crédito se refiere-, 3.2) ya se trate de actos o contratos con el tercero que menoscaban el crédito en cuanto afecten a la responsabilidad –menoscaban el patrimonio del deudor en perjuicio del acreedor-: artículos. 6-2, 111, inciso segundo, 1291, 1295-II, 1297 y 1298, 1124 y 1540, 1473, 643, 506, 1029. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T.I ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. págs. 58 y 59.

⁸⁷⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. I, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 58, nota 3.

Por ello, analizaré la buena fe exigida en (1) en el caso de doble venta de un bien inmueble regulado por el artículo 1473 del Código civil, dado que, en materia de propiedad inscrita, la situación del adquirente que no inscribe es próxima a la del primer contratante del artículo 1473 del Código civil que tampoco inscribe, viéndose postergados por un segundo adquirente que sí inscribe, esto es, que solicita y obtiene del Registro -y, por tanto, del Estado- la titularidad adquirida privadamente y (2) en la enajenación en fraude de acreedores.

16.4.3.1. La regla de preferencia del artículo 1473 del Código civil en el caso de conflicto de adquisiciones inmobiliarias. La buena fe exigible

En el ámbito del Código civil, por lo que se refiere a la buena fe exigida en el caso de doble venta de un bien inmueble contemplada por el artículo 1473, considero relevante hacer dos observaciones: 1.- A diferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que sí define la buena fe que exige, el artículo 1473 del Código civil no solo no la define, sino que ni siquiera la invoca. 2.- En materia de bienes inmuebles, sienta un criterio prioritario - la propiedad se atribuye a quien sea primero en la inscripción- y dos subsidiarios - posesión y, en su defecto, título de fecha más antigua-. Para que operen los criterios subsidiarios se exige buena fe, al igual que para resolver el conflicto de adquisiciones cuando el bien es mueble.

No obstante, el artículo 1473 II del Código civil no exige buena fe para la operatividad del criterio prioritario -inscripción- cuando el bien es inmueble, a diferencia de los demás casos. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina⁸⁷⁸ y la jurisprudencia sostienen que también es necesaria la buena fe del segundo adquirente que inscribe

⁸⁷⁸ Entre otros, PETIT SEGURA M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, pág.123, MIQUEL GONZÁLEZ J. M^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1, págs. 45 a 61. GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC, 2001, fascículo 1, pág.202, LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002, núm.:671, págs. 847-873. MOLINA GARCÍA A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, RUBIO GARRIDO C., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999*. CCJC, 2000, núm.52, págs. 65 y 71, PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, pág.202.

primero para que venza en este conflicto de adquisiciones, pero esa exigencia no consta en el artículo 1473 II del Código civil, lo cual debe ser subrayado.⁸⁷⁹

La cuestión que se plantea es, entonces, la siguiente: ¿En qué consiste la buena fe presuntamente exigida por el artículo 1473 II del Código civil?

Doctrina ⁸⁸⁰ y jurisprudencia ⁸⁸¹ están de acuerdo en que la buena fe supuestamente exigida por el artículo 1473 II del Código civil consiste en la ignorancia por parte del segundo comprador de la existencia de ventas anteriores, lo cual plantea la cuestión de si siempre que el segundo comprador conoce la existencia de una venta anterior incurre en mala fe.

⁸⁷⁹ Tampoco sus precedentes más inmediatos exigían buena fe. Como señala PETIT SEGURA M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, págs. 24 y 25, tales precedentes los hallamos en el Proyecto de Código civil de 1851, concretamente: 1.- Artículo 1396: "Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 892." 2.- Artículo 892: "Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la Sección 3 de este título". 3.- Artículo 1859: "Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título". 4.- "La preferencia entre los acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualquiera otros derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles, se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público". No debe olvidarse que el Proyecto de Código civil de 1851 introducía un sistema registral de mera oponibilidad, similar al francés, que no exigía buena fe. Esa es la razón, a mi juicio, por la que tampoco la exige el artículo 1859 del Proyecto ni el vigente artículo 1473 del Código civil, que procede del mismo.

⁸⁸⁰ PETIT SEGURA M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona 1990, pág. 124, LALAGUNA E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002, núm.:671, pág. 861.

⁸⁸¹ Sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Primera de 17 de diciembre de 1984, 10 de abril de 1991, 25 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1999. Como afirma PÉREZ GARCÍA M.J., todo ello le permite afirmar al Tribunal Supremo que el concepto de buena fe utilizado por el artículo 1473 del Código civil coincide con el de los artículos 433 y 1950 de, el mismo Código, como sostienen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 e febrero de 1961, 6 de diciembre de 1962, 3 de octubre de 1963, 26 de noviembre de 1970, 16 de febrero de 1981, 16 de marzo de 1981, 16 de marzo de 1983, 17 de diciembre de 1984, 27 de septiembre de 1996 y 1 de junio de 2000. PÉREZ GARCÍA M.J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, págs. 214-216.

Un sector mayoritario de la doctrina responde afirmativamente⁸⁸². No obstante, autores como GULLÓN BALLESTEROS ⁸⁸³ o DE ÁNGEL YÁGÚEZ ⁸⁸⁴ sostienen que solo hay mala fe si el segundo comprador tiene conocimiento de una venta anterior seguida de *traditio*, pero si aún no ha tenido lugar la transferencia de propiedad por faltar la *traditio*, no hay mala fe.

Sostiene PÉREZ GARCÍA ⁸⁸⁵ que si el artículo 1473 II del Código civil no exigiera el requisito de la buena fe, sería totalmente indiferente que el segundo comprador conociera o no la existencia de una venta anterior. En ese caso, el segundo comprador, incluso conociendo la venta anterior, adquiriría la propiedad cuando reuniese los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico para adquirir el dominio de la cosa, es decir, normalmente, título más modo. Ahora bien, en los casos en los que el segundo comprador hubiese tenido conocimiento de la primera venta, vendría obligado a indemnizar al primer comprador por la vía de la responsabilidad extracontractual, conforme al artículo 1902 del Código civil.

Sorprende esta afirmación, pues la propia argumentación indica que si hubo desconocimiento de la venta anterior, el segundo comprador, realizada la *traditio*, adquiere sin obligación de indemnizar al primer comprador, mientras que si hubo conocimiento de la venta previa, debe indemnizar al primer comprador. No es, por lo tanto, indiferente que el artículo 1473 del Código civil exija o no buena fe. Si fuera indiferente no debería indemnizar tampoco en el caso de “mala fe”.

⁸⁸² ALBALADEJO GARCÍA M. *Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, ed. Bosch, Barcelona 1994, pág. 83. LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002, núm.:671, págs. 861-862. PETIT SEGURA M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona 1990, págs. 124 y 125, PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, pág. 212.

⁸⁸³ GULLÓN BALLESTEROS A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, ed. Tecnos, Madrid, 1968, pag. 32.

⁸⁸⁴ DE ÁNGEL YÁGÚEZ R., *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975, pág. 124.

⁸⁸⁵ PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, págs. 206-208.

Continúa afirmando el citado autor que, “*sin embargo, en el caso de doble venta, el Legislador considera que la solución tiene que ser distinta. Por este motivo establece en el artículo 1473 del Código civil que si el comprador conoce la existencia de una venta anterior (y tiene, por tanto, mala fe) ese conocimiento impide que adquiera la propiedad de la cosa, aunque reúna los requisitos exigidos por la ley para adquirir el dominio*”⁸⁸⁶. En esta misma línea se manifiestan MORALES MORENO⁸⁸⁷ y PAU PEDRÓN⁸⁸⁸ según los cuales, el legislador, en el artículo 1473 II, del Código civil en el caso de doble venta, prefiere proteger el derecho de crédito del primer adquirente si el segundo adquirente que inscribe carece de buena fe.

En esta misma línea RODRÍGUEZ ELORRIETA⁸⁸⁹ sostiene:” *Cuando del mismo bien se realizan sucesivos contratos de compraventa por el mismo vendedor sería prescindible un precepto como el artículo 1473 del Código Civil. Como hemos señalado inicialmente, este artículo no se ocupa de ordenar las pretensiones de varios compradores únicamente titulares de derechos de crédito. De hecho, los conflictos relativos a la efectiva adquisición del dominio se podrían solucionar con las reglas generales relativas a la traditio (artículos 609 y 1462 del Código Civil), aplicadas a la vista del principio prior tempore (y, por supuesto, modalizadas por las normas más específicas de protección de la apariencia y buena fe en el tráfico: artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil). Es, por tanto, lógico pensar que el sentido del precepto sea conducir a un resultado distinto, dando relevancia a la buena fe y a la posesión, como término no equivalente a la traditio. En consecuencia, una cosa es adquirir la propiedad de acuerdo a la teoría del título y el modo, y, otra, ser preferido en la adquisición de acuerdo a las reglas del artículo 1473 del Código Civil”.*

No parece que adquirir la propiedad y ser preferido en la adquisición sean cosas distintas: finalmente, propietario es quien es reconocido como tal por el Estado y, por lo

⁸⁸⁶ PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, pág. 208.

⁸⁸⁷ MORALES MORENO A. M.” Prólogo” al libro *La venta de cosa arrendada* de Pilar Moreda, Madrid, 1998, pág. 21.

⁸⁸⁸ PAU PEDRÓN A. “Doble venta de inmuebles y publicidad registral” en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, ed. CORPME, pág. 275.

⁸⁸⁹ RODRÍGUE ELORRIETA N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790, pág. 907.

tanto, en caso de conflicto, quien es preferido en la adquisición. Y el artículo 1473 del Código civil señala quién es preferido en la adquisición en caso de un determinado conflicto de adquisiciones, por lo que constituye un modo de adquisición del dominio para ese supuesto. Ello no justifica, sin embargo, la exigencia añadida de buena fe, exigencia que el artículo 1473 del Código civil no contempla para el caso de los bienes inmuebles, a diferencia de lo que sucede en el caso de los bienes muebles. Si, como afirma RODRÍGUEZ ELORRIETA, el artículo 1473 del Código civil prescinde de la referencia expresa a la buena fe porque la exige, entre otros, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se entiende por qué, sin embargo la exige en el caso de los bienes muebles, cuando ya la exige el artículo 464 del Código civil.

CLEMENTE MEORO⁸⁹⁰ destaca que esta solución fue la adoptada por la *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794, -que OLIVER traduce como Derecho nacional común a los estados de Prusia -, la cual disponía -I,10, parágrafo 25-: “*Aquel que en el momento de la inscripción o de la entrega tuviese conocimiento de un título anterior de otro, no puede prevalecer, en perjuicio de este, de la inscripción o entrega ejecutada*”. Y también -I,19, parágrafo 5-: “*Si se puede probar que el adquirente ha tenido conocimiento en el momento de la toma de posesión del derecho personal de un tercero a la misma cosa, no puede prevalecer frente a él de su derecho real, constituido por la tradición*”.⁸⁹¹

La confusión existente en el Derecho prusiano fue resuelta en gran medida por el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el cual establece el sistema transmisivo inmobiliario de acuerdo

⁸⁹⁰ CLEMENTE MEORO M.E, *El acreedor del dominio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 268-270.

⁸⁹¹ Afirma OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomoson Ruters., 2ª ed.: Cizur Menor, 2009, pág.97 que el Derecho común de Prusia, en lo que se refiere al régimen inmobiliario, “*aparece vacilante, contradictorio e inseguro respecto de las doctrinas sobre la transmisión y gravamen de la propiedad territorial, pues en unos casos adopta las que proceden del Derecho Romano y en otros hace aplicación de las consignadas en dicha Ley Hipotecaria, viniendo a concluir como concluyen todas las obras del entendimiento, cuando no están inspiradas en principios firmes y seguros, en un eclecticismo funesto, tanto para los intereses públicos, como para los derechos de los particulares*”. Afirma, asimismo que “*los autores del Código de Prusia se desviaron igualmente de la teoría romana de la tradición y de la alemana de la inscripción: de la primera, porque exigen, además del titulus y del modus, la carencia de la mala fe en el adquirente, y de la segunda, porque tan poco basta al adquirente la buena fe deducida del examen de los libros del Registro, sino que es preciso acudir a otras fuentes de conocimiento extrañas a ellos*”. Afirma OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, Civitas Thomoson Ruters, 2ª ed. Cizur Menor, 2009, pág. 10.

abstracto traslativo seguido de la inscripción, descrito en páginas anteriores. Y en este sistema transmisivo, conforme al parágrafo 826 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, si el segundo adquirente tiene conocimiento de vicios que afectan al título del transferente, dado que dicho título es meramente negocial, dicho conocimiento podría dar lugar, en todo caso, a una acción estrictamente indemnizatoria por ser contrario a las buenas costumbres - parágrafos 817 y 826 *Bürgerliches Gesetzbuch*, - el comportamiento del segundo adquirente negocial, superando de este modo la inseguridad jurídica a la que conducía la regulación prusiana.

En todo caso, estas construcciones doctrinales se caracterizan por un abigarrado barroquismo que lleva a exigir requisitos que el artículo 1473 II no exige y a extraer consecuencias que no derivan del mismo y todo ello como si tales interpretaciones formasen parte de la literalidad del precepto.

Por el contrario, el artículo 1473 II del Código civil es de una elegante simplicidad. Lo que el artículo 1473 II del Código civil dice, sencillamente, es: “*Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*”. El precepto no exige buena fe a diferencia del artículo 1141 *del Code* tras la reforma operada por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, cuya derogación propone el Informe de la Comisión de Reforma de la publicidad inmobiliaria francesa de 12 de noviembre de 2018, reduciéndola al caso de fraude, por las razones que el propio informe alega y que expuse al tratar del sistema francés.⁸⁹²

Es interesante a este respecto tener en cuenta que el origen del artículo 1473 del Código civil se halla relacionado con el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, precedente directo del actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria. También hay que tener en cuenta su relación directa con el el Proyecto de de 1851 -artículos 982 y 1859- de inspiración francesa, que introducían el sistema de adquisición *solo consensu* y un sistema

⁸⁹² *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia el 12 de noviembre de 2018, pág.84. Puede consultarse en <https://www.bing.com/search?q=Comission+de+r%C3%A9forme+de+la+publicit%C3%A9+fonci%C3%A8re+,+Pour+une+modernisation+de+la+publicit%C3%A9+fonci%C3%A8re,&form=APMCS1&PC=APMC>.

registral de documentos o de *mera inoponibilidad*, que no exigía buena fe para la protección del adquirente que primero inscribe su adquisición.

En mi opinión, conforme al artículo 1473 II del Código civil, en el caso de un conflicto de adquisiciones inmobiliarias entre dos titulares que adquieren de un titular no inscrito porque el inmueble no se halla inmatriculado, prevalece el adquirente que primero inscribe, con independencia de que la primera venta se hubiese consumado por la tradición o no -pues tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 el precepto es aplicable tanto a la doble venta como a la venta de cosa ajena⁸⁹³- y con independencia de que el segundo adquirente tuviese conocimiento de la misma o no.

A la hora de perimetrar el ámbito de aplicación de este artículo no debería olvidarse que la inscripción en España es voluntaria -uno de los grandes aciertos del sistema registral- y que la función de artículos como el 32 de la Ley Hipotecaria o el 1473 del Código civil -ninguno de los cuales exige buena fe- es hacer prevalecer en caso de conflicto entre titulares de propiedades no inmatriculadas al que primero inscriba como método de incentivar de este modo la inscripción y conseguir que, en algún momento, toda la propiedad esté inscrita. Creo que ya ha llegado ese momento porque la propiedad que queda por inscribir es meramente residual y, en todo caso, la menos valiosa. Una vez inscrita toda la propiedad, los conflictos de titularidades se plantearían entre adquirentes de titulares inscritos, mediata o inmediatamente, y esos conflictos los resuelve el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este precepto regula un procedimiento de transmisión registral que, entre otras cosas, sirve para resolver esos conflictos. En ese nuevo contexto, una vez cumplida su función, dichos preceptos carecen de utilidad – se ahí la usencia de inoponibilidad en el sistema registral alemán-, si bien el artículo 1473 del Código civil solo en relación a los conflictos entre titularidades inmobiliarias.

⁸⁹³ Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha seguido la misma línea hermenéutica, con la excepción de las sentencias de 13 de noviembre de 2009 y 13 de mayo de 2013. En el ámbito doctrinal, sin embargo, hay dos posiciones. Una de ellas sostiene que en el artículo 1473 del Código civil sí cabe la venta de cosa ajena, v.gr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473. En Bercovitz Rodríguez Cano R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp 10426 ss, mientras que otros autores sostienen que sólo cabe la doble venta, v.gr. ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En Carrasco Perera, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 864 ss.

Si se considera que es exigible al segundo adquirente la buena fe por aplicación del artículo 7.1 del Código civil que regula la buena fe como un principio informador del ordenamiento jurídico referente al ejercicio de los derechos, la consecuencia es que debe indemnizar al adquirente anterior que no inscribió, pero no que no deviene propietario, pues ello contradice frontalmente lo dispuesto por el artículo 1473 del Código civil, que prefiere al adquirente que primero inscriba, sin exigirle buena fe y sin imponerle como sanción la pérdida del derecho adquirido en el caso de conocer la existencia de una transmisión anterior. El Derecho de crédito del primer comprador quedaría así protegido, pero no *in natura* – porque lo impide el artículo 1473 del Código civil- sino en el *id quod interest*, lo que es más consistente con su propia naturaleza. La solución sería, por lo tanto, la misma que la contenida en el párrafo 817, párrafo segundo. del *Bürgerliches Gesetzbuch*. En mi opinión, la indemnización no debería correr a cargo del comprador sino del vendedor.

Lo característico, por lo tanto, del artículo 1473 II del Código civil no es que exija buena fe en este caso sino que, si se exige por aplicación del artículo 7.1 del Código civil, el artículo 1473 II del Código civil dispone que tal exigencia no queda protegida por una regla de propiedad sino por una de responsabilidad, y, por tanto, la propiedad se atribuye al adquirente que primero inscribe, sin perjuicio de que, en su caso, se deba indemnizar al primer comprador.

La regla contenida en el artículo 1473 II del Código civil es, así, consistente con las contenidas en los artículos 606 del mismo Código y 32 de la Ley Hipotecaria, asunto este de la mayor importancia, pues el artículo 1473 del Código civil se halla ubicado en el Título IV del Libro Cuarto, dedicado a la compraventa. Y, en esa sede, el artículo 1537 Cc dispone: “*Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria*”.

Se plantea, entonces, la cuestión de en qué consiste la buena fe que sería exigible al segundo comprador por aplicación del artículo 7.1 del Código civil. En mi opinión, solo puede consistir en que desconozca que el primer comprador no ha consumado su adquisición, o aún consumada, no ha inscrito, en ambos casos por causas ajenas a su voluntad: en el primer caso, a pesar de haber observado la conducta socialmente exigible

para consumir la adquisición *inter partes* mediante *la traditio*; y, en el segundo, para solicitar y obtener la inscripción.

Lo mismo debe afirmarse en materia de propiedad inscrita. En estos casos, sí puede afirmarse, en un sentido siquiera genérico, que existe una inexactitud registral por cuanto no refleja la voluntad del adquirente de inscribir su adquisición negocial o civil y tal circunstancia es conocida por el segundo adquirente que inscribe. Ir más allá de esta concepción objetivada de la buena fe en el ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es compatible con la seguridad del tráfico jurídico y no se halla justificada por la protección de la titularidad negocial o civil de un primer comprador que ha preferido no inscribir provocando con su comportamiento la reaparición de déficits de información y, por lo tanto, de costes de información que dificultan el funcionamiento del mercado y a cuya drástica reducción obedece el diseño y funcionamiento institucional del sistema inmobiliario registral.

He manifestado anteriormente que para que el artículo 1473 II del Código civil resulte aplicable se requiere que el vendedor sea un titular de una finca no inmatriculada y, en ese sentido, un titular no inscrito. La razón es la siguiente: si es un titular inscrito y hay dos compradores, uno primero que no inscribe y otro segundo que sí inscribe, el conflicto de adquisiciones entre ambos se rige por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el cual especifica la buena fe exigible para desplegar sus efectos protectores sobre el segundo adquirente que inscribe: debe ignorar la inexactitud registral, esto es, la primera venta según opinión unánime de doctrina y jurisprudencia, si es que la falta de inscripción de la misma puede considerarse inexactitud registral. En mi opinión, no por las razones expuestas en páginas anteriores.

16.4.3.2. Los artículos 1473 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria resuelven un conflicto de adquisiciones en el ámbito de la propiedad no inmatriculada. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria introduce un sistema de transmisión registral que resuelve conflictos de adquisiciones en el ámbito de la propiedad inscrita

Doctrina y jurisprudencia suelen considerar que mientras el artículo 1473 del Código civil -y, por lo tanto, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria – regula un conflicto de adquisiciones, sin embargo el artículo 34 de la misma regula una adquisición *a non domino*.

En este sentido, CASTILLO MARTINEZ⁸⁹⁴ sostiene que, mientras el artículo 1473 del Código civil regula un conflicto de adquisiciones, sin embargo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula una adquisición *a non domino* -en el mismo sentido, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007-. En su opinión, ambos supuestos constituyen un límite a la teoría del título y el modo como sistema transmisivo.

Ciertamente, ambos casos constituyen un límite a la aplicación de la citada teoría, pero ambos regulan un conflicto de adquisiciones. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria sólo conlleva una adquisición *a non domino* cuando protege a un tercer adquirente como consecuencia de un fallo del sistema registral -v.gr.: no detecta una suplantación de personalidad del titular registral que no fue detectada por el notario-. En los demás casos regula un conflicto de adquisiciones cuando dispone un titular registral a favor, primero, de un adquirente que no inscribe y, posteriormente, a favor de otro adquirente que sí inscribe. En estos casos, no regiría el artículo 1473 del Código civil, sino el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como consecuencia de la remisión a la Ley Hipotecaria del artículo 1537 del Código civil.

⁸⁹⁴ CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del título y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*. RCDI, nº 780, págs. 1995 a 2036, pág. 2016.

16.4.4. La enajenación en fraude de acreedores

Por lo que se refiere a la enajenación en fraude de acreedores, se plantea una cuestión distinta de la anterior pero íntimamente ligada con ella y es la siguiente: si, en el ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código civil, el segundo adquirente conoce la existencia de una venta anterior -seguida o no de tradición⁸⁹⁵- y ello le priva de buena fe, conforme a la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia ¿implica que la segunda venta es una enajenación en fraude de acreedores realizada con la complicidad del segundo adquirente y que, por lo tanto, debería alcanzarse la acción pauliana -ex artículos 1111 y 1291-3 del Código civil?

Es esta una cuestión clave porque, por lo que se refiere a la tercera razón alegada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, sería admisible solo si el simple conocimiento de la existencia de una transmisión anterior no inscrita implica, por parte del segundo adquirente que inscribe, complicidad en un fraude de acreedores, concretamente en relación al derecho de crédito del primer adquirente.

Según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ⁸⁹⁶, dado que el derecho violentado es un derecho de crédito, para el supuesto de un segundo adquirente que inscriba antes que un primer adquirente contractual sin *traditio*, técnicamente, la solución debe ser que el adquirente, aunque conozca la compra anterior, *adquire en efecto* mientras el acreedor –el primer comprador– no haga valer la preferencia de su derecho. La acción del primer

⁸⁹⁵ RODRÍGUE ELORRIETA N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790, pág. 920, sostiene que la buena fe requerida es distinta en los supuestos de doble venta y en los de venta de cosa ajena. O, lo que es lo mismo, en las adquisiciones *a domino* y *a no domino*. Así, sostiene: “Si en una doble venta solo se produce la tradición en la segunda compraventa, entonces hablaríamos de adquisición *a domino* y bastaría que se produjera la ignorancia por parte del segundo comprador respecto de la venta previa. Sin embargo, si la primera venta tuviera efectos traditorios, entonces la segunda compraventa constituiría un caso de adquisición *a non domino*, donde la buena fe tendría que estar compuesta por los dos elementos expuestos, a saber, la ignorancia de la venta previa y, a su vez, la creencia de que el vendedor es dueño. Pero, además, será requerida cierta diligencia por parte del adquirente que carecerá de protección jurídica cuando positivamente conozca la transmisión anterior, y también cuando se hubiera debido conocer con la diligencia exigible”.

⁸⁹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. TII, pág. 556, ed. CORPME, Madrid, 1999.

comprador es siempre puramente personal, con la consiguiente protección del subadquirente.

Para JEREZ DELGADO⁸⁹⁷ –la cual refiere su argumentación al fraude de acreedores, que aplico a este caso partiendo del supuesto de que en materia de propiedad inscrita el poder de disposición se transmite mediante la *traditio*, precedida de justa causa, más la inscripción– hay complicidad en el fraude, pero el primer adquirente que no inscribió dispone de cuatro años para el ejercicio de la acción pauliana, conforme al artículo 1299 del Código civil y 37-5 de la Ley Hipotecaria. Si no la ejercita o no prospera, la adquisición queda firme y el adquirente que inscribió queda protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque el Registro ha devenido exacto en la práctica⁸⁹⁸.

En otros términos, el referido conocimiento no enervaría la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no implica conocimiento de inexactitud jurídico-real alguna, pero, dado que la fe pública registral no purga los vicios del propio negocio adquisitivo y la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, el adquirente del titular registral quedaría desprotegido ante, v.gr.: una acción *pauliana* –ex. artículo 1111 del Código civil–, acción que, sin embargo, no afectaría a un subadquirente que reuniese los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Hay que subrayar que a las mismas conclusiones habría que llegar en el caso de venta de cosa ajena –esto es, al de una segunda venta precedida por una primera seguida de *traditio*, al que también se extiende el artículo 1473 del Código civil, según la decisiva Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007–, realizada por el titular registral, pues, mientras el primer adquirente no inscriba, su titularidad es meramente obligacional, ya que el titular registral sigue conservando el *ius disponendi*.

⁸⁹⁷ JEREZ DELGADO C., *La buena fe registral*., ed. CORPME, págs. 103-104.

⁸⁹⁸ Relacionado con esta cuestión, PÉREZ GARCÍA M. J. –en *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005, págs. 2007-2009– sostiene que el artículo 1473 del Código civil tutela el derecho de crédito de un primer comprador frente a un segundo comprador que conoce que la primera venta no consumada por la *traditio*, debido a la exigencia de buena fe por la jurisprudencia, también en materia inmobiliaria, para que opere dicho artículo. Véase también PAU PEDRÓN A. “Doble venta de inmuebles y publicidad registral,” en *La publicidad registral*, ed. CORPME, Madrid, 2001, págs. 567-575.

Estas argumentaciones parecen no tener en cuenta que, en este caso, para la producción del daño causado –eventualmente– al primer adquirente, ha sido necesaria su colaboración mediante un comportamiento omisivo del mismo, dañino para el buen funcionamiento de los mercados inmobiliario e hipotecario, consistente en su opción por la no inscripción y, de ahí, debería deducirse una extensión de la regla “*periculum est emptoris*”.

No habría podido acceder al Registro de la Propiedad una segunda transmisión supuestamente fraudulenta si el primer adquirente hubiera inscrito su adquisición: la exigencia de tracto sucesivo –artículo 20 de la Ley Hipotecaria–, con su efecto de cierre registral, lo habría impedido⁸⁹⁹.

Si el primer adquirente no inscribe, corre el riesgo de que haya un segundo adquirente que inscriba su adquisición, quedando protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a partir de cuyo momento su derecho de propiedad quedaría transformado en un derecho de crédito de naturaleza indemnizatoria.

Según PÉREZ GARCÍA⁹⁰⁰, el fundamento de la exigencia del requisito de la buena fe se encuentra en que no debe protegerse a quien participa -segundo adquirente- como cómplice en una actuación fraudulenta del vendedor, presuoniéndose que este en los casos de doble venta, actúa con ánimo doloso, fraudulento o de mala fe.

Ello equivale a afirmar que estaríamos ante una enajenación en fraude de acreedores y que, por tanto, el primer comprador podría ejercitar la acción pauliana - ex artículos 1111 y 1291-3 del Código civil- contra el segundo, acción rescisoria que le

⁸⁹⁹ Para la caracterización del tracto sucesivo en el sistema registral español, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del tracto sucesivo*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, págs. 189 ss.

⁹⁰⁰ PÉREZ GARCÍA M. J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005, pág. 206. Cita en apoyo de su tesis diversas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1967, 24 de enero de 1969, 31 de diciembre de 1969, 30 de abril de 1974, 17 de diciembre de 1984, 24 de noviembre de 1995 y 8 de febrero de 2001.

permitiría hacerse con el bien inmueble en disputa, quedando, en todo caso, a salvo un subadquirente de buena fe.⁹⁰¹

Ciertamente, estaríamos ante un fraude en el sentido coloquial del término, pues la actuación conjunta del vendedor y del segundo comprador “defraudaría” las expectativas del primer comprador, generadas por la perfección de la primera venta.

No estaríamos, sin embargo, ante una enajenación en fraude de acreedores en un sentido jurídico.

En efecto, la esencia del fraude consiste en la realización de enajenaciones o actos dispositivos que tienen como efecto la disminución del patrimonio *-deminutio patrimonii-* del deudor en perjuicio de sus acreedores que, como consecuencia, pueden ver frustrados sus créditos. Si no hay tal disminución patrimonial, la enajenación no es fraudulenta⁹⁰².

⁹⁰¹ Esta es la posición mayoritaria en la doctrina. Por todos, ROCA SASTRE R.M, *Derecho Hipotecario* T II, 6ª ed., 1968, pág.718. Discrepa de esta opinión DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid,1985, pág.527, según el cual: “A diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido. De aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados en base de su validez. Tampoco tendrá lugar la rescisión, dice el Código, cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe (artículo 1295, pár.2). La acción pauliana o revocatoria, por el contrario, se dará contra cualquier tercero adquirente por título gratuito o cómplice en el fraude, aunque dicho adquirente haya inscrito el título de su derecho en el Registro de la Propiedad. Eficacia real que la ley cintrapone a la acción rescisoria de carácter personal; de la que se dice que se podrá ejercitar entre las partes (artículo 37 de la Ley Hipotecaria, último pár).” Según GARCÍA GARCÍA J. M, *Derecho Registral Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 501 a 503, la acción pauliana no es una acción rescisoria de carácter personal que no afecta a terceros, salvo que sean de mala fe, sino una acción de alcance real y con efectos revocatorios *ex tunc*, por lo que también alcanzaría a un subadquirente aun cuando reuniese los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

⁹⁰² En este sentido, el artículo 443.2 de la Ley Concursal dispone:

“En todo caso, el concurso se calificará como culpable:

2.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.”

El artículo está contemplando claramente un supuesto de disminución patrimonial dirigida a evitar satisfacer los derechos de los acreedores. Si tal disminución patrimonial no se produce, no hay enajenación fraudulenta.

PÉREZ GARCÍA M. J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, Madrid, 2005, pág.170, en esta misma línea, sostiene que el tercero no es de buena fe si tiene conciencia de que, como consecuencia de dicho acto, o negocio en el patrimonio de su transmitente no quedarán bienes suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores de este.

Para que haya complicidad en el fraude por parte del adquirente se requiere que tenga *scientia fraudis*, es decir, que conozca tal consecuencia, aun cuando no haya *consilium fraudis*, esto es, intención de producir ese daño al acreedor. La segunda venta puede tener como consecuencia que el derecho de crédito del primer comprador no pueda satisfacerse *in natura* pero no impide que se satisfaga mediante la entrega del *id quod interest*.⁹⁰³

Este es el *modus operandi* del Código civil.

En efecto, como afirma DÍEZ-PICAZO⁹⁰⁴, en el Código civil, en el ámbito de los derechos de crédito, en el caso de que el deudor incumpla la prestación debida, se concede al acreedor –titular del derecho de crédito- la denominada *acción de cumplimiento* que es una acción de condena que entraña la pretensión, formulada ante el órgano jurisdiccional competente, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. Naturalmente, la viabilidad de la acción de cumplimiento presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación.

La llamada *acción de cumplimiento*, si bien no aparece consignada de una forma categórica por el Código civil, se encuentra recogida en múltiples preceptos del mismo,

⁹⁰³ Como afirma DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 730-739, originariamente, el fundamento o la esencial del fraude es una enajenación de bienes realizada por el deudor con el designio consciente -*consilium fraudis*- de perjudicar los derechos de los acreedores, mediante una disminución del patrimonio -*deminutio patrimonio*- que merma al mismo tiempo la base de común garantía de los acreedores. La exigencia del *consilium fraudis*, cuya completa prueba devendría imposible en la práctica, imposibilitando el ejercicio de la acción ha sido suavizada por diferentes vías. En una de esas vías se pueden situar quienes entienden que no es necesario probar un especial propósito o intención del deudor, sino que basta demostrar el resultado producido y que este fue conocido o debido conocer por el deudor. En este sentido es relevante traer a colación lo que decía al respecto la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: "Limitando la acción de los acreedores al corta espacio de un año, estableciéndola para el caso en que las enajenaciones provengan de títulos meramente gratuitos, y solamente de los onerosos cuando el adquirente es partícipe del engaño, exigiendo no solo que haya habido intención de defraudar sino que la intención haya producido su efecto, no admitiendo otra presunción de derecho para juzgar de la intención, que, que la de haber sido el deudor condenado a satisfacer deudas o a hacer entrega de sus bienes a los acreedores". El plazo de un año fue ampliado a cuatro por la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 -artículo 37 de la Ley Hipotecaria-. CRISTÓBAL MONTES A, *La via pauliana*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, sostiene que si el tercer adquirente no fuera cómplice en el fraude o no tuviera conocimiento del perjuicio que la enajenación causa a los acreedores, la acción pauliana no podrá ser estimada en cuanto no sería capaz de extender sus efectos hasta dicho tercero adquirente por prohibirlo la ley-artículo 1298 del Código civil-.

⁹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.II, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 678 ss.

formando, por así decirlo, el centro de gravedad del sistema. El ejercicio de la pretensión de cumplimiento y la posterior condena no agotan, sin embargo, los mecanismos necesarios para facilitar o hacer posible la satisfacción del acreedor. Se precisa la ejecución forzosa, la cual tiene lugar, *in natura*, si ello es posible, y, de no serlo, la prestación es sustituida por el *id quod interest*.

El procedimiento de ejecución forzosa de la obligación viene regulado por los artículos 1094 a 1099 del Código civil y los artículos 526 y siguientes –especialmente artículos 699 y 703- de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tratándose de una *obligación de entrega de un bien inmueble*, la regla general es la condena a entregarlo y la obligación se ejecuta procediendo a poner al acreedor judicialmente en posesión de ella y practicando a este fin las diligencias conducentes a ello - artículo 703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Hay que entender que en el caso de que fuere imposible –destrucción de un piso o que haya surgido un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, la ejecución *in natura* deviene imposible y debe ser sustituida por el *id quod interest*.

En el caso de una segunda venta del artículo 1473 del Código civil, si no hay disminución patrimonial, no hay enajenación en fraude de acreedores y, en consecuencia, no procede la acción pauliana por lo que el cumplimiento *in natura* deviene imposible y solo cabe el *id quod interest*. Si hay disminución patrimonial y *scientia fraudis* sí cabe la acción pauliana, por lo que cabe el cumplimiento *in natura*. Dicha acción solo alcanzaría al adquirente con *scientia fraudis* -artículo 37 de la Ley Hipotecaria-, pero no al subadquirente de buena fe.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁹⁰⁵, afirma que el deber de respeto a los derechos de crédito ajenos incluye también los actos o contratos celebrados con terceros que menoscaban el crédito en cuanto afectan a la posibilidad de cumplimiento específico. Así es, pero, en este caso, dicho derecho de crédito estaría protegido frente a terceros por

⁹⁰⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T.I ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999. págs. 58.

la vía del artículo. 1902 del Código civil -protección aquiliana-⁹⁰⁶, una vía estrictamente resarcitoria.

El conocimiento de tal situación por el segundo adquirente, por lo tanto, no debería enervar la buena fe a su favor, pues ni implica conocimiento de una situación jurídico-real distinta de la que el Registro de la Propiedad pública ni implica, por sí sola, una presunción de complicidad en un fraude de acreedores.

Esta conclusión es, además, la más coherente con el entorno social correspondiente a una economía de mercado en la que todos los bienes, salvo los calificados *extra commercium*, son, en última instancia, mercancías.

16.4.5. Referencia a la situación a la que la interpretación dominante aboca a un tercer adquirente que conozca que el titular registral ha dispuesto de su derecho. ¿De quién debería adquirir el tercero?

Además de estos argumentos, basados en una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, cabe evidenciar la situación a la que la interpretación dominante aboca a un tercer adquirente que conozca que el titular registral ha dispuesto de su derecho.

En esta situación, ¿de quién debería adquirir? Si adquiere del titular registral, no quedará protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque, con arreglo a la interpretación doctrinal y jurisprudencial vigentes, conoce la inexactitud del Registro y,

⁹⁰⁶ La protección aquiliana del derecho de crédito está admitida en nuestro sistema por doctrina y jurisprudencia. PÉREZ GARCÍA M. J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, Madrid, 2005, págs. 107-121. PANTALEÓN PRIETO F. Comentario al artículo 1902 del Código civil, en *Comentario del Código Civil III*, dirigido por PAZ-ARES C., Díez-Picazo y Ponce de León L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P. ed. Ministerio de Justicia, 1991, pág.1994. Díez-Picazo y Ponce de León L.M. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T. II, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 1994 y 1995. Señala PÉREZ GARCÍA M.J. en *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, Madrid, 2005, pág.189-, que la finalidad de la acción pauliana -artículos 1111 y 1298 del Código Civil- y de la acción de responsabilidad civil extracontractual -artículo 1902 del Código civil- es la misma: la reparación del daño sufrido por un determinado sujeto como consecuencia de la conducta de un tercero (en el ámbito del fraude de acreedores, los artículos 1294 y 1298 del Código Civil y en el ámbito propiamente dicho del derecho de daños, el artículo 1902 del Código Civil), lo que no significa que el fraude de acreedores sea un supuesto de protección aquiliana del crédito.

en consecuencia, carece de buena fe. Sería un comprador de cosa ajena, si la primera venta fué seguida de *traditio*, y el segundo comprador en caso contrario, pues estaríamos ante un supuesto de doble venta.

Si se dirige al primer adquirente que no inscribió, corre serios riesgos, pues el titular registral puede disponer de nuevo a favor de un tercero de “buena fe” que inscriba su adquisición o, quizás, el primer adquirente contractual que no ha querido inscribir ya ha vendido a un extraño y lo ha ocultado, o en connivencia con el vendedor, pretende que el segundo comprador le satisfaga una cantidad determinada para no impugnar su adquisición⁹⁰⁷, o, sencillamente, no desea deshacerse del bien. O puede que la primera venta haya sido nula por vulnerar alguna de las múltiples normas imperativas o prohibitivas que se proyectan sobre las operaciones inmobiliarias -en materia urbanística o medioambiental, por ejemplo- y que el segundo comprador no conoce. ⁹⁰⁸

Esta es la situación a la que aboca el paradigma hermenéutico vigente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Todo ello porque un adquirente utilizó el Registro de la Propiedad a su favor, pero se negó a inscribir -esto es, a solicitar del Estado su reconocimiento como propietario - introduciendo con ello oscuridad e incertidumbre en el mercado, y el potencial segundo adquirente tuvo el “infortunio” de tener conocimiento de ello.

⁹⁰⁷ RODRÍGUE ELORRIETA N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790, pág. 922, Sostiene que en este caso, estaríamos ante un caso de simulación de la primera venta que llevaría aparejada la nulidad, siendo esta la vía de solución del supuesto y no mediante el recurso al artículo 1473 del Código civil.

⁹⁰⁸ Puede, también, que el primer comprador haya presentado la primera venta a inscripción pero que el Registrador haya denegado la inscripción por considerarla nula y que, en ese caso, el segundo comprador haya decidido adquirir del titular registral, basado en la creencia de que la primera transmisión fue nula. Puede también que el Registrador suspendiera la inscripción por defectos subsanables y el primer adquirente no subsanara los defectos observados en tiempo y forma. Son todos ellos supuestos en los que el Estado rechaza reconocer al primer adquirente como titular y, por lo tanto, sigue proclamando al titular registral como titular *erga omnes*. Puede que el primer adquirente presente recurso contra la calificación registral. Si la compra del segundo es anterior a la constancia registral de la interposición del recurso, no puede sostenerse que el segundo adquirente sea de mala fe. Si es posterior, parece que la efectividad y, por lo tanto, la inscripción de la segunda venta quedaría pendiente del resultado del recurso, sin que pueda alegarse *ex ante* mala fe del segundo adquirente.

16.4.6. El paradigma hermenéutico dominante no tiene en cuenta que la opción por la no inscripción es contraria al interés público

Este paradigma hermenéutico no tiene en consideración, además, que las razones por las que un adquirente no inscribe no suelen ser confesables: por ejemplo, evitar el pago de impuestos, eludir el cumplimiento de obligaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, o evitar el embargo del bien adquirido como consecuencia del incumplimiento de obligaciones. Suele tratarse, en la práctica totalidad de los casos, de normas imperativas o prohibitivas de Derecho público que se proyectan sobre el acto o negocio de finalidad traslativa que sirve de causa a la transmisión de dominio cuyo cumplimiento debe ser verificado por el registrador mediante el ejercicio de su función calificadora, verificación que el adquirente pretende evitar.⁹⁰⁹

Naturalmente, esta variedad de adquirentes no está interesada en inscribir. No solo eso, están interesados en que si hay alguien que va a adquirir conozca que ha habido una adquisición previa, a fin de enervar, conforme al paradigma hermenéutico dominante, su buena fe y de ese modo evitar los efectos protectores del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que, paradójicamente, les permite ser ellos los que mantengan la adquisición, en lugar de quien adquiere de aquel a quien el Estado, a través de la inscripción, proclama propietario *erga omnes* porque el primer adquirente lo permite. A estos efectos, pueden llegar, incluso, a notificar su adquisición al segundo

⁹⁰⁹ En efecto, lo que suele preocupar al adquirente que prefiere no inscribir no es tanto la calificación registral de los aspectos contractuales del acto o negocio de que se trate cuanto la de las normas de Derecho Público que les resultan aplicables a cuyo cumplimiento también se extiende la calificación registral. Respecto de ellas, la función de control del Registrador de la propiedad guarda notables similitudes con la función desarrollada por un *gatekeeper*. Para el estudio de esta figura puede verse KRAAKMAN R.H, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy* JLE, 2 (1986), pp 53-105. Así por ejemplo, el artículo 24 de la Ley del Notariado, obliga al notario a consignar los medios de pago, En el mismo sentido, el artículo 21. 2 de la Ley Hipotecaria dispone: “*Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.*” Este precepto viene completado por el artículo 254 de la Ley Hipotecaria que considera defecto subsanable la omisión de de la identificación de los medios de pago, así como la falta de pago del impuesto o de la identificación fiscal de los comparecientes. En materia urbanística, según el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio: “*Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviere prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento*”

comprador.⁹¹⁰ En síntesis, están tan interesados en no inscribir -evitando así la supervisión de la legalidad de su adquisición- como en notificar a un segundo adquirente que ellos adquirieron primero obteniendo así la protección de su no inscripción, eludiendo, al propio tiempo el control de legalidad de su adquisición y sin que haya constancia de que no han dispuesto, a su vez, del derecho adquirido.

No parece que esta solución sea justificable ni tampoco deseable desde el punto de vista del interés público. No es justificable porque:

1.- Se protege a quien adquiere prevaliéndose de la información y de la seguridad jurídica del sistema registral, pero después no observa el comportamiento necesario para que los demás puedan beneficiarse de la misma información y de la misma seguridad jurídica de la que él se benefició. Como sostiene MATTEI⁹¹¹, dado que el título de propiedad viene asociado a la responsabilidad, debemos preferir aquellas reglas que se aproximan al ideal de propietario que es autónomo en la toma de decisiones y que, en contrapartida, es responsable de las consecuencias de su decisión.

2.- Asimismo, porque se castiga a un adquirente del titular registral simplemente por saber que había dispuesto de su derecho a favor de otra persona que no inscribió y que, por no inscribir, sabía o debía saber los riesgos que corría como consecuencia de su comportamiento falto de lealtad con el sistema del que se había beneficiado cuando adquirió contractualmente. Adicionalmente, no es deseable porque genera incertidumbre, lo que eleva los costes transaccionales a cambio de proteger a quien decidió utilizar el sistema para adquirir contractualmente pero no colaborar con él absteniéndose de inscribir.

⁹¹⁰ En la Sentencia del Tribunal Supremo de de 5 de julio de 1985, la Sala Primera afirma que ha quedado probado que el segundo comprador conocía la existencia de la primera venta “*por habérselo comunicado el primer comprador, que el piso discutido era el mismo por haberlo adquirido con anterioridad*”. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1969 niega que el segundo comprador sea de buena fe porque uno de los vendedores informó “*de la anterior operación de venta al nuevo comprador*”.

⁹¹¹ MATTEI U., “La transmisión de la propiedad”, en la obra colectiva *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ORDUÑA MORENO F. J. (codirector), DE LA PUENTE ALFARO F. (codirector) y MARTÍNEZ VELENCOSO L. M (Coord), pág. 130.

3.- Los riesgos, como ya he expuesto anteriormente, deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso –*cheapest cost avoider*–⁹¹² evitarlos y, con ello, evitar la producción del daño.

4.- En el contexto propio de una economía de mercado, proteger a quien pudo evitar verse privado de su derecho mediante la inscripción a cambio de desproteger a un adquirente del titular registral que inscribe su adquisición, sabiendo que su transmitente había dispuesto a favor de alguien que decidió no inscribir, no significa solo proteger a un negligente, sino proteger a quien parasita el sistema de seguridad del tráfico jurídico castigando a quien se comporta conforme a las exigencias del sistema jurídico inmobiliario, dificultando las transacciones y perjudicando con ello a la inmensa mayoría. La protección, en este caso, del segundo adquirente que inscribe implicaría, simultáneamente, un eficaz estímulo disuasorio para quienes parasitan el sistema y, simultáneamente, para que todo adquirente de un titular registral inscribiera su adquisición y, con ello, contribuyera a dotar de seguridad los derechos y facilitar las transacciones⁹¹³, contribuyendo, así, al funcionamiento eficiente de la economía de mercado.

5.- La interpretación vigente facilita las maniobras torticeras por parte de adquirentes oportunistas. Por ejemplo, podrían notificar a un interesado en adquirir, antes de que el contrato se perfeccione que él adquirió previamente y seguir sin escribir, con lo que evitaría que el segundo adquirente quedase protegido por la fe pública registral sin necesidad de inscribir y, por tanto, hacer pública su adquisición.

⁹¹² SCHÄFFER H.B. y OTT C, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 332-333.

⁹¹³ Se trata, en definitiva, de una óptica semejante a la seguida en material de consumo, por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que impone su nulidad, en lugar de su moderación por los tribunales, lo que es un eficaz instrumento para evitar la proliferación de cláusulas abusivas.

16.5. El conocimiento de la inexactitud registral en el párrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*

En Derecho alemán, en relación a los bienes inmuebles, el párrafo primero del párrafo 892-I del *Bürgerliches Gesetzbuch*, dispone:

” Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que mediante un negocio jurídico adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre una finca, a menos que se extienda un asiento de contradicción o a menos que el adquirente conozca la incorrección”.

Por lo tanto, en el ámbito inmobiliario, la abstracción solo deja de operar –además de en el caso de *Vormerkung*– si el adquirente conoce la inexactitud registral.

¿A que inexactitud se refiere el párrafo 892-I del *Bürgerliches Gesetzbuch*? Cabe plantear la cuestión de si incluye el conocimiento de la existencia del negocio obligatorio anterior, realizado por el titular registral, seguido o no de *Auflassung*, a favor de persona distinta, pero sin *Eintragung*. En este caso, aun no ha habido transmisión de propiedad, por lo que el primer adquirente es tan solo un acreedor.

En realidad, no se trata de ninguna inexactitud, pues el negocio obligatorio no forma parte conceptualmente del proceso transmisivo y el Registro de la Propiedad no refleja nada incorrectamente: no refleja la *Auflassung* porque no se le ha solicitado que lo haga y, mientras no haya inscripción, no hay modificación de la situación jurídico real.

En consecuencia, el Registro de la Propiedad no refleja ninguna inexactitud jurídico-real. Por eso, si el segundo adquirente negocial, con independencia de que conozca o no dicha situación extrarregistral, adquiere del titular registral, adquiere *a domino*, porque, en rigor, el titular registral sigue siendo el *dominus* y conserva el *ius disponendi*. Si, además, tiene lugar la *Auflassung* seguida de la *Eintragung*, devendrá propietario con un titularidad *in rem*. Por lo tanto, la situación es, en realidad y pese a las apariencias, muy similar a la del Derecho español.

¿Cuáles serían las consecuencias del conocimiento de dicha relación obligatoria por parte de un segundo adquirente? En este caso, conforme al parágrafo 826 del *Bürgerliches Gesetzbuch* el primer adquirente podría ejercitar una acción indemnizatoria contra el segundo, por considerar que la protección del mismo es contraria a las buenas costumbres, si bien, como observa FUENTESECA DEGENEFFE, no hay acuerdo en la doctrina alemana al respecto⁹¹⁴.

Obsérvese que no se trataría de una acción reivindicatoria –pues el primer adquirente no inscrito no es el dueño– sino solamente indemnizatoria, pues el primer adquirente tiene solo una titularidad obligacional. La admisión de esta consecuencia supone, no obstante, una excepción al principio de abstracción, si bien de consecuencias solamente obligacionales, a diferencia de lo que sucede en el sistema registral español, en el que, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, el conocimiento de una transmisión *ex* artículo 609 del Código civil no inscrita por parte de un segundo adquirente tiene alcance restitutorio, aunque cumpla con todos demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si bien dicho alcance no se extiende a los subadquirentes que cumplan los requisitos de dicho artículo.

Además, hay que tener en cuenta, como consecuencia de la presunción contenida en el parágrafo 892-I del *Bürgerliches Gesetzbuch*, que la prueba del conocimiento de la “inexactitud” corresponde a quien lo alegue, lo cual puede ser difícil⁹¹⁵. Por otro lado, el adquirente no queda desprotegido frente a una acción de enriquecimiento si solo conoce los hechos de los que deriva la inexactitud; debe conocer, además, la inexactitud misma –no se le exige al adquirente que conozca la relación de causalidad que existe entre los

⁹¹⁴ FUENTESECA DEGENEFFE C., *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*. ed. Reus, Madrid, 2012, págs. 100 y 101 afirma que no hay acuerdo en la doctrina alemana sobre si el negocio abstracto puede atentar o no contra las buenas costumbres. Afirma que, en todo caso, actualmente la contradicción con las buenas costumbres no tiene tanta importancia en la práctica, es decir, no surge con demasiada frecuencia. Véase FERRAND F., *Droit Privé Allemand*, Dalloz, 1997, págs. 390 y 612. HECK Ph., *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tubinga, 1937, traducción de Gómez Valenzuela revisada por Lacruz Berdejo, en RCDI, n° 448-449, septiembre-octubre 1965, pág. 1465.

⁹¹⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO L. M. *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán, Aspectos registrales*. ed. CORPME, Madrid, 2004, pág. 207.

hechos y la “inexactitud” del Registro, con lo que se ve beneficiado por el error de derecho—.916

Las probabilidades, por lo tanto, que tiene un primer adquirente de un titular registral que no ha inscrito su *Auflassung* de vencer a un segundo adquirente que sí inscribió, aun cuando conociera la existencia de la situación preexistente, son más bien escasas.

Conforme a lo argumentado hasta aquí, en realidad nada se opone, sino todo lo contrario, a que en el sistema jurídico español se pueda llegar a una conclusión similar, en el sentido de que el adquirente debe ser mantenido en su adquisición, conclusión inevitable si se acepta, como he argumentado, que en materia de propiedad inscrita, el *ius disponendi* no se extingue con la tradición sino con la inscripción dotada de las propiedades normativas del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

16.6. La diligencia exigible para quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la diligencia exigible a un primer adquirente que no inscribe para no resultar perjudicado por un segundo adquirente que sí inscribe

Ello me lleva a plantear la cuestión de cuál debería ser la diligencia exigible a un adquirente para quedar protegido por la fe pública registral.

Antes de abordar esta cuestión, me parece conveniente subrayar que, si bien hay abundante doctrina y jurisprudencia sobre la diligencia exigible a un segundo adquirente para que quede protegido por la fe pública registral, sin embargo, sorprendentemente no

⁹¹⁶ Como he expuesto en el texto principal en páginas anteriores, cabe plantearse la cuestión de qué sucede si un adquirente sabe que la inscripción ha sido practicada erróneamente a favor de una persona equivocada. En este caso, el parágrafo 900 del *Bürgerliches Gesetzbuch* establece que deviene propietario al cabo de treinta años si ha poseído la finca en concepto de dueño durante ese tiempo. A la misma solución habría que llegar si el adquirente conoce la existencia de vicios que conllevan la nulidad de la *Auflassung*. Obsérvese que, en estos casos, el adquirente estaría adquiriendo *a non domino*, para lo que no le ampara el Registro sino que necesita adquirir mediante prescripción. Si el adquirente conoce los defectos del negocio causal de su transmitente, ello no impide su adquisición como consecuencia del principio de abstracción. Podría dar lugar, en todo caso, a una acción indemnizatoria por ser contrario a las buenas costumbres ex parágrafo 826 del *Bürgerliches Gesetzbuch*.

se plantea la cuestión de qué diligencia -qué “carga ética”- es exigible al primer adquirente de un titular registral que no ha inscrito para que no resulte perjudicado por un segundo adquirente que sí inscribe. Abordaré esta cuestión posteriormente, para referirme ahora a la diligencia exigible a un segundo adquirente.

De acuerdo con lo expuesto, la única diligencia exigible, en su caso, debería ser la consulta del Registro de la Propiedad, instrumento a cuyo través el Estado decide qué titularidades protege “*in rem*” y, además, permite conocerlas a quien tenga un interés legítimo, como es el caso de quien esté interesado en adquirir el bien⁹¹⁷. En el límite, ni siquiera esta diligencia sería exigible⁹¹⁸, sino tan solo la de adquirir del titular registral con facultades de disposición según el Registro -lo que, en rigor, puede tener lugar sin que se haya producido consulta alguna al mismo-. Sería, además, exigible que no conociese ninguna inexactitud jurídico-real que afectase a la situación registral vigente, entendiendo por inexactitud jurídico-real lo expuesto al tratar de las adquisiciones *a non domino*.

Esta interpretación es consistente con la lógica de la economía de mercado, que exige que las transacciones sean ágiles y seguras y que las cuestiones relativas a titularidades y cargas se resuelvan mediante el examen de los títulos que representan los derechos sobre los bienes objeto de transacción. A efectos del mercado -de los terceros- tales títulos, tratándose de inmuebles inscritos, son las inscripciones registrales⁹¹⁹.

A este respecto, conviene recordar que las reglas de la seguridad del tráfico jurídico, como afirma PAZ-ARES⁹²⁰, desde la perspectiva de los costes, deben ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho.

⁹¹⁷ En este sentido el artículo 606 del Código civil dispone: “*El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos*”. En el mismo sentido, los artículos 221 a 237 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento Hipotecario -artículos. 332 a 335-.

⁹¹⁸ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 307.

⁹¹⁹ MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. ed. Thomson-Civitas, 2008, págs. 191-195.

⁹²⁰ PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175- 176, 1985, págs. 7-8.

Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la denominada seguridad de los derechos, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes. Con arreglo a ello, la única información relevante a efectos del adquirente de una titularidad inscrita, al menos en lo referente a la titularidad y cargas que pueden resultar preferentes, debería ser lo que resulte del Registro de la Propiedad, sin que dicha información pueda quedar desvirtuada por los actos y negocios jurídicos realizados privadamente por el titular registral con un tercero ni de las eventuales situaciones posesorias derivadas de los mismos.

Es una contradicción sustancial que sea necesaria la intervención del Estado, a través del Registro de derechos, para solventar las incertidumbres propias de la contratación impersonal inherente a una moderna economía de mercado, como consecuencia de la imposibilidad de dotar la posesión inmobiliaria del mismo alcance legitimador que a la mobiliaria y, sin embargo, se le conceda alcance legitimador a esa misma posesión derivada de actos entre particulares, para destruir las declaraciones de propiedad realizadas por el Estado a través de las inscripciones registrales.

El Tribunal Supremo, sin embargo, sigue dando relevancia a dichos actos y negocios jurídicos y, además, está siguiendo, al menos en parte, una orientación jurisprudencial basada en una concepción que exige una especial diligencia al adquirente para quedar protegido por la fe pública registral. De las dos concepciones predominantes en materia de fe pública registral⁹²¹, el Tribunal Supremo tiende a inclinarse por la denominada concepción ética⁹²², según la cual *“la buena fe consiste en la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos”* –Sentencia del Tribunal Supremo

⁹²¹ Algunos autores niegan la distinción entre una concepción psicológica y otra ética de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, v.gr.: MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I –PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)–, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 42.

⁹²² DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019. págs. 561-563.

de 12 de enero de 2015⁹²³– y, en consecuencia, la buena fe solo protege del error excusable. Por ello, esta concepción exige al adquirente de un titular registral una mayor diligencia que la denominada concepción *psicológica*, una diligencia que va más allá de la consulta del contenido del Registro de la Propiedad.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 –de especial trascendencia por tratarse de una sentencia plenaria– consideró que “*debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca in situ*”⁹²⁴. Profundizando en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 –también sentencia plenaria– considera que la buena fe queda desvirtuada cuando “*existe una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito*”.

La “*carga ética de diligencia*” exigible, según esta sentencia, hace que la existencia de tales situaciones *claras y manifiestas* –no otras– enerven la buena fe del adquirente e impidan, por lo tanto, que quede protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues su ignorancia de la “*inexactitud*” registral no sería excusable.

Y no lo sería porque tal ignorancia se debe a su negligencia –sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1999 y 11 de octubre de 2006, entre otras–, ya que tales situaciones permiten al tercero conocer la existencia de un posible titular distinto del registral, lo que convierte su error en inexcusable, correspondiendo, en todo caso, la prueba de la inexcusabilidad del error a quien la niega –Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988–, algo que, según resulta de la lógica de la propia sentencia, sería, en último extremo, imposible para un adquirente, cuando hay una posesión en concepto de dueño clara y manifiesta. De este modo, esta línea jurisprudencial parece ir más allá

⁹²³ Puede verse un comentario a esta sentencia en MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria” págs. 583 a 613, en Yzquierdo Tolsada M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Civil y Mercantil), Volumen 7ª sentencia (2015), ed. Dykinson, Madrid, 2017.

⁹²⁴ En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000, 8 de marzo de 2001, 9 de mayo de 2003 o 18 de febrero de 2005.

de las posiciones mantenidas por LACRUZ y SANCHO⁹²⁵ o por DÍEZ-PICAZO⁹²⁶, para acercarse a la tesis mantenida por CUENA CASAS ⁹²⁷,MURGA FERNÁNDEZ ⁹²⁸, o VALLET DE GOYTISOLO, el cual realizó, en su momento, una defensa de la sociedad agraria, alejada de las exigencias de la economía de mercado y, concretamente, del labrador que es “diligente en lo sustancial” –el cultivo– y “negligente en lo accidental” –la inscripción–, afirmando, además, de plano y sin la menor argumentación, que ello es lo que conviene a la economía nacional. Escribía VALLET DE GOYTISOLO en 1957⁹²⁹:

“El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligia lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se

⁹²⁵ LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA F. de A., *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 216, afirman: “Mas la afirmación de que la situación posesoria del inmueble, conocida o debida conocer por el adquirente, elimina su buena fe, precisa, a nuestro entender, ciertos temperamentos. La tenencia...ha de ser a título de dueño, pero el adquirente debe conocer, no solo el hecho de la posesión por persona distinta del enajenante, sino el título por el que se posee. Y la atribución del deber de conocer debe hacerse con criterio restrictivo. La expresión “tener medios racionales y motivos suficientes” en el artículo 36, no impone al tercero un deber estricto de inspeccionar el inmueble, ni menos de emplear medios extraordinarios para cerciorarse de su situación posesoria, y bastará observar, si no hay sospechas de una situación anormal, una conducta que pueda ser considerada como corriente y racional en un adquirente de tipo medio. Lo contrario sería una remora para el tráfico. Así pues, la falta en el adquirente de medios racionales para conocer el estado posesorio, hará funcionar la protección registral contra el que oculta su posesión, así como la ausencia de motivo suficiente para investigarla podrá privar del dominio igualmente por obra de la fe registral, a quien ostenta una posesión pública..Es, a nuestro modo de ver, esa diligencia media, que solo podrá definirse en cada caso concreto, la que basta al tercer adquirente para gozar de la tutela del Registro”.

⁹²⁶ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, TIII*, ed. Thomson- Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2008, pág. 528.

⁹²⁷ CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI núm. 722, pág. 2930.

⁹²⁸ Para MURGA FERNÁNDEZ J.P. *La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007*”, RCDI, núm.732, 2012, págs. 1069-2041 y 2014 ss. el tercero hipotecario “no puede limitarse a consultar el Registro para reunir el requisito de la buena fe, sino que debe hacer algo más; no desconociendo aquellas situaciones posesorias que se opondan frontalmente a lo publicado en el Registro”.

⁹²⁹ VALLET DE GOYTISOLO J.B, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 335. Su alegato es muy semejante al de ORTIZ DE ZÁRATE durante la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1861, pero casi un siglo después. Decía ORTIZ DE ZÁRATE:” “Esto, en mi opinión, señores, es muy grave; aquí se viene a sancionar un principio enteramente opuesto a los principios y a las acciones legales. Hasta hoy entre nosotros era un axioma que el dueño perseguía la cosa donde quiera que la encontrase, y otro axioma era que nadie podía dar lo que no tenía. Esos dos axiomas vienen abajo con esta Ley”. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución.*, T.-I, Vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, pág 162.

interesó de su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero habrá descuidado lo sustancial. ¿Y qué razón hay para que sea preferida la negligencia formal a la sustancial? Además, desde el punto de vista nacional o del social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la Economía nacional y que en contacto con la cosa realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir”.

El texto de VALLET DE GOYTISOLO es más un alegato que un razonamiento científico. Simplemente, refleja su resistencia –en 1957– a la evolución del país hacia una economía de mercado, con su característica contratación impersonal y la progresivamente relevante función del Registro de la Propiedad en la nueva realidad.

La respuesta a VALLET DE GOYTISOLO podría ser la misma que el Sr. PERMANYER dio un siglo antes a ORTIZ DE ZÁRATE:

“Lo que debería suceder en adelante es que un título, aunque realmente traslativo del dominio, no produzca su efecto en perjuicio de tercero por la circunstancia de no estar registrado, por la falta de la condición legal, extrínseca, que es la garantía de la publicidad y que lo es también del crédito territorial. Pero la falta de este requisito ¿podiera imputarse a nadie más que a sí mismo, aquel que debiese sufrir sus consecuencias, porque ya en adelante a nadie sera lícito excusarse de semejantes omisiones?”⁹³⁰

El razonamiento de VALLET DE GOYTISOLO resultaba ya anacrónico para los reformadores de 1861. Defendía el modelo de economía y de sociedad que los reformadores de 1861 y posteriores pretendían superar para facilitar la contratación impersonal y, de ese modo, la especialización y, en consecuencia, el desarrollo económico y social del país.

⁹³⁰ *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución.*, T.-I, Vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, pág. 182.

Muy por el contrario a lo que afirma VALLET DE GOYTISOLO, la creación de capital y el desarrollo de una economía de mercado exige, como observa DE SOTO:

“... focalizar la atención en el título que representa un activo, sea una casa, un campo, etc, en lugar de en el activo mismo y en la protección de las transacciones, incluso, por encima de los títulos, para facilitar la creación de redes amplias de intercambios. El capital –afirma DE SOTO– nace de representar por escrito –en el título, en un valor, en un contrato, y en otros testimonios similares– las cualidades económica y socialmente más útiles acerca del activo, en oposición a los aspectos visualmente más saltantes del activo mismo. Cuando uno centra la atención en el título de propiedad de la casa, por ejemplo, y no en la casa misma, en cuanto a objeto tangible, automáticamente ha dado el paso del mundo físico al universo conceptual donde el capital vive(...) Aunque establecidos para proteger tanto la seguridad del título como la de las transacciones, es obvio que los sistemas occidentales profundizan esta última. La seguridad se acentúa a fin de hacer confiables las transacciones para facilitar que los activos de las personas lleven una vida paralela como capital. En cambio, en la mayoría de los países en vías de desarrollo, la ley y las oficinas del gobierno siguen entrampadas en la antigua normatividad... romana, más orientada a proteger el título que las transacciones. Se limitan a ser guardianes de los deseos de los muertos. Esto acaso explique por qué crear capital sobre propiedades occidentales es tan sencillo, y por qué en los países en vías de desarrollo y en los que salen del comunismo, la mayor parte de los activos se ha escabullido del sistema formal legal en busca de movilidad”⁹³¹

Es, por lo tanto, desde una concepción correspondiente a un estadio anterior a la generalización y desarrollo de la economía de mercado –en la que predominaba la economía agraria, preferentemente dirigida a la subsistencia–, desde la que VALLET DE GOYTISOLO exige para el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria los mismos requisitos que exige el artículo 36 de la misma para proteger, bajo ciertos requisitos, al usucapiente *contra tabulas*. Concretamente, la diligencia consistente en *no haber conocido ni podido conocer*, que exige el artículo 36 de la misma para proteger al titular registral que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente a la

⁹³¹ DE SOTO H., *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*, ed. Península, Barcelona, 2000, págs. 69 y 82.

prescripción adquisitiva *contra tabulas*. En consonancia con ello, afirma VALLET DE GOYTISOLO⁹³²:

“El artículo 448 del Código Civil sienta una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño, que, con efecto negativo, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Esta presunción del artículo 448 del Código Civil tiene la publicidad que le da la ley. Su ignorancia no se excusa. Por eso, no puede ser catalogada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir”.

No parece, sin embargo, que esta posición se halle justificada: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una pieza vertebral del Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, propio de una economía de mercado, en el ámbito inmobiliario, mientras que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria es una excepción al mismo que solo opera en supuestos concretos y excepcionales: usucapión consumada o que pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, –y que, por lo tanto, el adquirente aún puede interrumpir– siempre que se cumplan determinadas condiciones.

La usucapión *contra tabulas* es conceptualmente contrasistemática. Por ello, este precepto solo admite una usucapión consumada o a punto de ser consumada y, por lo tanto, con un largo tiempo de posesión a título de dueño por el usucapiente, por lo que admite que, en esas circunstancias, el adquirente debe observar una diligencia especial, para quedar protegido frente a esa exclusiva eventualidad. Es esta protección excepcional en un supuesto excepcional la que exige una diligencia excepcional en el tercer adquirente para quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Es más, difícilmente cabe una usucapión ordinaria *contra tabulas*, porque no parece admisible una buena fe *contra tabulas* y, en consecuencia, solo cabría, en su caso, una usucapión extraordinaria *contra tabulas*.⁹³³

⁹³² VALLET DE GOYTISOLO J.B, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 335 y 443.

⁹³³ Un examen exhaustivo de las diferentes opiniones al respecto puede verse en Trincado Aznar J.M., *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?* En RCDI nº 781, págs. 2715 a 2770.

Mientras el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige que el adquirente no conociera o no tuviera medios racionales y motivos suficientes para conocer “*antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente*”, sin embargo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria afirma que la ignorancia de la inexactitud registral por parte del adquirente se presume “*siempre*”, es decir, en todo caso y, por lo tanto, al margen de que tuviera o no medios racionales y motivos suficientes para conocerla o, incluso, para saber que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

Como afirma ROCA TRIAS, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige, para que la usucapión *contra tabulas* perjudique a un adquirente que este incurra en *culpa lata*, algo que no exige el artículo 34 de la misma⁹³⁴. Como afirma esta autora: “... *Se puede decir que el artículo 36 coloca al tercero en una situación de buena fe cualificada*⁹³⁵ *que hay que intentar delimitar. La ignorancia a que se refiere el artículo 36 de la Ley Hipotecaria parece ser distinta de la del artículo 34; en efecto, el artículo 34 exige desconocimiento de la situación jurídica real de la finca o de la falta de poder de disposición del transmitente; en cambio, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria añade la exigencia de que esta ignorancia se extienda a las circunstancias de hecho de la finca, considerándose que si el adquirente no ha llegado a este conocimiento, le afectará la usucapión porque incurre en culpa lata*”.

Precisamente por ello no se justifica la extensión de los requisitos de la buena fe del artículo 36 de la Ley Hipotecaria a la buena fe del artículo 34 de la misma. Si el legislador hubiera querido extenderla al artículo 34, lo hubiera dicho explícitamente, como hace en el artículo 36. Las normas excepcionales, por lo demás, son de interpretación restrictiva.

⁹³⁴ ROCA TRÍAS s M.A., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, Núm.530, enero-febrero 1979, págs. 9 a 74.

⁹³⁵ DE LA RICA y ARENAL R. *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, núm 256, págs. 557-558, utilizó la conocida expresión “*buena fe pluscuamperfecta*”, por lo que calificaba al tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria de tercero “*pluscuamperfecto*”.

Por otro lado, la presunción del artículo 448 del Código civil se entiende mejor si se circunscribe a la propiedad no inscrita, como sucede a lo largo del Código civil. Tratándose de propiedad inscrita debe prevalecer la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de las remisiones efectuadas a la misma por los artículos 605, 608 y 1537 del Código Civil.

Llegados a este punto, conviene subrayar que, llevada a sus últimas consecuencias, la posición del Tribunal Supremo, expresada en la sentencia de 12 de enero de 2015, tiene como consecuencia que para el adquirente de un titular registral que posea a título de dueño de forma clara y manifiesta, le es indiferente inscribir su adquisición, pues tal posesión impide que haya buena fe en un segundo adquirente que sí inscriba, lo que, en última instancia, impide que sea protegido por la fe pública registral definida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La consideración de que la existencia de un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral enerva la buena fe de quien adquiere de este último exigida por el art 34 de la Ley Hipotecaria, es consecuencia de la opinión según la cual el sistema inmobiliario registral es un simple instrumento de publicidad de actos y contratos de finalidad traslativa consumados extraregistralmente – artículos. 609 y 1095 del Código civil-, que, como tal instrumento de publicidad, compite con la publicidad de la posesión a título de dueño. Ello tiene como consecuencia que cuando hay un poseedor a título de dueño, claro y manifiesto, distinto del titular registral no es posible que haya un adquirente protegido por la fe pública registral, porque la publicidad posesoria es incompatible con la diligencia mínima exigible para reconocerle la buena fe exigida por el artículo.34 de la Ley Hipotecaria⁹³⁶.

⁹³⁶ GORDILLO CAÑAS A. “La buena fe hipotecaria: quaestiones quodlibetales”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol II, ed. CORPME, Madrid, 2006, págs. 2351-2389, pág 2374. *El principio de fe pública registral*, I, ADC, vol.59, núm.2, 2006, págs. 509-65, pág.:589. CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) vol. I (2005-2007)*, Madrid, Dykinson, págs. 493-515. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción “ética”*, en MURGA FERNÁNDEZ J.P y TOMÁS TOMÁS S., *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.103-120, pág.: 214

Dentro de la concepción publicitaria del Registro, sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ⁹³⁷ subraya que la apariencia posesoria puede tener diferentes significados por lo que no debe prevalecer sobre la registral.

También destaca el carácter equívoco o ambiguo de la posesión LÓPEZ FRÍAS,⁹³⁸ lo que constituye un obstáculo para mantener que la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria desaparece si quien posee el inmueble en concepto de dueño no es el titular registral.

La interpretación de la publicidad posesoria a título de dueño como imposibilitadora de la buena fe exigible tiene también otra consecuencia en relación al artículo 1473 del Código civil puesta de manifiesto por CASTILLO MARTÍNEZ⁹³⁹: tratándose de inmuebles, este artículo, en el caso de un conflicto de adquisiciones, entre posesión previa e inscripción -que, según doctrina y jurisprudencia ha de ser de buena fe-, prefiere la inscripción, lo que hace que surja, inevitablemente, la siguiente pregunta: “¿no resulta incoherente con esta clara prelación mantener que si el primer comprador de un inmueble tiene la posesión del mismo -que, por hipótesis, será en concepto de dueño- no podrá atribuirse la propiedad a un segundo comprador que inscribe?”.

Esta interpretación supone, de hecho, una inversión de las reglas de preferencia del artículo 1473 del Código civil. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 admite claramente la posibilidad de que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes de comprar el segundo “y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa...e inscribió su adquisición en el Registro”. Esta sentencia, además, hace referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, concretamente al pasaje que afirma que el comprador que no

⁹³⁷ GUILARTE GUTIÉRREZ V. *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*. Valladolid, 1911, Lex Nova, pág.36. En el mismo sentido VILLARES PICÓ M. *La posesión y el Registro*, RCDI, Núm 230-231, 1947, págs. 409-448, pág.412.

⁹³⁸ LÓPEZ FRÍAS A., *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm.:781, págs. 2621 a 2662, pág. 2644.

⁹³⁹ CASTILLO MARTÍNEZ C.C, *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373*.

inscriba la venta “*aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*”.

En definitiva, como señala LÓPEZ FRÍAS⁹⁴⁰, parece incongruente con el artículo 1473 del Código civil identificar la posesión del primer comprador con la mala fe del segundo. Lo mismo cabe decir en relación al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No realiza dicha identificación, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Habiendo un comprador de una vivienda que ha entrado en posesión de esta, pero que no la ha inscrito y la adjudicación en un procedimiento de apremio posterior seguido contra el titular registral, el adquirente es un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que hubiera podido evitarse, dice el Tribunal Supremo con “*la demostración de la ausencia de buena fe del tercero*”. Por lo tanto, como afirma LÓPEZ FRÍAS⁹⁴¹, se desprende de las palabras del Alto Tribunal que el hecho de la posesión del primer adquirente no impide la aplicación del principio de fe pública registral por mala fe directa del rematante o adjudicatario, sino que habrá que demostrar específicamente su falta de buena fe, es decir, su conocimiento de la transmisión anterior no inscrita.

No parece aceptable que se imponga al adquirente inmobiliario una diligencia que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no exige -“*La buena fe se presume siempre*”-, a diferencia de los preceptos con normas correlativas de protección del tráfico jurídico que sí exigen que el adquirente no haya incurrido en *culpa lata* -vgr.: artículo 545 del Código de Comercio-, letras de cambio -artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque- cheques -artículo 119 de la misma Ley-.o anotaciones en cuenta -artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores-, y, sin embargo, no exigir ninguna diligencia a quien ha adquirido un inmueble sin incertidumbres valiéndose del sistema para, después, evadirse del mismo, generando incertidumbres -las que él evitó-, considerando dicho comportamiento ético.

⁹⁴⁰ LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm. 781, págs. 2621 a 2662, pág. 2644.

⁹⁴¹ *Ibidem*, págs. 2621 a 2662, pág. 2661, nota 51.

Con dicho comportamiento se elude el control de cumplimiento de normas de orden público – tales como fiscales, urbanísticas, de blanqueo de capitales, -, control imprescindible para que el Estado, a través del Registro, le reconozca como dueño *erga omnes*, por lo que sigue proclamando a su transmitente como dueño, precisamente porque lo es mientras el Estado no reconozca a otro que se lo solicite y el primer adquirente elude dicha solicitud, lo que le evita los controles referidos.

Le basta con poseer clara y manifiestamente a título de dueño para impedir que el propio Estado –único que puede atribuir títulos de propiedad y, por lo tanto, investir a alguien como dueño- pueda reconocer como dueño a otro que adquiere de quien el propio Estado proclama como dueño y solicita su reconocimiento como tal, por el simple hecho de que un adquirente anterior no se molestara en solicitar del Estado -es decir, del Registro- su reconocimiento como tal y a pesar de que el derecho de propiedad sea una función del Estado y solo pueda reputarse como dueño a quien el Estado reconoce como tal! No está justificado. Al adquirente que no inscribe, ¿acaso se le puede reconocer buena fe cuando impugna la inscripción de un segundo adquirente que sí inscribe por el mero hecho de estar poseyendo clara y manifiestamente a título de dueño?

¿Qué sucedería, además, con las operaciones inmobiliarias a distancia? ¿Acaso debería ser exigible al adquirente el desplazamiento a cientos o miles de kilómetros cuando quiera comprar un inmueble? ¿No sería mucho menor el esfuerzo que debería realizar el adquirente anterior para inscribir su adquisición? Esta posición dificultaría el desarrollo de la contratación electrónica a distancia o la compra masiva de activos inmobiliarios por Fondos de Inversión, por ejemplo, pues no les bastaría con consultar el Registro sino que deberían realizar costosas investigaciones, siempre inseguras, para asegurarse de la situación posesoria del inmueble.⁹⁴²

⁹⁴² En efecto, la situación posesoria resulta a menudo ambigua e insegura. Merece la pena traer a colación los ejemplos puestos por LÓPEZ FRÍAS A, *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*. RCDI núm.:781, págs. 2621 a 2662, pág.2644.: “Pensemos, por ejemplo, que el inmueble litigioso es una finca rústica de ciertas dimensiones que explota, a través de uno o varios trabajadores asalariados, el propietario no inscrito. Si el tercero se desplaza a la finca que pretende adquirir puede que se encuentre con quienes la están labrando (por el día o época de la visita o por la parte del inmueble que inspecciona). Si los ve, no tiene por qué sospechar que no trabajan para la persona que aparece como dueña en el Registro. Y, en general, tampoco tiene por qué saber si la posesión que, en su caso, advierte en la finca es o no en concepto de dueño, pues con frecuencia resulta difícil reconocer este tipo de posesión desde fuera. Recordemos que son manifestaciones de la posesión a título de dueño, entre otras, el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la realización de reformas, el cambio de cultivo de la finca...pero el adquirente no tiene por

Se trata, por lo tanto, de una interpretación inevitablemente destructiva del sistema de seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, articulada a través de la fe pública registral, contraria a la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la consistencia interna del sistema, y con efectos dañinos tanto para la seguridad de las titularidades como para la facilidad de su transmisión y, por lo tanto, para el funcionamiento eficiente de los mercados inmobiliario e hipotecario.

En el caso objeto de la sentencia de 12 de enero de 2015 es la ausencia de una posesión “*clara y manifiesta*” a título de dueño la que impide destruir la presunción de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta posición jurisprudencial supone, además, la destrucción de la presunción de la buena fe específica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria –“*La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*”–, mediante la aplicación al artículo 34 de la Ley Hipotecaria de lo dispuesto por el artículo 36-b de esta, previsto, exclusivamente, para la prescripción adquisitiva *contra tabulas*.

Hay que tener en cuenta, además, que un poseedor puede poseer fraudulentamente a título de dueño y que, en todo caso, no se le puede obligar a exhibir su título –artículo 448 del Código civil–, y, ni aunque lo exhibiera, ello demostraría la vigencia de este. Podría haber transmitido a un tercero y ocultar dicha transmisión.

Adicionalmente, que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no exige la comprobación del estado posesorio de la finca lo demuestra, además, lo dispuesto por la Ley 4/2013 de 4 de junio de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, cuyo Preámbulo dice:

qué conocer quién ha realizado esas actuaciones, si es que se han llevado a cabo, sobre todo cuando no vive ni trabaja en la zona donde se encuentra el inmueble. Pensemos ahora que lo que se propone adquirir el tercero es una plaza de garaje en la que frecuentemente hay un coche aparcado. El futuro comprador, ¿ha de pensar que ese coche quizás no es propiedad del titular registral de inmueble?, ¿debe investigar o preguntar sobre la pertenencia del vehículo? Verdaderamente no parece que, habiendo confiado en la publicidad registral, e ignorando su posible inexactitud, el artículo 34 le exija en ese caso tal comportamiento añadido. Ello al margen de que también es posible pensar que la plaza esté alquilada o se haya permitido su uso por parte de algún vecino o amigo del propietario, sin que tal posibilidad tenga que poner en entredicho la veracidad de la información contenida en el Registro”.

“Asimismo, es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad.

La consecución de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario”

En consecuencia, modificó el artículo 14.1 de la citada Ley en el sentido siguiente:

“El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.”

Dicha redacción ha sido modificada por el R.D.-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, conforme al cual:

“El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, o superior a siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34

de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años en caso de persona jurídica, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica.”

Esta reforma, si bien aumenta la duración mínima del contrato que se impone a la fe pública registral, constituyendo una excepción, no varía la filosofía de fondo. Si el legislador hubiera considerado ajustada a Derecho la exigencia de que es necesario inspeccionar la finca para gozar de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o que una posesión notoria la enerva, no hubiera exigido la inscripción para que el arrendamiento de vivienda pueda afectar a un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si consideramos que el arrendamiento conlleva posesión.

Esta consecuencia y, sobre todo, las consecuencias que derivan de la misma, evidencian las razones por las que la interpretación que hace la sentencia citada –que sigue la línea marcada por la sentencia de 7 de septiembre de 2007– de la diligencia exigible al tercero para quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es consistente con la propia Ley Hipotecaria ni con las funciones y finalidades del Registro de la Propiedad, sino con las características propias de una sociedad agraria, basada predominantemente en una economía de subsistencia, en la que no se ha desarrollado la economía de mercado, y contraria a las exigencias de esta última, que requiere una información en relación a los atributos jurídicos del bien que se desea adquirir lo más completa y simétricamente distribuida posible.

En efecto, el carácter claro y manifiesto de una situación posesoria a título de dueño tiene un alcance espacial muy reducido. El alcance geográfico de la notoriedad opera, en todo caso, a una escala tan reducida en relación a la escala en la que opera una

economía de mercado –en el caso de nuestro país, una escala europea y, en buena parte, global–, que, contemplada desde ésta, debería resultar irrelevante⁹⁴³.

La argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 – y de la línea jurisprudencial que sigue– tiene sentido o puede tenerlo en una economía agraria, con asentamientos humanos reducidos, normalmente con un alto grado de analfabetismo, en la que la tierra y los inmuebles en general no son objeto de transacción frecuente –mucho menos de hipoteca– porque su función esencial consiste en la producción de alimentos, normalmente para la subsistencia, especialmente en economías agrarias con un estado primario de desarrollo. En este entorno de mercados muy reducidos, las transacciones tienen lugar entre amigos y conocidos. Pero en ese estadio de desarrollo no hace falta ningún Registro de la Propiedad para que los reducidos mercados existentes puedan funcionar sino solo para que puedan ampliarse. Para lo primero, basta con que la contratación se haga de forma que sea conocida por todos.

La necesidad de los registros surge cuando los mercados se amplían y la contratación ya no solo es entre amigos y conocidos sino entre desconocidos y, por tanto, surgen una serie de incertidumbres que es preciso resolver para poder contratar, a las cuales me he referido anteriormente.

Los registros de derechos solucionan las incertidumbres relativas a la titularidad y cargas suministrando al mercado un legitimado para disponer, con una titularidad *in rem inter tertios*, y blindando a los adquirentes de buena fe frente a cualquier causa de invalidez, ineficacia, etc que pueda afectar a los actos y negocios jurídicos relativos al mismo bien, anteriores a su propio negocio adquisitivo, que, teniendo alcance real, no se hallen inscritas, así como respecto a aquellos derechos reales de garantía o medidas cautelares de carácter judicial o administrativo que no se hallen debidamente inscritas o anotadas.

⁹⁴³ En esta misma línea JEREZ DELGADO C. *La buena fe registral*. ed. CORPME, Madrid, 2005, págs. 24 a 27.

Ello hace que la única diligencia exigible a quien desee adquirir una finca inscrita sea, en su caso, la consulta al Registro⁹⁴⁴. En el límite, lo único exigible es que adquiera de quien resulte ser el titular registral con facultades de disposición suficientes y no conozca inexactitud alguna jurídico real del Registro, entendiendo dicha expresión en sentido definido en este estudio.⁹⁴⁵

Si la existencia de situaciones posesorias a título de dueño “claras y manifiestas” imposibilita la buena fe del tercero -artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, se dificulta la contratación impersonal, esto es, el mercado. Si el conocimiento de la existencia de negocios jurídicos anteriores de finalidad traslativa no inscritos, destruyen la buena fe - artículo 1298 del Código civil-, entonces, paradójicamente, se dificulta en mayor medida la contratación local, entre conocidos, que la contratación a una escala más amplia, en la cual la posibilidad de conocer la existencia de tales negocios jurídicos, es menor.

En ambos casos, se llega a los mismos resultados: la protección de quien utilizó en su favor el sistema registral, y, sin embargo, no inscribe su adquisición, produciendo, así, unos perjuicios de carácter general, como consecuencia de la desprotección de quien consultó el Registro y contrató conforme a la información obtenida del mismo, al margen de las situaciones posesorias existentes o de los conocimientos, más o menos ciertos o completos, que pudiera tener acerca de la existencia de transmisiones anteriores, en todo caso, no inscritas.

Afortunadamente, algunas sentencias posteriores -Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. PANTALEÓN PRIETO.

⁹⁴⁴ Esta es la opinión, entre otros, de PAU PEDRÓN A., *La teoría de los principios hipotecarios*, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, ed. CORPME, Madrid, 1977, pág. 66. También JEREZ DELGADO C. en *Tradición y Registro*, ed. CORPME, Madrid, 2004, pág. 69.

⁹⁴⁵ Resulta útil traer a colación las siguientes observaciones de DE SOTO H. *El misterio del capital*. ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 81: “Una razón importante por la que los sistemas de propiedad formal de occidente funcionan como una red es que...los registradores públicos administran archivos que contienen todas las descripciones económicamente útiles de los activos, trátense de tierras, bienes muebles o inmuebles, buques, industrias, minas o aeronaves. Estos archivos alertarán al interesado en el uso de determinado activo acerca de los aspectos que podrían restringir o enriquecer su realización: gravámenes, servidumbres, arrendamientos financieros, deudas atrasadas, quiebras e hipotecas. Los registros también se aseguran de que los activos estén representados de modo adecuado y preciso, en formatos apropiados fáciles de mantener al día y de obtener”. Ello pone de manifiesto que, para el adecuado funcionamiento del mercado, debe bastar con la consulta al Registro y, en el límite, simplemente contratar con el titular registral sin necesidad de indagar el estado de hecho del inmueble.

–, de las que resulta que la única diligencia exigible es la consulta del contenido del Registro⁹⁴⁶, como sostiene parte de la doctrina⁹⁴⁷, están corrigiendo aquella orientación.

Por lo que se refiere a la evolución de la jurisprudencia, la posición del Tribunal Supremo sobre la materia puede afirmarse que es un tanto oscilante. Tras estudiar detenidamente la jurisprudencia del Alto Tribunal durante las últimas décadas, LÓPEZ FRÍAS⁹⁴⁸ concluye que *“el enfoque del Tribunal Supremo sobre este tema no ha sido uniforme a lo largo de los años y quizás tampoco lo sea del todo actualmente...(…)...porque a pesar de que la doctrina de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 y 12 de enero de 2015 da a la posesión en concepto de dueño relevancia determinante para enervar la buena fe del adquirente que inscribe, en la realidad de las decisiones sobre casos concretos posteriores la jurisprudencia no siempre sigue el criterio de que la posesión, incluso calificada como de tipo dominical, destruye por sí misma la presunción de buena fe. Lo que sí se ha podido comprobar es que en numerosas hipótesis, tanto recientes como lejanas, más allá de los aforismos y afirmaciones generales, las circunstancias del supuesto en particular (o mejor, el conjunto de esas circunstancias) resulta fundamental para valorar la buena o mala fe de quien adquiere apoyándose en la información del Registro”*.

Conviene recordar que en situaciones correlativas de carácter mobiliario en las que rige el Derecho de la seguridad del tráfico, nuestro ordenamiento jurídico exige para

⁹⁴⁶ Dice el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 21 de julio de 2016:” *De la prueba practicada no puede deducirse que el Banco actuara de mala fe. El recurrente posee diversos servicios jurídicos, pero no para conocer la situación de las fincas, pues para ello y dotar de seguridad al tráfico jurídico, se creó el Registro de la Propiedad. Así que, en primer lugar, la parte actora actuó negligentemente no protegiendo sus intereses, pues debía haber comprobado la inscripción de las prohibiciones de enajenar escrituradas en el Registro o en su caso interesando por sí misma su inscripción. Por otra parte, no puede perjudicar lo no inscrito salvo que se pruebe que se conocía y no se ha efectuado actividad probatoria al respecto.*”

⁹⁴⁷ JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, Madrid, ed. CORPME, 2004, pág. 69, y PAU PEDRÓN A. *La teoría de los principios hipotecarios*, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. ed. CORPME, Madrid, 1977, pág. 66.

⁹⁴⁸ LÓPEZ FRÍAS A., *La buena o mala fe ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral*, RCDI, nº 781, págs. 2621 a 2662. Analiza las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988, 9 de mayo de 2003, 7 de diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 25 de mayo de 2006, 10 de julio de 2006, 21 de julio de 2006, 10 de octubre de 2006, 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007, 20 de diciembre de 2007, 30 de junio de 2008, 12 de enero de 2015, 19 de mayo de 2015, 29 de mayo de 2015, 4 de octubre de 2017, 5 de febrero de 2019 y 28 de mayo de 2019.

reconocer buena fe al adquirente la diligencia necesaria para no incurrir en culpa grave. Este es el caso de los títulos al portador –artículo 545 del Código de Comercio–, letras de cambio –artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque–, cheques –artículo 119 de la misma Ley– o anotaciones en cuenta –artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores. -

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin embargo, no exige diligencia alguna. Muy distintamente, afirma que la buena fe del tercero “*se presume siempre*” y, para desvirtuarla, es necesario probar que conocía la inexactitud del Registro. En otros términos, ni siquiera el desconocimiento imprudente enerva la presunción de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.⁹⁴⁹

Esto es lo que sucede también en el *Bürgerliches Gesetzbuch*, como he expuesto al tratar del sistema alemán.

En efecto, tratándose de inmuebles, la ignorancia por *culpa lata* no se equipará al conocimiento porque en el Registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión. Tratándose de bienes muebles, sin embargo, el parágrafo 932-2º *Bürgerliches Gesetzbuch* ⁹⁵⁰ exige que el adquirente no haya incurrido en culpa grave, por lo que equipara la *culpa lata* al conocimiento.

⁹⁴⁹ El texto que precede al texto articulado de la Ley de 30 de diciembre de 1944, a modo de preámbulo o, en su caso, exposición de motivos, afirma: “*La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe*”, lo que deja meridianamente clara la voluntad del legislador. No se exige diligencia alguna al adquirente –salvo adquirir del titular registral con capacidad para disponer–, de ahí que su buena fe se presuma “*siempre*” en el texto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

⁹⁵⁰ El parágrafo 932.2º del *Bürgerliches Gesetzbuch* dispone, en relación a bienes muebles, que “*el adquirente no es de buena fe si es conocido para él, o desconocido a consecuencia de culpa grave, que la cosa no pertenece al enajenante*”. Hay que subrayar que en Derecho alemán la transmisión de la propiedad mobiliaria no requiere inscripción sino entrega –parágrafo 929 del *Bürgerliches Gesetzbuch* –

16.7. La tesis de la imposibilidad de apreciar, en abstracto, la existencia de buena o mala fe, en el adquirente

La denominada concepción ética de la buena fe y la exigencia derivada de diligencia al adquirente *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria requieren, para ser compatibles con la seguridad del tráfico jurídico y, en última instancia, con la seguridad de las titularidades -en una economía de mercado el adquirente de hoy es el transmitente de mañana- la objetivación de la diligencia normalmente exigible a un adquirente y dilucidar si con esa normal diligencia el error pudo y aún debió desvanecerse en expresión de DÍEZ-PICAZO⁹⁵¹.

Ese estándar conductual debe ser consistente con la configuración estructural de la sociedad en la que se inserta, lo que exige que evolucione al ritmo de esta.

Desde esta perspectiva el estándar conductual referente a los intercambios no es el mismo en una sociedad basada en una economía de subsistencia que en una sociedad basada en una economía de mercado, pues los intercambios son un componente esencial de esta última y, por ello mismo, son recurrentes e impersonales, lo que exige una configuración institucional más compleja de los mismos a fin de evitar costes de información y, por lo tanto, de transacción, superiores que dificultarían los intercambios y, por lo tanto, la especialización, con las consabidas consecuencias de dificultar el incremento de productividad y, por lo tanto, de competitividad, que es el factor determinante del nivel de renta y, por lo tanto, de bienestar de una sociedad.

La objetivación conductual de la buena fe no puede incentivar la inseguridad jurídica ni premiar a quien no cumple con las exigencias estructurales del sistema de circulación de bienes y servicios para acabar imponiendo a quien se atiene a los requisitos del sistema transmisivo un nivel de diligencia que convierte en casi inútil el propio sistema diseñado para poder facilitar los intercambios en un contexto de contratación

⁹⁵¹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., Prólogo a la traducción española de *El principio de la buena fe* de F. WIEACKER, ed. Olejnik, 2019, pág. 15.

impersonal, obligándole a obtener información fuera del sistema cuando el propio sistema le dice que la información suministrada por el mismo es suficiente.

La interpretación que encarna la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, entre otras, por sí sola, ya supone una rémora –no justificada ni deseable– no solo para el comercio jurídico de titularidades inmobiliarias seguras, sino para la seguridad de los propios derechos que se pretenden proteger, pilares ambos de una economía de mercado.

A ello hay que añadir que la concepción dominante de la buena fe, contrariamente a lo que sucede en Francia o Alemania, se halla fuertemente influida por la idea de que el segundo adquirente que inscribe es un adquirente *a non domino*. En consecuencia, tiende a considerar que la cuestión de si el adquirente que inscribe procede o no de buena fe debe ser valorada por el juzgador en cada caso concreto, con un amplio margen para arbitrio judicial. Así, la tan citada sentencia de 12 de enero de 2015 afirma que, en estos casos, no cabe una apreciación de la existencia de buena o mala fe en abstracto, sino que debe modularse “*en el marco concreto y circunstancial que presente la impugnación efectuada por el titular extraregstral*”. Ciertamente, la apreciación de la buena o mala fe es una cuestión de hecho que debe ser valorada por el juzgador, pero sometida al criterio establecido por las normas aplicables, sin que quepa su configuración como cláusula general interpretable al arbitrio del juzgador. No es necesario insistir que ello concede al juzgador un amplio margen de discrecionalidad, cuya consecuencia consiste en una peligrosa disminución de la seguridad jurídica y, por lo tanto, un incremento de las dificultades transaccionales.

Como expuse anteriormente, en mi opinión lleva razón MIQUEL GONZÁLEZ⁹⁵² cuando afirma que no se puede invocar que la buena fe es una como instrumento para eludir después definiciones legislativas precisas como –entre otras– la del artículo 34-II de la Ley Hipotecaria, definiciones que hacen que en estos preceptos la buena fe haya

⁹⁵² MIQUEL GONZÁLEZ J.M. “Comentario al artículo 7.1 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, T. II, PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dir.)–, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 42. En el mismo sentido JEREZ DELGADO C., *La buena fe registral*. ed. CORPME, págs. 11-13.

sido concretada por el legislador y no sea un concepto indeterminado que pueda ser precisado por el juez.

La buena fe, en efecto, tiene un significado específico en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consistente en el desconocimiento de una situación jurídico-real distinta de la registral, cuyo alcance he intentado concretar; desconocimiento que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria presume "siempre", es decir, en todo caso, presunción que, por lo tanto, no puede ser desvirtuada por la existencia de situaciones posesorias a título de dueño, aun cuando sean aparentemente claras y manifiestas.

16.8. Momento en el que debe concurrir la buena fe y competencia para la apreciación de la misma

En cuanto al momento en el que debe concurrir la buena fe, buena parte de la doctrina⁹⁵³ y de la jurisprudencia⁹⁵⁴ coinciden en que ha de ser en el momento de la perfección del negocio jurídico adquisitivo, lo que hace referencia no al momento de perfección del negocio jurídico de finalidad adquisitiva sino al de la adquisición, esto es, una vez que la *traditio* ha tenido lugar. En los supuestos en los que hay otorgamiento de escritura pública,

⁹⁵³ Entre otros, DE COSSÍO y CORRAL A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Civitas, 1986, pág. 239. GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, T.III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008.pág. 530, DOMÍNGUEZ LUELMO A., (Dir) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, págs. 667-668. Otros autores consideran que la buena fe ha de extenderse hasta el momento de la inscripción. En esta línea, entre otros, SANZ FERNÁNDEZ A. *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 465-467. GÓMEZ GÓMEZ M., *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, RCDI, 1952, pág.571, CLEMENTE MEORO M., *Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario*, CLEMENTE MEORO M (Coord), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 153, GORDILLO CAÑAS A., *El principio de fe pública registral (I)*, ADC, núm.2,págs. 630 ss., JIMÉNEZ PARÍS T.A., *El momento de la buena fe*, CORPME, Madrid, 2006, págs.: 161 ss., VELA SÁNCHEZ , A., *Adquisición de la propiedad y principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 2009, pág.120., MURGA FERNÁNDEZ J.P., *La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007*, RCDI núm 732, págs. 2014 ss.

⁹⁵⁴ La mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo se inclinan porque el adquirente ha de tener buena fe en el momento de la tradición que, normalmente, coincidirá con el del otorgamiento de la escritura pública - artículo1462 II del Código civil---. En este sentido, entre otras, las sentencias de 31 de enero de 1975, 30 e junio de 1986, 19 de julio de 1989 o 23 de diciembre de 1992.

ordinariamente, la *traditio* coincidirá con dicho otorgamiento, conforme a lo dispuesto por el artículo 1462 II del Código civil.

RODRÍGUEZ ELORRIETA ⁹⁵⁵ sostiene, refiriéndose al artículo 1473 del Código civil que “*en las adquisiciones a domino la buena fe del comprador será necesaria cuando se produzca la perfección del contrato y, en las adquisiciones a non domino, en cambio, la buena fe del comprador tendrá que concurrir no solo cuando se perfeccione el contrato, sino, además, cuando reciba la posesión o proceda a la inscripción*”.

En el caso del artículo 34 de la Ley Hipotecaria estamos, normalmente, ante una adquisición *a domino*, por lo que la buena fe es exigible en el momento de la perfección del contrato de finalidad traslativa seguido de tradición. En los casos en los que ampara una adquisición *a non domino* -v.gr. suplantación de personalidad del titular registral -, parece razonable exigir el desconocimiento por el adquirente hasta el momento de la inscripción. Si conoce, antes de la inscripción de su adquisición, la inexactitud que genera una adquisición *a non domino*, no queda protegido por la fe pública registral y solo puede adquirir por usucapión extraordinaria. Si la conoce después, *mala fides superveniens non nocet*.

Comparto esta opinión porque, si bien el adquirente del titular registral, mientras no inscribe tiene una titularidad meramente negocial, es una titularidad –precisamente la que le faculta para solicitar la inscripción a su favor– y, por lo tanto, la buena fe debe ser exigible en ese momento, con la excepción de que se trate de una adquisición *a non domino*, tal y como la he definido a lo largo de estas páginas. El principio según el cual *mala fides superveniens non nocet* debe entenderse que opera a partir de ese momento⁹⁵⁶.

⁹⁵⁵ RODRÍGUEZ ELORRIETA, N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790, pág. 921.

⁹⁵⁶ Modifico, por lo tanto, por la razón expuesta, la opinión manifestada en el “Comentario a la Sentencia del del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015”, en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil), Volumen 7º* (2015), YZQUIERDO TOLSADA M. (Dir), Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pag. 611. Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario, CLEMENTE MEORO M. (Coord). *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 139. También JIMÉNEZ PARIS T.A., *El momento de la buena fe*, ed. CORPME, Madrid, 2006, págs. 47 ss.

En el Derecho alemán, el momento en el cual debe tenerse la ignorancia de la inexactitud registral es el de la presentación de la solicitud de inscripción –parágrafo 892 II del *Bürgerliches Gesetzbuch*–, debido al carácter explícitamente constitutivo de la inscripción.

La buena o mala fe, por último, debe ser apreciada por los tribunales de instancia, entendiendo por tales tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia. Dicha apreciación no puede ser revisada en casación. Este principio cede en el caso de que la valoración por parte del Tribunal de instancia se sitúe “*en un parámetro de irracionalidad o falta de lógica*” –Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2006–. En cuanto a la fijación de los hechos que fundamentan dicha valoración solo puede ser revisada en casación si se han vulnerado las normas sobre prueba –entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007 y de 2 de enero de 2008–.

16.9. El sistema del Código civil -causal- y el del *Bürgerliches Gesetzbuch*-abstracto-convergen funcionalmente a través de la fe pública registral -*Gutgläubenswirkung*- y las anotaciones preventivas -*Vormerkung*

16.9.1. Causalidad y abstracción como puntos de partida del sistema español y del alemán respectivamente

Contrariamente a lo que sucede en el Derecho alemán⁹⁵⁷, en nuestro Derecho la regla general es que todo negocio jurídico ha de ser necesariamente causal⁹⁵⁸ –*causa del negocio*– y que el negocio jurídico dispositivo que debe ir acompañado de un negocio jurídico que, a su vez, constituye su causa o *causa traditionis* –*causa de la atribución patrimonial*–, por cuya razón dicho negocio jurídico recibe también la denominación de

⁹⁵⁷ En general, se debería hablar de cualquier aserto de oposición –*Widerspruch*–, el cual sirve para enervar la buena fe del adquirente.

⁹⁵⁸ Véase DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *El concepto de causa en el negocio jurídico*, ADC, 1963, pág. 28.

causal— de modo que la nulidad del negocio jurídico obligatorio o causal implica la nulidad de la *traditio* —de la atribución patrimonial—⁹⁵⁹.

Un sistema así hace inseguro el tráfico jurídico, pues el atribuyente puede, eventualmente, recuperar la cosa atribuida de quien quiera que la posea, aun cuando se trate de un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, conforme a lo dispuesto por el artículo 348 II del Código civil. Dada la imposibilidad de saber con certeza quién es el legitimado para disponer —si prescindimos del sistema de fe pública registral—, este sistema generaliza las incertidumbres y, por tanto, la inseguridad para todos. Por ello, se establece, como primer mecanismo de defensa, la presunción de propiedad a favor del poseedor en concepto de dueño —artículo 448 del Código civil—.

Partiendo de estas diferencias entre los sistemas alemán y español, sin embargo, ambos convergen a través de la fe pública registral, o, más precisamente, a través de los respectivos sistemas de circulación registral de titularidades inmobiliarias a título oneroso *inter vivos*, los cuales, como he expuesto, presentan grandes similitudes.

16.9.2. Convergencia de ambos sistemas mediante la modulación de los efectos de la causalidad y de la abstracción respectivamente: la exigencia de ignorancia de la denominada inexactitud registral

El Código civil parte del principio de causalidad, el cual opera *inter partes* e *inter tertios* —salvo, en este segundo aspecto, la protección que la ausencia de mala fe otorga a un tercer adquirente en ciertos supuestos, —v.gr. artículo 1295 II del Código civil—. No hay, por lo tanto, abstracción *dentro* de cada proceso transmisivo —contrato más *traditio ex* artículo 609 del Código civil—. No obstante, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria blindo a los procesos transmisivos subsiguientes de las vicisitudes que puedan afectar a los procesos transmisivos precedentes relativos al mismo bien, excepto en relación a aquellas

⁹⁵⁹ Cuestión distinta es la denominada “*abstracción procesal*” o “*abstracción de la mención de la causa*”, a la que se refiere el artículo 1277 del Código Civil. El hecho de que si un contrato no menciona la causa se presume que existe y que es lícita, no significa que estén permitidos en nuestro ordenamiento los negocios sin causa, sino simplemente que hay una presunción de existencia y licitud de la causa. DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 291.

causas de anulación, resolución o rescisión que figuren en la inscripción de los negocios jurídicos precedentes sobre el mismo bien, exigiendo la buena fe del adquirente – entendida exclusivamente como ignorancia de la inexactitud jurídico-real del Registro– para que quede blindado frente a las causas de idéntica naturaleza no inscritas, así como frente a procesos adquisitivos precedentes no inscritos.

Como afirma DÍEZ-PICAZO, la situación de protección del tercero es inatacable frente a cualquier acción ejercitada por un *verus dominus*, –en rigor, conviene matizar, por un titular obligacional o *in personam*– extraño a las antecedentes inscripciones registrales. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria excepciona o enerva la acción reivindicatoria, la acción confesoria o cualquier otra acción real, pero, además, protege al tercer adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo, nacida de un titular registral anterior, que pretenda la anulación o la resolución del derecho del transferente.⁹⁶⁰

Es decir, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece una separación *entre* procesos adquisitivos realizados conforme a las normas del Código civil y, en este sentido, puede hablarse de abstracción registral *inter tertios*. Se trata de una separación o abstracción limitada a los extremos mencionados y modulada, en todo caso, por la exigencia de una buena fe específica definida como ignorancia de la inexactitud del Registro y respecto de la cual el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dice que “*se presume siempre*”, es decir, en todo caso o sin excepción alguna.

De este modo, un adquirente *ex.* artículo 34 de la Ley Hipotecaria goza de las ventajas de un adquirente en un sistema de acuerdo real abstracto, normalmente precedido de un negocio obligatorio, modulado por la exigencia de desconocimiento de la inexactitud registral, tal y como dispone también el parágrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*. Así, mediante la exigencia de la ignorancia de la inexactitud registral, en caso de haberla, se evita que la abstracción en sentido estricto, así como la abstracción solo *inter tertios* que introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en un sistema causal como el español, produzca los efectos no deseados que se derivarían inevitablemente de

⁹⁶⁰ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Ciizur Menor, 2008, pág. 536.

la misma, cual la protección de un adquirente de mala fe, entendiendo por tal aquel que conoce la inexactitud del Registro de la Propiedad. Cuestiones distintas, a las que me he referido en las páginas precedentes, son qué debe entenderse por tal inexactitud y si es exigible alguna diligencia para excusar el desconocimiento de esta.

Conviene subrayar, además, que la Ley Hipotecaria consigue todo ello respetando la causalidad *dentro* de cada proceso transmisivo simple o *inter partes*, que es inherente al sistema español –artículos. 1261, 1262 y 1275 del Código civil–. Ese es, precisamente, el significado del artículo 33 de la Ley Hipotecaria cuando afirma que “*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*”.

En el Derecho alemán, por el contrario, con las matizaciones expuestas, se parte de la abstracción con todas sus consecuencias, incluida, por lo tanto, la protección de quien conoce la existencia de vicios en algún negocio obligatorio anterior, o la existencia de un negocio obligatorio anterior, seguido o no de un negocio dispositivo –*Einiingung* o *Auflassung*–.

Sin embargo, el párrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch* exige, para proteger al adquirente, que no conozca la inexactitud registral, en caso de haberla, que se identifica con la exigencia de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, definida, al igual que en el párrafo 892.1 BGB, como ignorancia de la inexactitud del Registro. En el Derecho alemán, la falta de conocimiento a que se refiere el artículo 892.2 no equivale a la *culpa lata* a la que se refiere el párrafo 932 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, tratándose de bienes muebles. En materia inmobiliaria, por lo tanto, la imprudencia no se equipara al conocimiento. Similarmente, en nuestro sistema, los artículos 545 del Código de Comercio, 12 y 119 de la Ley Cambiaria y del Cheque, referentes a títulos transmisibles por endoso o al portador, hablan de mala fe equiparándola a culpa grave, a diferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que la presume siempre.

16.9.3. Las anotaciones preventivas –artículo 42 de la Ley Hipotecaria– en España y la *Vormerkung* –parágrafos 883 a 888 del *Bürgerliches Gesetzbuch*– en Alemania como instrumentos dirigidos a impedir la alegación de ignorancia por parte del adquirente

El sistema alemán, partiendo del *principio de abstracción* y el sistema español, partiendo del *principio de causalidad*, llegan a los mismos resultados mediante la exigencia de ignorancia de la inexactitud registral por parte del adquirente: el sistema español, mediante la introducción de dicha exigencia convierte un sistema causal *inter partes* y, por tanto, también *inter tertios*, en abstracto *inter tertios*, matizado por la exigencia de buena fe –artículo 34 de la Ley Hipotecaria–, mientras que el sistema alemán convierte un sistema abstracto *inter partes* y, por tanto, también abstracto *inter tertios* en “causal” *inter tertios*, en la medida en que la exigencia de ignorancia de la inexactitud registral evita, mediante el ortorgamiento de relevancia al negocio causal, los efectos indeseados derivados de la abstracción, esto es, la protección de la adquisición de un tercero de mala fe, entendiendo por tal a aquel que conocía la inexactitud registral –parágrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*–, si bien, en este caso, mediante el recurso a considerarlo un acto contrario a las buenas costumbres y con efectos meramente indemnizatorios, conforme al parágrafo 826 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, a diferencia del sistema español, en el que los efectos son restitutorios, además de indemnizatorios, en su caso.

Las anotaciones preventivas – artículo 42 de la Ley Hipotecaria– en España y la *Vormerkung* –parágrafos 883 a 888 del *Bürgerliches Gesetzbuch*– en Alemania desempeñan la misma función: enervar la buena fe de un tercer adquirente y, de ese modo, causalizar *inter tertios* el sistema transmisivo en relación a lo anotado.

En síntesis, mediante la introducción de la fe pública registral se debilita la distinción entre el principio de abstracción y el principio de causalidad, aunque sin llegar a eliminarla completamente.

El sistema transmisivo alemán, por otra parte, permite que la autonomía de la voluntad pueda tener un cierto juego en el sistema transmisivo –dando mayor relevancia

a los efectos del negocio obligatorio sobre el causal, aunque de modo restringido, especialmente en el caso de los inmuebles⁹⁶¹– siendo, en este punto, más flexible que el sistema español, el cual es siempre causal, como hemos visto, sin que esté permitido a la autonomía de la voluntad prescindir de la causa en los negocios jurídicos.

Prescindiendo de este aspecto, el sistema español parece más flexible. Mientras el sistema alemán exige explícitamente la inscripción o *Eintragung* como elemento del proceso adquisitivo junto con la *Auflassung*, en el Código civil español se requiere contrato más *traditio* –Confer.: artículo 609 del Código civil–. En consecuencia, en Alemania no cabe distinguir –al menos, en teoría– entre propiedad inscrita y no inscrita.

En el sistema del Código civil sí cabe esa distinción. Si la propiedad no está inscrita, con la *traditio* precedida de justa causa se consuma el proceso adquisitivo del Código civil que solo garantiza una titularidad *in personam*. Solo mediante usucapión se puede adquirir una titularidad *in rem*. En materia de propiedad inscrita, se parte del mismo sistema transmisivo, pero, mientras el adquirente no inscriba, su transmitente sigue conservando el poder de disposición: solo tiene una titularidad obligacional en relación a un adquirente posterior que inscriba. Si quiere tener una titularidad protegida por una regla de propiedad no necesita esperar a que transcurran los plazos necesarios para usucapir: le basta con ser un adquirente protegido por la fe pública registral.

A diferencia de lo que sucede en el sistema alemán, en el español en ninguna de estas fases el adquirente se halla en una situación que pueda considerarse, en cierto sentido, irregular o pendiente de ser completada, si no, simplemente, en un distinto escalón de protección de su titularidad. En realidad, el sistema alemán, al regular en el párrafo 185 BGB la denominada *Kettenauflassung* o disposición en cadena –que incluye los actos dispositivos realizados por adquirentes que no han inscrito– está admitiendo que existe un cierto número de adquirentes que, tras la *Auflassung*, no solicitan la *Eintragung*, por las razones que fueren, entre otras, para, v.gr., ahorrarse el coste de la misma. Esta situación implica una cierta irregularidad –a diferencia de lo que sucede en el sistema español– puesto que el único legitimado para disponer sigue siendo el titular

⁹⁶¹ FUENTESECA DEGENEFFE C., *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*. ed. Reus, Madrid, 2012. págs. 106 ss.

registral. Como he expuesto, se entiende que el receptor de la *Aufflassung* dispone solo en tanto que apoderado del titular registral.

16.9.4. Dos sistemas funcionalmente similares con diferente grado de flexibilidad

Funcionalmente, estamos ante construcciones parecidas, si bien la del sistema español parece más ágil, más flexible y no necesitada de una construcción jurídica tan artificiosa. Para que funcione correctamente, conforme a las exigencias de la sociedad regida por la economía de mercado, es preciso, en primer lugar, interpretar el sistema transmisivo del Código civil, en relación con los bienes inmuebles, desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con lo que dispone el propio Código civil, y, en segundo lugar, ajustar la interpretación de la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria a los exactos términos del precepto: desconocimiento de la inexactitud registral, desconocimiento que se presume siempre y, por tanto, sin que la *culpa lata* pueda equipararse a conocimiento⁹⁶², de modo similar a lo que sucede en el Derecho alemán.

⁹⁶² Hay que tener en cuenta que las críticas al sistema de transmisión abstracta son abundantes dentro de la propia doctrina alemana, por lo que se tiende a dar mayor relevancia al negocio obligatorio. Para un resumen de estas, puede verse FUENTESECA DEGENEFTE C., *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Ed. Reus, 2012, págs. 129 ss. También RODRÍGUEZ ROSADO B., *Dos siglos de evolución del sistema alemán de transmisión abstracta*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.II, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, págs.2281,1199. Por otro lado, en los diferentes grupos de trabajo internacionales, el sistema de transmisión consensual no goza de aceptación, aunque suelen eludir el espinoso tema de la transferencia de la propiedad. Sostiene LAUROBA LACASA, el Libro VIII del *Draft Common Frame of Reference*, referente a la *Adquisición y pérdida de la propiedad de las cosas* puede contribuir a situar las discusiones. LAUROBA LACASA M.E. *¿Ha llegado la hora de un Derecho europeo de bienes?* En *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa-*, PEREÑA VICENTE M y DELGADO MARTÍN P. (Dirs), HERAS HERNÁNDEZ M (Coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, ed. Aranzadi S.A, 2015, págs. 497-510. En ese terreno, el sistema español de título y modo complementado por la fe pública registral debería poder jugar un papel relevante debido a las características expuestas. Una crítica tanto al sistema alemán como al francés puede verse en ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil”, en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dir.) y GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coord.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs.141-195.

Conclusiones

I

La evolución desde la contratación personal a la impersonal es el factor determinante de la evolución institucional de los sistemas transmisivos *inter vivos* a título oneroso

El factor determinante en la evolución institucional de los sistemas transmisivos *inter vivos* a título oneroso consiste en la evolución desde la primitiva economía de subsistencia hacia la moderna economía de mercado, porque implica el paso de la contratación personal a la impersonal.

La economía de subsistencia se caracteriza porque la sociedad se divide en grupos de tamaño reducido, integrados por unidades autosuficientes, normalmente familiares, de producción y de consumo, en los que las transacciones tienen una función marginal y, por lo tanto, son residuales. Además, tienen lugar, generalmente, entre los miembros del grupo, y, por lo tanto, entre sujetos conocidos. En consecuencia, la información es completa o incompleta solo en el margen, asimilándose, en este aspecto, a la hipótesis de mercado perfectamente competitivo del denominado modelo walrasiano estándar neoclásico, caracterizado por la información completa. En consecuencia, no hay -o apenas hay- costes de información ni, por lo tanto, de transacción.

En este contexto, una de las finalidades esenciales de la arquitectura institucional del sistema transmisor es el mantenimiento del conocimiento existente, dentro del grupo, acerca de las titularidades y cargas sobre la tierra, esto es, de la información completa o lo más completa posible. En ese escenario, tal finalidad se consigue arbitrando mecanismos transmisivos que aseguren la difusión pública de las transacciones, pues, en este contexto, la memoria de los individuos actúa como un registro de derechos: mediante el conocimiento de las transacciones, se conoce la situación jurídica de las fincas.

La moderna economía de mercado, sin embargo, se caracteriza por una mayor especialización y, por lo tanto, una mayor interdependencia entre los miembros de la sociedad. Por ello, los intercambios dejan de ser residuales para convertirse en una pieza esencial del sistema. En ese contexto, las transacciones son frecuentes, hasta el punto de ser una constante del sistema económico e, inevitablemente, no tienen lugar solo entre conocidos sino, también y crecientemente, entre desconocidos. En consecuencia, el referido diseño institucional correspondiente a una economía de subsistencia es incapaz de cumplir eficazmente su función difusora, por lo que la información deja de ser completa para ser incompleta y, por lo tanto, costosa, lo que dificulta los intercambios y, por lo tanto, la especialización.

En síntesis, se puede afirmar que la evolución social, partiendo de la primitiva contratación personal ha ido avanzando, formando un *continuum*, hacia una contratación cada vez más impersonal o anónima. Este avance requiere una evolución del marco institucional que permita que las titularidades sigan siendo seguras, como en la economía de subsistencia y, al propio tiempo, los intercambios sigan siendo ágiles, lo cual requiere un diseño institucional mas complejo y, por lo tanto, más costoso. Por ello, la evolución desde el intercambio personal al impersonal aumenta el coste transaccional total pero, en la medida en la que la evolución del marco institucional consigue sus objetivos, la consecuencia es una drástica reducción de los costes de producción, en mucha mayor medida de la que se incrementan los costes transaccionales y de ello deriva el extraordinario crecimiento de las modernas economías de mercado.

II

En la contratación impersonal son igualmente relevantes los aspectos intracontractuales o *inter partes* y los intercontractuales o *inter tertios*, a diferencia de la contratación personal en la que prevalecen los primeros

En la contratación personal, propia de una economía de subsistencia, desde una perspectiva jurídica, dada la escasez y la distancia temporal entre los intercambios, son más relevantes los aspectos intracontractuales que los intercontractuales, esto es: qué

debe hacer A, como propietario del bien, para transmitirlo a B, que desea adquirirlo o qué debe hacer B para adquirirlo. Sin embargo, desde este mismo enfoque, en el flujo de contratación impersonal propio de una economía de mercado, no son solo relevantes esos aspectos sino que también pasan a primer plano los aspectos intercontractuales, esto es, los efectos que la transacción entre A y B pueda tener sobre C, los de las transacciones entre A y B y entre B y C, sobre D; los de las transacciones entre A y B, entre B y C y entre C y D sobre E, y así sucesivamente, del mismo modo que en cuanto a las eventuales reclamaciones de terceros sobre cada uno de los adquirentes anteriores.

Es decir, en un contexto de contratación impersonal, no solo importan los aspectos *inter partes*, sino, igualmente, los aspectos *inter tertios*, es decir, las repercusiones que las vicisitudes de los actos y contratos anteriores referentes al mismo inmueble puedan tener sobre los adquirentes posteriores.

Ello determina una evolución institucional que, para conseguir que las titularidades sobre los bienes sean, simultáneamente, seguras y fácilmente transmisibles, debe cumplir dos funciones esenciales. A saber:

1) Idealmente, poner a disposición de las partes -usualmente y, sobre todo de la parte compradora- la información que necesita para contratar y que la otra parte le ocultaría, en todo o en parte, si pudiera, en la medida en que el conocimiento de la misma por la otra parte le perjudicara y

2) Permitir al adquirente una titularidad que prevalezca no solo frente a su transmitente -una titularidad *in personam*- sino, además, frente a todos -titularidad *in rem*-. Ello requiere *insularizar*- o *blindar* la adquisición consumada a través del mecanismo adquisitivo *inter partes* frente a ese tipo de incertidumbres jurídicas descritas, derivadas, a su vez, de la conexión intercontractual imprescindible para la concatenación de titularidades, sin vulnerar derechos ajenos o sin imponerles unos costes de protección más elevados, lo que aumentará el valor de los bienes y facilitará la contratación

III

La evolución institucional de las transmisiones mobiliarias es más sencilla que la de las inmobiliarias debido a que se puede conceder a la posesión mobiliaria un mayor alcance legitimador que a la inmobiliaria

En el ámbito de los bienes muebles y, especialmente, de las mercaderías, la evolución institucional resulta relativamente sencilla: basta con la derogación de la regla de la *reipersecutoriedad* o *reivindicabilidad ilimitada* para las adquisiciones derivadas de los actos de tráfico jurídico – actos perfeccionados entre personas materialmente distintas, realizados a título oneroso y de buena fe-, especialmente cuando esos bienes se han adquirido de un comerciante que, como tal, desempeña habitualmente funciones de intermediación. Tal solución derogatoria se consigue mediante la atribución a la posesión de una especial función legitimadora o dispositiva.

Tal atribución es posible porque, por un lado, aumenta la “circulabilidad” de los bienes muebles, sin, por otro lado, incrementar *de facto* los riesgos de pérdida del derecho de propiedad para su titular, puesto que la facilidad con la que los bienes muebles pueden ser ocultados y destruidos, unida a la frecuente carencia de pruebas documentales de esta suerte de transacciones, los hace, de hecho, irreivindicables en buen número de supuestos.

Además, las probabilidades de que haya *iura in rem* concurrentes sobre un mismo bien mueble son escasas, y, sobre todo, de que haya derechos reales limitados, puesto que tales derechos son un fenómeno casi exclusivamente inmobiliario, por lo que, tratándose de bienes muebles, normalmente el poseedor es su dueño, lo que permite sentar el principio general de que la posesión de buena fe equivale al título, dotándolo de una especial eficacia cuando el bien mueble se ha adquirido de un comerciante.

Esta fue precisamente la técnica utilizada por la *Lex Mercatoria* respecto de los bienes muebles. Incluía, entre otras, las siguientes reglas: 1.-La marcada separación entre el régimen jurídico de los bienes muebles y los bienes inmuebles. 2.-El reconocimiento al comprador de buena fe de bienes muebles de ciertos derechos superiores a los del denominado *verus dominus*.

IV

Lo mismo sucede en el ámbito de la circulación de créditos mediante su incorporación a la letra de cambio y la adopción del endoso como sistema transmisivo

Bajo el régimen romano de la cesión, la adquisición de un derecho de crédito equivalía a la adquisición de una “caja de sorpresas”, lo que dificultaba su circulación y, por lo tanto, la propia financiación del comercio.

Entre los principios que desarrollaba la *Lex Mercatoria* se encontraba también el desarrollo de los títulos comerciales, como las letras de cambio y los pagarés y su transformación en los llamados *contratos abstractos*, en los que el documento no solamente era prueba de un contrato subyacente, sino que, a su vez, encarnaba o era el contrato y se le podía demandar *independientemente*.

Con estas medidas se eliminaban gran parte de los inconvenientes que hacían del crédito un activo patrimonial difícilmente transmisible y, por lo tanto, de escaso valor.

La introducción y difusión de la *cláusula de endoso*, un sistema específico de transmisión de la letra, es el acontecimiento más importante de la evolución histórica de este título valor y reviste consecuencias jurídicas y económicas de primera magnitud.

En efecto, el *endoso* supone la *incorporación* del derecho al documento, del que forma parte, lo que implica la inmunización del endosatario respecto de las excepciones ajenas a su propio negocio adquisitivo del documento y, por lo tanto, el sometimiento de la cesión de créditos a las reglas de circulación de las mercaderías, basadas en la protección de la posesión de buena fe. Esta modificación esencial, la *mobilización* del crédito, disminuye los riesgos del cesionario y facilita su *movilización*.

La evolución institucional de los sistemas de tramisión inmobiliaria para adaptarlos a las exigencias de la contratación impersonal requieren la intervención directa del Estado en el sistema transmisivo

La tarea de encontrar, también para los bienes inmuebles, una solución institucional que facilitase su *circulabilidad* sin merma de su *seguridad* – en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida- presenta mayores dificultades que en materia mobiliaria o de cesión de créditos

Las dificultades se hallan relacionadas, por un lado, (1) con las características específicas de los bienes inmuebles, las cuales impiden conferir a su posesión idéntico alcance jurídico que el concedido por la *Lex Mercatoria* a la posesión mobiliaria; por otro lado, (2) con la especial función política asignada a los derechos de propiedad sobre la tierra, singularmente durante el Antiguo Régimen y (3) con el régimen jurídico del derecho de propiedad sobre la tierra como consecuencia de esa función política.

No se puede dar a la posesión inmobiliaria el mismo alcance legitimador que el conferido por la *Lex Mercatoria* a la posesión mobiliaria. En efecto, los bienes inmuebles no se pueden hacer desaparecer, lo que permite su *reipersecutoriedad* y, por lo tanto, su *reivindicabilidad* y, además, su propia naturaleza permite y aún facilita la coexistencia de varios derechos de aprovechamiento sobre ellos –de hecho, era lo usual en el Antiguo Régimen- aunque no todos sean visibles por no llevar aparejada posesión o porque la posesión que conllevan puede resultar engañosa como signo de propiedad, porque, además, la posesión no siempre lo es a título de dueño.

Adicionalmente, las soluciones institucionales alumbradas durante el Antiguo Régimen nunca persiguieron, en realidad, facilitar la creación de un mercado inmobiliario, sino aumentar los ingresos fiscales de la Corona, sin alterar los intereses de la coalición dominante.

Sería preciso esperar al costoso triunfo de la burguesía sobre la nobleza para conseguir que las soluciones institucionales dirigidas a corregir las asimetrías informativas respondiesen a los intereses de la nueva clase dominante, esta sí interesada en fomentar el comercio de las tierras y en su utilización como activo económico. Es este proceso el que explica los orígenes del Registro de la Propiedad en España y también en Francia, en Alemania y en los demás estados europeos.

VI

El sistema transmisivo romano favorecía el *statu quo* y dificultaba el intercambio impersonal

Del mismo modo que ocurría en relación a los bienes muebles y a la cesión de créditos, en materia inmobiliaria, el Derecho romano configuraba un estado de cosas sumamente favorecedor del *statu quo*, que obstaculizaba el comercio inmobiliario, por cuanto situaba todos los riesgos sobre los adquirentes. En efecto, la configuración obligacional de la *emptio venditio* y la causal de *la traditio* trasladaban todos los riesgos al comprador, al carecer, incluso, de un sistema mínimamente efectivo de publicidad inmobiliaria que blindase al comprador frente a los riesgos de la información incompleta.

Los efectos nocivos de tal ausencia se hicieron notar crecientemente, a medida que el Imperio se fue expandiendo y los intercambios impersonales fueron aumentando.

Por lo demás, resulta ilustrativo comprobar cómo, ante el mismo tipo de problemas, las soluciones alumbradas suelen ser parecidas.

En efecto, en España - y en otros países, como Alemania- por las razones expuestas, cuando el Estado liberal, tras la caída del Antiguo Régimen, se vió en la necesidad de organizar los mercados hipotecario e inmobiliario, recurrió a soluciones jurídicas similares a las de la *Lex Mercatoria* para solventar los problemas planteados por la organización del mercado de los bienes muebles y de la circulación del crédito, si bien adaptadas a las características de los bienes inmuebles. Por ello, se creó el Registro de la

Propiedad y se atribuyeron a la inscripción determinadas *propiedades normativas*, en cuya virtud se trasladan al ámbito inmobiliario los principios básicos que venían gobernando el comercio de los bienes muebles, específicamente, de las letras de cambio y las mercaderías, privilegiando la posición del adquirente de buena fe, con la previa organización de un régimen institucional en el que se hacía depender del denominado *verus dominus* el hecho de que no pudiera privarle de su derecho de propiedad un tercero de buena fe. Para evitarlo, le bastaba con inscribir previamente su derecho, es decir, le bastaba suficiente obtener una resolución favorable en el procedimiento necesario para que el Estado reconociera su titularidad y comprometiera toda su fuerza coercitiva en su defensa.

No todos los estados, sin embargo, – como, por ejemplo, Francia, Italia en relación a España o Alemania- optaron por las mismas soluciones. Ciertos países prefirieron seguir manteniendo los viejos principios del Derecho común, adoptando medidas paliativas – entre otras, los registros de documentos- de los riesgos propios de un entorno de información escasa y asimétricamente distribuida sobre los *iura in rem* recayentes sobre los bienes inmuebles.

VII

No todos los estados evolucionaron del mismo modo: Francia, Alemania y España son evoluciones diferenciadas y autónomas del sistema romano de tradición causal

El sistema francés es un sistema *solo consensu* -al menos, teóricamente- que, por lo tanto, prescinde de la *traditio*. Se complementa por un sistema registral cuya propiedad normativa esencial es la inoponibilidad de los documentos no publicados frente a los publicados. Desconoce el efecto fe pública registral. Es el arquetipo de los sistemas registrales denominados de documentos.

El sistema alemán requiere acuerdo abstracto traslativo – denominado *Auflassung* en el caso de inmuebles, *Einigung* en los demás casos- seguido de la inscripción o

Eintragung. Las propiedades normativas esenciales del sistema registral alemán son la legitimación – *Vermutungswirkung*- y la fe pública registral- *Gutgläubenswirkung*-. Es un sistema que desconoce la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los inscritos. Es el arquetipo de los denominados registros de derechos.

La abstracción característica del sistema alemán significa que el negocio dispositivo carece de causa específica y que, además, se halla desconectado del negocio obligatorio, de modo que, al menos en principio, las causas de invalidez e ineficacia del negocio obligatorio no afectan a la validez o eficacia del negocio dispositivo. Es la consecuencia del denominado principio de separación o *Trenungsprinzip*.

Incluso ssi el negocio obligatorio precedente fuera inexistente no sería nula la transmisión operada por el acuerdo abstracto traslativo –*Auflassung*- seguido de la inscripción- *Eintragung*- en el caso de los bienes inmuebles o por ese acuerdo –seguido de la entrega –*Übergabe*- en el caso de los bienes muebles-.

El significado de la *Auflassung* ha ido variando a lo largo del tiempo. Parece que, en el sentido en el que la emplea el *Bürgerliches Gesetzbuch*, si bien la *Auflassung* es conceptualmente distinta de la inscripción, no es más que un *præ* necesario para la misma.

El sistema jurídico español, por su parte, sigue la denominada teoría del título y el modo. A diferencia -relativa- del sistema jurídico alemán es un sistema causal en el sentido de que la *traditio*, equivalente de la *Auflassung*, requiere una justa causa previa que, en el ámbito de la teoría del título y el modo, ha de ser necesariamente un acto jurídico o un contrato de finalidad traslativa. La naturaleza causal de la *traditio* implica, en todo caso, que las vicisitudes que afecten al negocio jurídico obligacional que le sirve de justa causa se proyecten sobre su eficacia traslativa.

Tal sistema se complementa, en el ámbito inmobiliario, con un sistema registral que incorpora tanto la inoponibilidad, propia del sistema francés, como la legitimación y la fe pública registral, propias del sistema alemán.

VIII

El moderno sistema registral español, que inaugura la Ley Hipotecaria de 1861, se debe a la necesidad de atraer capitales a la agricultura, lo que exige que la propiedad de la tierra pueda servir de garantía al crédito. Este objetivo, a su vez, exige que las titularidades sean seguras y fácilmente transmisibles

Del mismo modo que los demás sistemas registrales europeos, el moderno sistema registral español surgió tras la caída del Antiguo Régimen, que conllevó la derogación del régimen jurídico señorial, comportó la igualdad de todas las personas ante la ley y supuso el reconocimiento del individuo como la unidad social primaria y básica, a cuyo servicio se construyó el sistema jurídico civil, sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de bienes y servicios. Esto es, la propiedad y el contrato.

Adicionalmente, la necesidad de atraer capitales a la tierra, considerada como la principal fuente de riqueza, conforme a los postulados fisiócratas, requería, como premisa, que esta pudiera servir de garantía crediticia, lo que, a su vez, exigía que las titularidades fueran seguras y fácilmente transmisibles.

La Ley fundacional del moderno sistema registral español es la Ley Hipotecaria de 1861. Hasta ese momento, las diferentes modalidades registrales que se habían intentado implantar fueron un fracaso, por diversas razones, entre las que merece destacar el hecho de que, en realidad y por lo general, su finalidad no era la de disminuir los riesgos de la información incompleta sino la de auspiciar recaudación fiscal. Eran medidas que, siguiendo una de las más persistentes tradiciones españolas, supeditaban las exigencias del crecimiento económico a las necesidades fiscales del Estado, con las consecuencias inevitables: estancamiento económico y fracaso recaudatorio subsiguiente.

Por el contrario, como resulta del Decreto de 8 de agosto de 1855, la finalidad del nuevo Registro de la Propiedad era la de convertirse en una infraestructura institucional esencial para el desarrollo del crédito territorial, dando preferencia a tal

finalidad sobre las necesidades fiscales de la Corona, por cuya razón se encargó por Decreto su elaboración a la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil del año 1851. Ese mismo día el Ministerio de Fomento dictó otro Decreto creando la Comisión Revisora de las Leyes Mercantiles con la finalidad de remover los obstáculos que impedían el desarrollo del crédito al comercio y a la industria.

IX

El sistema registral español incorpora el principio de inoponibilidad - propio del sistema francés y desconocido por el sistema alemán- y los principios de legitimación y de fe pública registral, -propios del sistema alemán y desconocidos por el sistema francés-

La Ley Hipotecaria vigente -Texto Refundido de 8 de febrero de 1946- incorpora el principio de inoponibilidad, principio esencial del registro de documentos, cuyo arquetipo es el sistema francés, y, también, incorpora, los principios de legitimación y de fe pública registral, principios esenciales de los registros de derechos, cuyo arquetipo es el sistema alemán.

El principio de inoponibilidad fue acogido por el artículo 23 la Ley Hipotecaria del año 1861, así como por el Código civil del año 1889, no así por la Ley de 30 de diciembre de 1944, aunque sí por el Texto Refundido vigente del año 1946. Este principio va acompañado de la voluntariedad de la inscripción, pero, también que, en caso de conflicto, prevalece el derecho real del adquirente que ha inscrito su título adquisitivo. Si a ello se añade que el artículo 609 del Código civil no contiene ninguna referencia al Registro de la Propiedad y que el Código civil tampoco continene una regulación autónoma de la tradición , todo ello favorece la idea de que la potencia transmisiva se halla en el título en mayor medida que en el modo o *traditio*, así como la de que las transacciones se consuman extrarregistralmente, limitándose el Registro de la Propiedad a publicarlas, otorgándola referida preferencia al primero en la publicación.

El principio de fe pública registral, por su parte, se introdujo también en la Ley Hipotecaria del año 1861, si bien no llegó a entrar en vigor. La Ley Hipotecaria del año

1869 lo sustituyó por el sistema de notificaciones y no reapareció hasta la Ley Hipotecaria del año 1944, que también acogió, como fundamento de este, el principio de legitimación

El Código civil optó por mantener en vigor la Ley Hipotecaria y, consecuencia, realiza numerosas remisiones a la misma. Entre ellas, la contenida en su artículo 608 referente, entre otros extremos, a los “efectos” y al “valor” de los asientos registrales. Debe destacarse que, a la entrada en vigor del Código civil, la fe pública registral no se hallaba entre esos efectos. Además, como resaltaría, después, el texto introductorio de la Ley Hipotecaria del año 1944, la mayor parte de la propiedad territorial se hallaba sin inscribir; de ahí, el difícil encaje, en ese contexto, de la fe pública registral dentro del sistema transmisivo inmobiliario. Una de las principales manifestaciones de esta dificultad consiste en que, pese a lo expuesto por el texto introductorio de la propia Ley, la doctrina y la jurisprudencia vinieron afirmando que solo podía estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria un subadquirente, pero no un adquirente, pese a que esta exigencia debilitaba la fuerza de la inscripción y, con ello, la seguridad del tráfico jurídico, dificultando los intercambios, dando lugar a una situación que se mantuvo hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 marzo de 2007 que suprimió la exigencia de una transmisión intermedia, si bien sigue considerando como función del artículo 34 de la Ley Hipotecaria la de suplir la falta de *ius disponendi* en el titular registral que ha dispuesto a favor de un adquirente que no ha inscrito.

Este estado de cosas ha contribuido -quizás decisivamente- a la falta de una adecuada inteligencia del sistema español de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y, en consecuencia, de la función del Registro de la Propiedad Inmueble dentro del mismo.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias interpretan que el sistema ordinario de transmisión del Código civil y, por lo tanto, también el de los bienes inmuebles inscritos, es el del título y el modo y, por lo tanto, los procesos transmisivos se consuman extrarregistralmente

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias interpretan que el sistema ordinario de transmisión del Código civil y, por lo tanto, también el de los bienes inmuebles inscritos, es el del título y el modo y, por lo tanto, los procesos transmisivos se consuman extrarregistralmente. El Registro de la Propiedad, por lo tanto, se limita a darles publicidad, produciendo el efecto de inoponibilidad -artículos. 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria-, a través de la presunción *iuris tantum* de titularidad y de posesión -artículo. 38 de la Ley Hipotecaria- y, en ciertos casos, de la protección de ciertos adquirentes *a non domino* -artículo 34 de la Ley Hipotecaria-, en aras, en última instancia, de la seguridad del tráfico jurídico, sin que, por lo tanto, la Ley Hipotecaria modifique el sistema ordinario de transmisión del Código civil español. La única función de la fe pública registral es la de salvar la falta de *ius disponendi* del titular registral, sin que en los supuestos normales, esto es, en aquellos supuestos en los que el titular registral no ha dispuesto previamente a favor de un adquirente que no ha inscrito, desempeñe función alguna.

Ciertamente, esa es una de las funciones de la fe pública registral, pero ni los supuestos considerados habitualmente como adquisiciones *a non domino* son propiamente tales ni esa es su función sino una consecuencia, posible, derivada de su función.

Para entender la función más relevante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es necesario partir de la constatación de que el Código civil se centra en la regulación de qué debe hacer B si desea adquirir de A, lo cual es suficiente en un entorno de información completa, puesto que en ese entorno, B sabe quién es el propietario del bien, y demás circunstancias que pudieran afectarle, pero no es suficiente en un entorno de información incompleta como es el propio de una economía de mercado, en el que son múltiples los posibles propietarios, así como las causas de anulación o de resolución de

los actos jurídicos y de los contratos anteriores referentes al mismo bien, o los titulares de derechos reales limitados recayentes sobre el mismo bien, teniendo en cuenta que no todos ellos conllevan posesión. El Código civil no suministra ningún medio para resolver con seguridad esas incertidumbres *ex ante* sino que tan solo prevé medidas reparadoras para el caso de que el transmitente se haya hecho pasar por propietario sin serlo o haya ocultado cargas preferentes al derecho del adquirente.

Para resolver esas incertidumbres *ex ante*, en lo referente a los bienes inmuebles, el Código civil se remite a la Ley Hipotecaria -vgr.: artículos. 608 y 1537 del Código civil-, siendo esa la principal *función* del Registro de la Propiedad, mediante cuyo cumplimiento puede conseguir su *finalidad instrumental* -que las titularidades sean, simultáneamente, seguras y fácilmente transmisibles- cuya consecución le permitirá alcanzar su *finalidad última*, esto es: que los bienes inmuebles puedan servir de instrumento idóneo como garantía crediticia y, así, atraer capitales para el desarrollo de la agricultura.

XI

Sin embargo, del mismo modo que la circulación de los derechos de crédito puede tener lugar por el sistema civil de la cesión de créditos o, previa incorporación del crédito a una letra de cambio, mediante el endoso, las titularidades inmobiliarias pueden circular ateniéndose al sistema del título y el modo del Código civil, o bien, previa inmatriculación de la finca, mediante el sistema de circulación registral contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

El instrumento a cuyo través el Registro de la Propiedad cumple su función es el sistema de circulación registral de titularidades inmobiliarias. El andamio de dicho sistema es la teoría del título y el modo, con ciertos requisitos complementarios que la modulan, de modo que existen a disposición de los agentes económicos dos mecanismos de circulación a título oneroso e *inter vivos*: el de la propia teoría del título y el modo para la propiedad inmobiliaria no inscrita y el de la circulación registral, basado en esa

misma teoría, para la propiedad inscrita. A ello se refiere expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria del año 1944, según la cual:

“El vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos”.

Del mismo modo que la circulación de los derechos de crédito puede tener lugar por el sistema civil de la cesión de créditos o, previa incorporación del crédito a una letra de cambio, mediante el endoso, las titularidades inmobiliarias pueden circular ateniéndose al sistema del título y el modo del Código civil, o bien, previa inmatriculación de la finca, cuya primera inscripción ha de ser de dominio -artículo 7.1 de la Ley Hipotecaria-, mediante el sistema de circulación registral contenido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Una vez inmatriculada la finca, el derecho queda intabulado, esto es, incorporado al asiento registral, ciertamente no con el mismo grado de intensidad que en el caso de la letra de cambio, debido a que hay un mayor número de excepciones a la fe pública registral, excepciones que deben ser establecidas legalmente y que, por lo tanto, son o pueden ser conocidas por los adquirentes.

El aspecto más relevante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es, precisamente, la regulación de los requisitos del régimen de circulación registral de las titularidades inmobiliarias. El andamio de dicho régimen, insisto, es el de la teoría del título y el modo del Código civil, con ciertos requisitos añadidos: (1) Debe adquirirse de un titular registral con capacidad para disponer, (2) a título oneroso, (3) de buena fe y (4) el adquirente debe obtener la inscripción de su adquisición civil.

La circulación registral consiste en una modulación del sistema civil de transmisión e implica una intervención directa, es decir, normativa e institucional, del Estado, en el sistema transmisivo, debido a que no se puede conceder a la posesión inmobiliaria el mismo alcance legitimador que a la mobiliaria.

En el sistema de circulación de titularidades sobre derechos reales inmobiliarios del Código civil, el *ius disponendi* no se extingue con el acto jurídico o con el contrato de finalidad traslativa sino con la *traditio*. Sin embargo, en el sistema de circulación registral, no se extingue con la *traditio* sino con la inscripción dotada de fe pública registral

En el sistema de circulación de titularidades sobre derechos reales inmobiliarios del Código civil, el *ius disponendi* no se extingue con el acto jurídico o con el contrato de finalidad traslativa sino con la *traditio*. Sin embargo, en el sistema de circulación registral, no se extingue con la *traditio* sino con la inscripción dotada de fe pública registral. Mientras que el adquirente de un titular registral no inscriba su adquisición, el Estado sigue proclamando, a través de la inscripción, como titular *erga omnes* al titular registral, siendo, entre tanto, el título que no se ha inscrito un mero título de adquirir, y la titularidad eventualmente derivada de este, una titularidad meramente negocial, y, por lo tanto, con eficacia exclusivamente *inter partes*. De este modo, la situación del adquirente negocial de propiedad inscrita que no inscribe, se asemejaría a la del adquirente negocial de propiedad no inscrita pendiente de *traditio* y, por tanto, más bien a la de un acreedor de dominio que a la de un propietario –artículo 1095 del Código civil–.

No obstante, también en materia de propiedad inscrita, una vez que ha tenido lugar la *traditio*, incluso antes, cuando se ha perfeccionado el contrato de finalidad traslativa, recae sobre el titular registral, aunque conserve el *ius disponendi*, la *obligación de no disponer*, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código Civil, y eventualmente, por las correspondientes normas penales -v.gr.: artículo 248 del Código Penal-, las cuales, si bien pueden castigar a quien ha vuelto a disponer, vgr.: en caso de estafa, sin embargo, protegen al tercero cuando “*haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irrevindicable*” –artículo 111 del Código Penal–.

El titular registral, A, que ha dispuesto de su derecho a favor de B solo puede volver a disponer contraviniendo su obligación de no disponer mientras sea titular

registral, esto es, mientras B no inscriba. Si B inscribe, este hecho imposibilita tal incumplimiento. Mientras que B no solicite y obtenga, en su caso, la inscripción de su adquisición, si el titular registral, A, vuelve a disponer -v.r.: a favor de C-, dispone de una cosa propia, no de una cosa ajena, por lo que estaríamos, técnicamente, ante un supuesto de doble venta, y no de venta de cosa ajena. Por ello, quien adquiere de un titular registral adquiere *a domino*, salvo que se advierta la inexactitud registral derivada de algún error cometido en el procedimiento registral.

XIII

Al igual que el endosatario queda blindado frente a las vicisitudes que puedan afectar al negocio jurídico subyacente o “extracartáceo”, afectándole solamente lo que conste en el tenor literal del documento cambiario, el adquirente de la titularidad inmueble mediante el sistema de circulación registral queda blindado frente a las vicisitudes que afecten a los actos y negocios jurídicos de finalidad traslativas anteriores al suyo y que no consten en el tenor literal de la inscripción o que, aun constanding, carezcan de carácter, eficacia o alcance real

Al igual que el endosatario queda blindado frente a las vicisitudes que puedan afectar al negocio jurídico subyacente o “extracartáceo”, afectándole solamente lo que conste en el tenor literal del documento cambiario, el adquirente de la titularidad inmueble mediante el sistema de circulación registral queda blindado frente a las vicisitudes que afecten a los actos y negocios jurídicos de finalidad traslativas anteriores al suyo y que no consten en el tenor literal de la inscripción o que, aun constanding, carezcan de carácter, eficacia o alcance real. Ese blindaje implica, ciertamente, un cortafuegos respecto de las citadas vicisitudes, puesto que determina que, para endosatarios y adquirentes registrales, sea relevante únicamente la información que deriva de la letra y de la inscripción respectivamente, generándose así una situación de información funcionalmente completa por cuanto es funcionalmente semejante a la información existente en un entorno de contratación personal, la cual reduce drásticamente los costes

de información y, por lo tanto, de transacción, consiguiendo , así, que las titularidades sean, simultáneamente, seguras y fácilmente transmisibles, lo que, en definitiva, facilita los intercambios , esenciales en un contexto impersonal, altamente especializado y, por lo tanto, de una gran interdependencia entre los agentes económicos, como es el propio de una economía de mercado.

Las excepciones a tales cortafuegos, que implican obstáculos a la referida situación de información funcionalmente completa, deben ser, por ello, las estrictamente imprescindibles. Además, deben ser de interpretación estricta e, incluso, restrictiva, especialmente en el ámbito del sistema de circulación registral, dada (1) la implicación directa del Estado en el mismo, esto es, tanto normativa, como institucional, concretada, esta última, en el Registro de la Propiedad y (2) dado el hecho de que , en el Estado moderno, la propiedad privada es una función estatal, correspondiéndole ,en exclusiva, la competencia para decidir quién es propietario, conforme a las reglas y procedimientos establecidos por el mismo Estado.

XIV

Entre los requisitos exigidos para que se produzca el blindaje registral se halla la exigencia de buena fe en el adquirente. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria define la buena fe del adquirente como ignorancia de la inexactitud registral, en caso de haberla. La misma noción se deriva del parágrafo 892.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch*

Entre los requisitos exigidos para que se produzca el blindaje registral se halla la exigencia de buena fe en el adquirente. Así resulta del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La misma exigencia resulta de los artículos 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque en relación a la letra de cambio, del artículo 545 del Código de comercio en relación a los títulos al portador o del artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores en relación a las anotaciones en cuenta.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria define la buena fe del adquirente como ignorancia de la inexactitud registral, en caso de haberla. La misma noción se deriva del párrafo 892.1 del Bürgerliches Gesetzbuch. La doctrina y la jurisprudencia entienden que si el titular registral realiza una primera transmisión, que el adquirente no inscribe y, después, efectúa aquella una segunda a favor de otro adquirente que conoce la primera transmisión e inscribe, tal conocimiento es el conocimiento de una inexactitud registral, lo que le priva de buena fe y, por lo tanto, no se consuma la adquisición registral a su favor.

Esta posición, sin embargo, solo puede mantenerse si el primer adquirente no ha inscrito su adquisición por causas ajenas a su voluntad, pese a desplegar la diligencia exigible para ello, pero no en otro caso, por las siguientes razones:

1.- Dado que, por regla general, la inscripción es voluntaria, si el primer adquirente no ha inscrito su adquisición, hay que concluir que esa es su voluntad. El Registro de la Propiedad no refleja ninguna inexactitud sino, por el contrario, refleja exactamente la consecuencia de su voluntad de no inscribir, cual es, que el Estado siga proclamando *erga omnes*, como titular, mediante la inscripción, a su transferente, lo cual es de una lógica implacable, pues el primer adquirente no ha solicitado ni obtenido la inscripción, es decir, el reconocimiento por el Estado de su titularidad.

2.- Mientras el adquirente no inscriba, el titular registral transferente sigue conservando el *ius disponendi*, si bien con la obligación de no disponer. En consecuencia, este adquirente tiene una titularidad meramente obligacional, protegida, por lo tanto, por las reglas de protección de los derechos personales o de crédito, no por las reglas de protección de los derechos reales. El hecho de que el Registro de la Propiedad no refleje una titularidad meramente obligacional no implica inexactitud registral alguna. La transformación de esatitularidad *in personam* en una titularidad *in rem* depende de la exclusiva voluntad del adquirente, a condición de que la adquisición cumpla con los requisitos necesarios para poder ser inscrita.

El sistema de circulación registral de titularidades inmobiliarias es un expediente que tiene por objeto generar, en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida, una situación de información funcionalmente completa

Existen, además de razones dogmáticas, otras tres razones relacionadas con las consecuencias jurídicas derivadas de mantener el blindaje registral del adquirente de buena fe:

1.- El sistema de circulación registral de titularidades inmobiliarias es un expediente que tiene por objeto generar, en un entorno de información incompleta y asimétricamente distribuida, como es el propio de una economía de mercado, una situación de información funcionalmente completa, esto es, funcionalmente equivalente a la existente en un entorno de contratación personal, propio de una economía de subsistencia.

La protección del adquirente de un titular registral que no inscribe voluntariamente, frente a un adquirente posterior que sí inscribe, por el simple hecho de que este último conoce la existencia de la transmisión anterior, perjudica al funcionamiento eficiente del sistema en su conjunto y, con ello, a la inmensa mayoría de los sujetos jurídicos, al proteger a un adquirente de comportamiento oportunista y no cooperativo, puesto que se aprovechó de la información ofrecida por el sistema registral gracias a los costes asumidos por otros en el momento de su adquisición, al tiempo que él se niega a asumir los mismos costes para que, en el futuro, otros puedan identificar al titular del poder de disposición con la misma facilidad con la que él pudo hacerlo cuando adquirió.

2.- Coloca al adquirente en una difícil situación. Le obliga a dirigirse al adquirente anterior, el cual pueda acceder a transmitirle o no. Si accede, el adquirente no podría estar seguro de que no haya dispuesto previamente. Y si no accede, verá frustrada su adquisición. Entre tanto, además, el titular registral puede haber dispuesto a favor de un tercero que desconozca tales vicisitudes y, por lo tanto, consume su adquisición registral.

Todo ello por hacer prevalecer a un mero título de adquisición -título, además, privado- frente a la declaración del Estado contenida en la inscripción, a pesar de ser este el único legitimado para declarar quién es el propietario de un bien. Este modo de actuar tiene, además, la consecuencia añadida de que perjudica más a los más próximos en la medida en que son quienes tienen más probabilidades de conocer tales circunstancias.

3.- En lugar de asignar los riesgos a quien los genera parasitando el sistema y, además, a quien le es más fácil evitarlos y, por lo tanto, a la inversa, también la producción del daño los asigna a quien (1) adquiere del titular proclamado por el Estado mediante la inscripción y, a su vez, solicita el reconocimiento de su adquisición y (2) además, a quien le es más costoso evitar el daño. La protección del adquirente que inscribe implicaría un eficaz estímulo disuasorio para quienes parasitan el sistema, lo que contribuiría a dotar de seguridad a las titularidades inmobiliarias y a facilitar las transacciones.

XVI

La única diligencia exigible al adquirente es la de adquirir del titular registral. las reglas de la seguridad del tráfico jurídico, desde la perspectiva de los costes, deben ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho.

La única diligencia exigible al adquirente es la de adquirir del titular registral. Para ello, puede consultar al Registro de la Propiedad, en cuanto instrumento a cuyo través el Estado decide qué titularidades protege "*in rem*" y, además, permite conocerlas a quien tenga un interés legítimo, como es el caso de quien esté interesado en adquirir el bien. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no exige diligencia complementaria alguna para hacer excusable el desconocimiento de una eventual inexactitud registral para que la transmisión registral se consuma, pues dispone que la buena fe se presume siempre.

Por el contrario, en situaciones correlativas de carácter mobiliario en las que rige el derecho de la seguridad del tráfico, el ordenamiento jurídico exige para reconocer la buena fe al adquirente la diligencia necesaria para no incurrir en culpa grave. Este es el

caso de los títulos al portador –artículo 545 del Código de comercio–, de las letras de cambio –artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque–, de los cheques –artículo 119 de la misma Ley– o de las anotaciones en cuenta –artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores–. No hay tal exigencia en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Probablemente, la razón hay que encontrarla en las garantías que ofrece el procedimiento registral, que exige documentación pública y calificación registral, imponiendo el artículo 175 del Reglamento Notarial al notario la obligación de consultar el Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad y el estado de cargas del inmueble que se pretende adquirir o gravar, sin necesidad de realizar más indagaciones.

A este respecto, conviene recordar que las reglas de la seguridad del tráfico jurídico, desde la perspectiva de los costes, deben ser entendidas como reglas que limitan la información necesaria para adquirir un derecho.

Con arreglo a ellas, el adquirente necesita disponer de relativamente poca información para quedar al abrigo de aquellas circunstancias que, bajo la vigencia de las reglas de la denominada seguridad de los derechos, le harían perder el derecho que deseaba obtener, por lo que las reglas de la seguridad del tráfico tienen por objeto reducir o comprimir los costes de transacción que alternativamente podrían entorpecer intercambios típicamente eficientes.

XVII

El Tribunal Supremo exige al adquirente de un titular registral una diligencia que va más allá de la adquisición del titular registral. Se trata, por lo tanto, de una línea hermenéutica inevitablemente destructiva del sistema de seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario

El Tribunal Supremo, sin embargo, prescinde de estas diferencias establecidas por las normas citadas y tiende a inclinarse porque la buena fe exigida para que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sea operativo consiste en la creencia de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos. En consecuencia, la buena fe, así entendida, solo protege del

error excusable. Por ello, exige al adquirente de un titular registral una diligencia que va más allá de la adquisición del titular registral. Así, v.g.r.: la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 –de especial trascendencia por tratarse de una sentencia plenaria– consideró que “*debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca in situ*”. Aunque no se trata de una jurisprudencia constante, sí parece ser indicativa de una línea jurisprudencial que parece ir consolidándose.

Profundizando en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 –también sentencia plenaria– considera que la buena fe queda desvirtuada cuando “*existe una situación posesoria clara y manifiesta que se ejercite en concepto de dueño y que, por tanto, contradiga o ponga en seria duda la exactitud de la información registral, con relación al derecho inscrito*”. La “carga ética de diligencia” exigible, según esta sentencia, hace que la existencia de tales situaciones *claras y manifiestas* enerven la buena fe del adquirente e impidan, por lo tanto, que quede protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, puesto que su ignorancia de la “inexactitud” registral no sería excusable.

Y no lo sería porque, según el Tribunal Supremo, tal ignorancia se debe a su negligencia –sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 99 y 11 de octubre de 2006, entre otras–, ya que tales situaciones permiten al tercero conocer la existencia de un posible titular distinto del registral, lo que convierte su error en inexcusable.

Se trata, por lo tanto, de una línea hermenéutica inevitablemente destructiva del sistema de seguridad del tráfico jurídico en el ámbito inmobiliario, articulada a través del sistema de circulación registral de las titularidades inmobiliarias, contraria a la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la consistencia interna del sistema, y con efectos dañinos tanto para la seguridad de las titularidades como para la facilidad de su transmisión y, por lo tanto, para el funcionamiento eficiente de los mercados inmobiliario e hipotecario, por cuanto que impide el funcionamiento del sistema institucional diseñado para conseguir una situación de información funcionalmente completa o, si se prefiere, de simetría informativa funcional.

XVIII

Sin embargo, dado que, con carácter general, la inscripción es voluntaria, el hecho de que un adquirente de un titular registral no inscriba su adquisición, no implica inexactitud registral alguna. Por lo tanto, si un segundo adquirente conoce que ha tenido lugar tal transmisión, ello no implica conocimiento de inexactitud registral alguna, ni tampoco complicidad en un posible fraude de acreedores

Dado que, con carácter general, la inscripción es voluntaria, el hecho de que un adquirente de un titular registral no inscriba su adquisición, no implica inexactitud registral alguna, salvo que la falta de inscripción se deba a causas ajenas a su voluntad, puesto que, en ese caso, el Registro de la Propiedad no refleja, en efecto, la voluntad del adquirente.

Por lo tanto, si un segundo adquirente conoce que ha tenido lugar tal transmisión, ello no implica conocimiento de inexactitud registral alguna, ni tampoco complicidad en un posible fraude de acreedores.

Si la falta de inscripción se debe a causas ajenas a la voluntad del primer adquirente y el segundo adquirente tiene conocimiento de ello, entonces sí conoce una inexactitud registral y, por lo tanto, incumple uno de los requisitos necesarios para que la transmisión registral se consuma. Por el contrario, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no exige al segundo adquirente que despliegue ninguna diligencia para conocer tales circunstancias, dado que establece que la buena fe se presume siempre y no exige al segundo adquirente que no haya incurrido en culpa, ni siquiera *lata*, contrariamente a lo que sucede en los casos de los títulos al portador –artículo 545 del Código de comercio–, de las letras de cambio –artículo 12 de la Ley Cambiaria y del Cheque–, de los cheques –artículo 119 de la misma Ley– o de las anotaciones en cuenta –artículo 11.3 de la Ley del Mercado de Valores.

Existiendo un titular registral, la existencia de situaciones posesorias claras y manifiestas en concepto de dueño, no solo no deben impedir la buena fe de un segundo adquirente, sino que, además, deben considerarse irrelevantes para quien desee adquirir

la titularidad sobre el inmueble. El titular registral es el titular proclamado por el Estado, *erga omnes*, y el adquirente no inscrito dispone de una titularidad meramente negocial y, por tanto, solo esgrimible *inter partes*. Es una titularidad privada, esto es, no reconocida por el Estado porque no ha solicitado ni obtenido la inscripción. Con tal comportamiento, además, se elude el control de cumplimiento de normas de orden público -fiscales, urbanísticas, de blanqueo de capitales, entre otras-, control imprescindible para que el Estado, a través del Registro de la Propiedad, le reconozca como dueño *erga omnes*, por lo que sigue proclamando a su transmitente como dueño, precisamente porque lo es mientras el Estado no reconozca a otro que se lo solicite y lo obtenga, previa comprobación del cumplimiento de todos los requisitos necesarios para ello.

La inscripción no es un medio de comunicación o de difusión a disposición del público de actos jurídicos y de contratos de finalidad traslativa que compite con otros medios de difusión, como la posesión en concepto de dueño. El Registro de derechos es una intervención directa del Estado en el sistema transmisivo introduciendo un sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias que consiste en la *publicación* de dicho sistema y cuya efectividad requiere que no pueda verse afectado por terceros que, por voluntad propia, se sitúan al margen de ese sistema de transmisión

XIX

Los asientos de un Registro de derechos no reflejan o publican procesos transmisivos consumados extrarregistralmente, sino que incorporan una resolución del Estado asignando *ex ante* -es decir, sin necesidad de contención ni de usucapón- la titularidad *in rem* de los *iura in rem* inmobiliarios

La *publicación del sistema transmisivo inmobiliario* no equivale a la *publicidad de documentos* que contienen actos o negocios jurídicos inmobiliarios de finalidad traslativa.

La *publicación del sistema transmisivo inmobiliario* implica (1) la creación de un sistema de circulación registral de las titularidades inmobiliarias que conlleva la

derogación de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, instrumentada mediante la creación de un registro cuyas inscripciones están dotadas de la propiedad normativa conocida como fe pública registral, la cual implica la abstracción causal *inter tertios* y, (2) como corolario, la *publicación* implica el derecho -de quien tenga interés legítimo- de conocer el contenido de los asientos registrales sin necesidad del consentimiento del titular registral, que es el único titular real, porque es el único que está protegido por una regla de propiedad frente a las vicisitudes causales que puedan afectar a los actos o negocios jurídicos precedentes referentes al mismo bien.

Los asientos de un Registro de derechos, por lo tanto, no reflejan o publican procesos transmisivos consumados extrarregistralmente, limitándose a ser un medio de publicidad de tales procesos en competencia con otros medios, singularmente con la publicidad posesoria, sino que forman parte del proceso adquisitivo, puesto que incorporan una resolución del Estado asignando *ex ante* -es decir, sin necesidad de contención ni de usucapión- la titularidad *in rem* de los *iura in rem* inmobiliarios, así como estableciendo la delimitación de éstos, conforme a las reglas establecidas por el propio Estado.

Es preciso subrayar que para que pueda tener lugar la *publicación* en este segundo sentido, es preciso que tenga lugar la *publicación* en el primer sentido, esto es que incorpore un sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias que elimine riesgos para los propietarios, adquirentes y acreedores. En otros términos, sólo porque tiene lugar la *publicación* del sistema transmissivo inmobiliario en el primer sentido, puede tener lugar la *publicación* en el segundo

Por el contrario, el sistema de publicidad registral de los documentos que contienen actos jurídicos o contratos de finalidad traslativa presupone el mantenimiento de la regla de la *reivindicabilidad ilimitada*, complementado por un Registro que tiende a paliar los efectos negativos para la seguridad jurídica derivados del mantenimiento de tal regla en un entorno de contratación impersonal, mediante la exigencia de publicidad de tales documentos para poder ser oponibles a terceros que disputen el derecho -*registros de documentos*-, incentivando, de este modo, comportamientos que tiendan a disminuir las asimetrías informativas características de un entorno de contratación impersonal. Se limitan, así, a archivar por orden cronológico los documentos presentados, en el sentido

de que sus asientos no forman parte del proceso transmisivo sino que se limitan a reflejar los procesos transmisivos –o presuntamente transmisivos- consumados extrarregistralmente y no contienen declaración alguna del Estado acerca de la titularidad y extensión de los *iura in rem* inmobiliarios.

XX

El Registro de la Propiedad tiene como finalidad funcional crear una situación de información funcionalmente completa en un entorno de información incompleta. Esa finalidad la consigue mediante la introducción de un sistema de circulación registral de las titularidades inmobiliarias, denominado fe pública registral, regulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

El Registro de la Propiedad no tiene por objeto la publicidad de las transacciones inmobiliarias consumadas extrarregistralmente ni la fe pública registral tiene por objeto salvar la falta del *ius disponendi* del titular registral en el caso de que haya dispuesto previamente a favor de un adquirente que no ha inscrito, protegiendo, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, a un adquirente posterior *a non domino* que cumpla los requisitos exigidos para ello por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, puede producir ese efecto marginalmente, sin que sea esa su función, sino solo una consecuencia eventualmente derivada de su función a causa de algún error cometido en el procedimiento registral -v.gr. suplantación de identidad del titular registral-.

El Registro de la Propiedad tiene como función crear una situación de información funcionalmente completa o de simetría informativa funcional entre transmitentes y adquirentes, en un entorno de información incompleta, como es el propio de una economía de mercado, caracterizado por el carácter impersonal de los intercambios, con la finalidad instrumental de que las titularidades inmobiliarias sean, simultáneamente, seguras y fácilmente transmisibles.

Esa finalidad la consigue mediante la introducción de un sistema de circulación registral de las titularidades inmobiliarias, denominado fe pública registral, regulado en

el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuya función es la de ser un sistema de transmisión de titularidades inmobiliarias solo posible en relación a la propiedad inscrita, cuyo efecto fundamental es el de blindar a los adquirentes respecto de las vicisitudes que puedan afectar a los actos jurídicos y a los contratos de finalidad traslativa anteriores al suyo y que, teniendo alcance real, no consten en la inscripción del derecho a favor del transmitente.

Tal sistema es una modulación del sistema del título y el modo del Código civil y permite superar el dilema entre seguridad de las titularidades y la facilidad de las transacciones, inevitable en un entorno de contratación impersonal. La disminución subsiguiente de costes de información y, por lo tanto de transacción facilita los intercambios inmobiliarios y la utilización de los inmuebles como garantía, Todo ello, permite optimizar las ventajas de la especialización y, finalmente, contribuye a la prosperidad y al bienestar social.

Bibliografía

ACKERMAN B.A, *Economic Foundations of Property Law*, ed. Little, Brown and Company, Boston, 1976.

AJANI G., ANDERSON M., ARROYO AMAYUELAS E., PASA B., *Sistemas jurídicos comparados*, ed. Universidad de Barcelona, 2010.

ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, ed. Bosch, Barcelona, 1994.

ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil III-1º*, ed. Bosch, Barcelona, 1983.

ALBALADEJO GARCÍA M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. VIII, vol.1º*, ed. EDERSA, Madrid, 1987.

ALCHIAN A. y DEMSETZ H. *Production, Information Costs and Economic Organization*, American Review, 1972, págs. 777-795.

ALCHIAN A. *Some Economics of Property Rights*, "Il Politico" 30, nº 4, 1965-816-29, reimpresso posteriormente en ALCHIAN A., *Economic Forces at Work*, Indianapolis, ed. Ind. Liberty Press, 1977.

ALCHIAN A y DEMSETZ H., *El paradigma de los derechos de apropiación*, Hacienda Pública Española, nº 68, 1981.

ALCHIAN A., *Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad*, Hacienda Pública Española, nº 68, 1981.

ALONSO PÉREZ M., *Título y modo de adquirir en el Código civil*, en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.) y GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS

NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ALSTON L. J y MUELLER B., *Property Rights and The State*, en *Handbook of New Institutional Economics*, Ménard C. y Shirley M.M., ed. Springer Berlin Heidelberg, 2008, págs. 573-590.

ÁLVAREZ ALONSO C., *Las dos caras de Jano. Propiedad y Constitución en el primer liberalismo español*, en DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R., TORIJANO E. (Coords), *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 325 ss.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ J.A., *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Civitas, Madrid, 1986.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El problema de la causa de la tradición*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Los orígenes de la contratación escrita*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, IV, Madrid, 1948.

AMORÓS GUARDIOLA M., *La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe*, ADC, núm. 1, 1972, Tomo XXV.

AMORÓS GUARDIOLA M., *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998.

ANDERSON T.L & McCHESNEY F.S (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, ed. Princeton University Press, 2003.

ANSÓN PEIRONCELY R., *La Ley de Sociedades Anónimas de 1848*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

APEL J., *Isagoge per dialogum in quatuor libros Institutionum D. Justiniani Imperatoris*, Lugduni, 1543; *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentia adcomodata*, ed. Vincierus, Nuremberg, 1535.

ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in Diritto romano*, ed. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1956, pág. 16.

ARANGIO-RUIZ V., *Instituzioni de Diritto romano*, ed. Dott. Eugenio Jovene. Napoles, 1984.

ARANGIO-RUIZ V., *Historia del Derecho Romano*, ed. Reus, Madrid, 1999.

ARCHI G.G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, *Studi diritto privato*, Vol. 15, ed. CEDAM, Padua, 1934.

ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En CARRASCO PERERA A. (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ARNÁIZ RGUREN R., *Aspectos registrales de la expropiación forzosa: alcance y significado de los artículos 138 y siguiente de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana texto refundido de 9 de abril de 1976*, RCDI, núm. 610.

ARNÁIZ EGUREN R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2014.

ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, ed. Palestra, Lima, 2004.

ARRUÑADA B., *Formalización de empresas. Costes frente a eficiencia institucional*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

ARRUÑADA B., *Institutional Foundation of Impersonal Exchange. Theory and Policy of Contractual Registries*, ed. The University of Chicago Press, 2012.

ARRUÑADA B., *Instituciones del intercambio impersonal. Teoría y método de los registros públicos*, ed. Civitas, 2013.

ARRUÑADA B. *How Rome enabled impersonal markets?*, en ScienceDirect, 2016, pág.74. (Puede consultarse en www.sciencedirect.com)

ASCARELLI T., *Teoría General de los títulos de crédito*, ed. Jus, México, 1947.

AXELROD R., *La evolución de la cooperación*, ed. Alianza Universidad, Madrid 1996.

AYNÈS L., CROCQ P., *Droit de Sûretés*, LGDJ, Paris, 2017.

AZON, *Summa Azonis in Codicem*, ed. Imprenta Helénica, Madrid, 1910.

BADOSA COLL F, GETE-ALONSO CALERA M.C (Dir.), GINEBRA MOLINS M.E, NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio del dercho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. Colegio Notarial de Catalunya y Marcial Pons, Barcelona, 2009.

BARÓ PAZOS J., *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1991.

BARRIO GOZALO M., *La propiedad eclesiástica en la España del antiguo régimen*, en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, en DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. y TORIJANO E. (Coords.), ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

BARZEL Y., *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, ed. Cambridge University Press, 2000, págs. 3-4.

BARZEL Y., *A Theory of State. Economic Rights, Legal Rights and The Scope of the State*, ed. Cambridge University Press, 2002.

BERCOVITZ ÁLVAREZ G., *Tradición instrumental y posesión*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

BÉRGAMO LLABRÉS A., *La usucapión y el Registro de la propiedad*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1945, AAMN, T. III, Madrid, 1946.

BERMAN H.J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ed. Fondo de Cultura Económica, México 1996.

BERNAD MAINAR R., *A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos*, en RCDI, núm 720, págs. 1447-1485.

BINMORE K., *La teoría de juegos. Una breve introducción*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 2010.

BOGART D. y RICHARDSON G., *Making property productive: reorganizing rights to real and equitable estates in Britain, 1660-1830*, European Journal of Economic History, 13,3-30.

BONFANTE P., *Essenza della bona fides e su rapporto colla teorica dell'errore*. *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, ed. Editore Pasqualucci, 1893.

BROSETA PONT M., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.II, ed. Tecnos, Madrid, 2018.

BUSTOS PUCHE J.E., *El sujeto beneficiario de la protección registral (propuesta de interpretación armónica de los artículos 32,33 y 34 de la Ley Hipotecaria)*, RCDI, nº 679, 2003.

CALABRESI G. y MELAMED D.A., “*Property Rules, Liability Rules, an Inalienability: One View of The Cathedral*”, Harvard Law Review, 1972, consultado en

ACKERMAN B.A, *Economic Foundations of Property Law*, ed. Little, Brown and Company, Boston, 1976.

CALASTRENG S, *La relativité des conventions*, ed. Sirey, Paris, 1939.

CALVO SORIANO A. *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 2ª, Vol. 1º, ed. Consejo General del Notariado y Reus, Madrid, 1962.

CARBONNIER J., *Droit Civil. Les biens, T IV*, Ed. PUF, Paris, 1991.

CÁRDENAS y ESPEJO F. DE, *El Derecho Moderno: Revista de Jurisprudencia y Administración*, Vol. 8, 1850.

CÁRDENAS y ESPEJO F. DE, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación auprimida por Decreto del Regente del Reino de 1 de octubre de 1869 escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D. Francisco de Cardenas, vocal de ella*, RGLJ, 38, 1871.

CARRETERO T., *El problema de la relación que respecto al artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, RCDI, julio-agosto 1965, nº 446 y 447.

CASTILLO MARTINEZ C.C., *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las SSTs, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref.: D-373*.

CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del título y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*, RCDI, nº 780.

CICERON M.T., *Los Oficios. Tratados morales. Editorial de ediciones selectas.* Buenos Aires. 1963.

CLEMENTE MEORO M E., *Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario*, en CLEMENTE MEORO M. E. (Coord), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

COASE R.H, *The problem of social cost*, en *The Journal of Law and Economics*,3, 1960:1-44, The University of Chicago Press.

COLIN A. Y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil, t. II, Vol, II*, traducido por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1984.

COMMISSION DE REFORME DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE, Raport. *Pour une modernisation de la publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia el 12 de noviembre de 2018. (También puede consultarse en <https://www.vie-publique.fr/rapport/37756-pour-une-modernisation-de-la-publicite-fonciere-rapport-de-la-commission>).

CONGOST R. *Tierra, Leyes, Historia – Estudios sobre la gran obra de la propiedad-*, ed. Crítica, Barcelona, 2007.

COOKE E., *Land Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

CORNU G. (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 3ª ed. PUF, 2002.

CRISTÓBAL MONTES A., *La via pauliana*, ed. Tecnos, Madrid, 1997.

CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.

CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la venta de cosa ajena llevada a cabo por el titular registral*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Dir.), *Comentarios a la unificación de doctrina civil y mercantil (2005-2007)*, ed. Dykinson, Madrid.

CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI, Núm.722.

DAHLMAN C.J., *The problem of Externality*, en *The Journal of Law and Economics*, 22, núm.1, abril, 1979.

DALMASES y JORDANA J., *El usufructo de derechos (inclusive de títulos-valores)*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

DANOS F., *Propriété, possession et opposabilité*, dir. Aynés L., ed. Economica, 2007.

DARBY M.R., y KARNI E., *Free Competition ant the Optimal Amount of Fraud*, Journal of Law and Economics, vol. 16, abril, 1973.

DAVYS M., *Land Law*, ed. Palgrave, Londres, 2017.

DE ÁNGEL YAGÜEZ R., *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975.

DE CASSO I., *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, ed. Instituto de Derecho Civil, Madrid, 1951.

DE CASTRO Y BRAVO F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid, 1985.

DE COSSIO y CORRAL A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1956.

DE DIOS MARTÍNEZ L.M., *Titulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

DE LOS MOZOS J.L., *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*, ADC, 1972.

DE LOS MOZOS J.L., *Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978-I.

DE LOS MOZOS J.L., *Código civil. Debates parlamentarios*, TII., Dirección de Estudios y Documentación. Secretaria General del Senado. Estudio preliminar, 1989.

DE LOS MOZOS J.L., *El hipotecarista Francisco de Cárdenas. Trabajos y empeños de su vida y de su obra*, ed. CORPME, Madrid, 1997.

DE PAGE H., *Traité élémentaire de Droit Civil belge, T. VI*, Bruselas, 1953.

DE SOTO D., *Tratado De la justicia y el derecho*, ed. Maxtor, Valladolid, 2021.

DE SOTO H. *El misterio del capital*, ed. Península, Barcelona, 2001.

DE VICENTE ALGUERÓ F.J., *Agricultura y ganadería* en GONZÁLEZ ENCISO A., DE VICENTE ALGUERÓ F.J., FLORISTÁN IMÍZCOZ A. y TORRES SÁNCHEZ R., *Historia económica de la España moderna*, ed. Actas, Madrid, 1992.

DE VISSCHER F., *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1993, págs. 611 ss.

DEMOGUE R., *Traité des obligations*, t.VII, nº 703, ed. A. Rousseau, Paris, 1933.

DEMSETZ H. *Hacia una teoría general de los derechos de propiedad*, en *Información Comercial Española*, 1980.

DEMSETZ H. *From Economic Man to Economic System*, ed. Cambridge University Press, 2008.

DNES A. W. *The Economics of Law. Property, Contracts and Obligations*, ed. Thomson-SouthWestern, Canada, 2005.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., “Prólogo” a la traducción española de *El principio de la buena fe* de F. Wieacker, ed. Olejnik, 2019.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*, Madrid, 1967.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I., ed. Tecnos, Madrid, 1978.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

DIXON M., *Modern Land Law*, ed. Routledge, Abingdon y Nueva York, 2016.

DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Dir.), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019.

DOMÍNGUEZ ORTIZ A., *Régimen señorial y reformismo borbónico en Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Barcelona, 1984.

D’ORS A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1968.

D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989.

DROBNIG U., *El sistema alemán de transmisión de la propiedad: rasgos básicos y análisis comparado*, en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, obra colectiva codirigida por ORDUÑA MORENO F. J y DE LA PUENTE ALFARO F., ed. Thomson.Reuters y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Cizur Menor, 2009.

EGGERTSSON Th., *El comportamiento económico y las instituciones*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995.

EGGERTSSON T., *Open Access versus Common Property*, en *Property Rights. Cooperation, Conflict and Law*, Anderson T.L & McChesney F.S (ed.), ed. Princeton University Press, 2003, págs. 73-90.

EHRENBERG V., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003.

EIRANOVA ENCINAS E., traducción al castellano del *Bürgerliches Gesetzbuch*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

EIZAGUIRRE J. M., *La opción por el concepto amplio de título-valor*, RDBB, nº 57, 1995.

EIZAGUIRRE J.M., *Derecho de los títulos valores*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

ELLICKSON R.C., *Property in Land*, en *The Yale Law Journal*, 1992-1993.

EMERICH Y., *Droit commun des biens: perspective transsystemique*, ed. Yvon Blais, Montréal, 2017.

FAIRÉN M., *Anotaciones al Derecho romano y francés histórico de Ourliac y Malafosse*, Barcelona, ed. Bosch, 1960.

FANDOS PONS P., *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ ESPINAR R., *La compraventa en el derecho mdieval español*, AHDE, T.XXV, 1955.

FERRAND F., *Droit Privé Allemand*, ed. Dalloz, Paris, 1997.

FIESTAS LOZA A., *La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados* en Anuario de Historia del Derecho Español, núm. 53, 1963.

FIGUEIRAS DACAL M., *La publicidad del acto registrado (como función social) y la fórmula del acta de inscripción (como protección jurídica)*, RCDI, núm. 552, septiembre-octubre, 1982.

FONTANA J., *La quiebra de la monarquía absoluta*, ed. Crítica, Barcelona, 2002.

FRANK R.H., *Melding Sociology and Economics: Janes Coleman's Foundations of Social Theory*, Journal of Economic Literature, 1992.

FUENTESECA DEGENEFFE C., *La compraventa y la categoría de negocio jurídico abstracto*, ed. Reus, Madrid, 2012.

FUENTESECA DÍAZ P., *El titulus y el modus de los glosadores boloñeses. Clave interpretativa del asíndeton usus auctoritas (XII Tab.VI,3) y de la historia del concepto romano de la propiedad*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.IV, ed. Civitas, Madrid, 2003.

FUERTES LÓPEZ M., *Urbanismo y publicidad registral*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

FUNAIOLI C.A., *La Tradizione*, ed. CEDAM, Padua, 1942.

FURUBOTN E.G y RICHTER R., *Institutions and Economic Theory*, ed. The University Michigan Press, 1998.

GALLEGO DEL CAMPO G., *Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX*, RCDI, núm. 574.

GALLEGO DEL CAMPO G., *Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad español*, en *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

GALLO F., *Enciclopedia del Diritto*, voz *Publicità*, 38, ed. Giuffrè, Milan, 1988.

GALLO F., *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, ed. Apollinaris, Roma, 1957.

GARCÍA CANTERO G., en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P., *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, 1991, pág 912.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., Fernández T.R., *Curso Derecho Administrativo*, Tomo II, ed. Cívitas, Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988.

GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II. ed. Civitas, Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, ed. Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA GARCÍA J.M., *La finca registral y el Catastro*, ed. Thomson Reuters, 2016.

GARCÍA GARRIDO M.J, *El comercio, los negocios y las finanzas en el Mundo Romano*, ed. Dykinson, Madrid, 2010.

GARCÍA HERGUEDAS M^a P. y GARCÍA ARANDA C., *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro derecho*, RCDI, nº 508 (1975) y nº 529 (1978).

GARCÍA ORMAECHEA R., *Supervivencias feudales en España (Sobre el problema de los señoríos)*”, RGLJ, 160, 1932.

GARCÍA ORALLO R., *El Registre de la Propietat I la informació: el miratge de la modernització institucional espanyola (Catalunya, 1861-1950)*, en *Dels capbreus al Registre de la Propietat. Drets, Títols I Usos Socials de la informació a Catalunya (segles XIV-XX)*, Congost R. (Ed.), ed. Associació d’Història Rural de les Comarques Gironines, Centre de Recerca d’Història Rural (Institut de Recerca Històrica) de la Universitat de Girona y Documenta Universitaria, Girona, 2008, págs. 348-356.

GARRIGUES J., *Curso de Derecho Mercantil*, ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1936.

GARRIGUES J., *Curso de Derecho Mercantil*, T.I, ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.

GAVIDIA SÁNCHEZ J. V., *La cesión de créditos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

GENET J-Ph., *La genèse de l’Etat moderne. Culture et société politique en Angleterre*, ed. Presses Universitaires de France, 2003.

GHESTIN J., *Traité de Droit Civil*, L.G.D.J, París, 2000.

GHESTIN J., Preface a la obra de WINTGEN R., *Étude critique de la notion d’opposabilité. Les effets du contrat a l’égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004.

GIMÉNEZ ROIG E., *El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código civil*, RCDI, núm.677.

GIMENO-BAYÓN COBOS R. y GARRIDO ESPÁ L., *Derecho Cambiario*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, ed. A. Rousseau, Paris, 1929.

GOBERT M., *La publicité foncière, cette mal aimée*, en *Études Flour*, LGDJ, Defrenois, Paris, 1979.

GOETZMANN W., *Money Changes Everything*, ed. Princeton University Press, 2016.

GÓMEZ GÁLLIGO J., *Antología de Textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. II, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, 2021.

GÓMEZ GÓMEZ M., *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, RCDI, 1952.

GÓMEZ GÓMEZ M., *Inscripción y Tradición*, RCDI, nº. 358-359, marzo-abril, 1958.

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA A., *La función del notario en la Unión Europea*, ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1997.

GÓMEZ PERALES M., *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

GÓMEZ DE LA SERNA P., *La Ley Hipotecaria comentada y concordada, con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil manejo, Vol. I*, ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1862.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J., *Desde la teoría del “título y el modo” al llamado “principio del consentimiento”*, RCDI, núm. 3, 1925.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J., *El principio de publicidad*, RCDI, núm. 14, 1926.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J., *Principios hipotecarios*, ed. Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, T.I, ed. Civitas, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ PACANOWSKA I., en el comentario al artículo 1473 del Código civil, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, VII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicitaria de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC, 2001.

GORDILLO CAÑAS A., *¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema*, en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis M^a Díez-Picazo, T.III, ed. Civitas, Madrid, 2003.

GORDILLO CAÑAS A., *El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral*, ADC, abril-junio 2004.

GORDILLO CAÑAS A., *La buena fe hipotecaria: cuestiones quodlibetales, Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol II, ed. CORPME, Madrid, 2006.

GORDILLO CAÑAS A., *El principio de fe pública registral*, I, ADC, vol.59, núm.2, 2006.

GORDILLO CAÑAS A., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007*, en CCJC, núm.75, 2008.

GREGORACCI B., *El alcance de la legitimación registral a la descripción física de la finca*, en *El Almacén del Derecho*, publicado el 19 de enero de 2018.

GREIF A., *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility*”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*,158:168-204, 2002.

GREIF A., *Impersonal Exchange without Impartial Law: The Community Responsibility System*, ed. *Chicago Journal of International Law*, 5:109-38, 2004.

GREIF A., *The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice*, *Journal of Economic Perspectives*, 20:221-36, 2006.

GREIF A., *Institutions, and the Path of the Modern Economy. Lessons from Medieval Trade*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

GRIMALDI M., *Présentation générale de la réforme*, en *Revue des contrats*, 2021, diciembre, Tirada especial.

GUILARTE GUTIÉRREZ V., *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

GULLÓN BALLESTEROS A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, ed. Tecnos, Madrid, 1968.

HATTENHAUER H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, ed. Ariel, Barcelona, 1987.

HAYEK F.A., *The Meaning of Competition, Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, 1948.

HAYEK F.A. *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 7ª ed., Madrid, 2006, págs. 306-307.

HECK PH., *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tubinga, 1937, traducción de Gómez Valenzuela revisada por Lacruz Berdejo, en RCDI, nº. 448-449, septiembre-octubre, 1965.

HEINECIO J., *Recitaciones de Derecho Civil*, ed. Imprenta de P. Sanz, Madrid, 1830.

HERMIDA LINARES M., *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles*, RCDI, núm. 457.

HERNÁNDEZ CRESPO C., “Registro y seguridad jurídica”, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. I, ed. Castalia, Madrid, 1989.

HERNANDO COLLAZOS I., *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

IHERING R. Von, *Estudios jurídicos*, ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974.

IHERING R. Von, *L'Esprit du Droit Roman dans les diverses phases de son développement*, Liv. II, 1ª part, tit, 3, T. IV, ed. Marescq, Paris, 1886-1888.

JAY P., *La riqueza del hombre. Una historia económica de la humanidad*, ed. Crítica, Barcelona, 2002.

JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

JEREZ DELGADO C., *La buena fe registral*, ed. CORPME, Madrid, 2005.

JIMÉNEZ PARIS T.A., *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, ed. CORPME, Madrid, 2005.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, 2ª ed, ed. Sirey, 1932.

JUILLE E., *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, ed. C. Robbe, Lille, 1904.

KLEIN J., *La Mesta. Estudio de la historia económica española 1273-1836*, Alianza Universidad, Madrid, 1990.

KRAAKMAN R.H., *Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy* en J.L Economics and Organization, 2, 1986.

KREPS D.M., *Teoría de juegos y modelación económica*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

LACRUZ BERDEJO J.L. y Sancho Rebullida F.A., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, ed. J.L. Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1957.

LACRUZ BERDEJO J.L., *Inscripción y tradición*, RCDI, año XXXIII, número 344-345, enero febrero 1957.

LACRUZ BERDEJO J.L y SANCHO REBULLIDA F.A., *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1976.

LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil, T.II-3º*, ed. Bosch, Barcelona, 1979.

LACRUZ BERDEJO J.L. y SANCHO REBULLIDA F. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, Barcelona, 1991.

LADARIA CALDENTEY J., *Legitimación y apariencia jurídica.*, ed. Bosch, Barcelona, 1952.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz *Modos de adquirir*, T. XVI, ed. Seix, Barcelona, 1990.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, núm. 671.

LASSO GAITE J.F., *Crónica de la Codificación española. 6. Codificación mercantil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

LATOUR BROTONS J., *Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria; su génesis, circunstancias y efectos de la misma*, RCDI, 1962, núms 414-415.

LAUROBA LACASA M.E., *¿Ha llegado la hora de un Derecho europeo de bienes?* En PEREÑA VICENTE M. y DELGADO MARTIN P. (Dir), HERAS HERNÁNDEZ M. M. (Coord.), *Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

LEGEAIS D., *Droit des sûretés et garanties du crédit*, ed. LGDJ, Paris, 2021.

LIBECAP G.D., *Contracting for Property Rights*, en ANDERSON T.L. & McCHESNEY F.S. (ed), *Property Rights, Cooperation, Conflicts and Law*, Princeton University Press, 2003.

LLOPIS AGELÁN E., *Expansión, reformismo y obstáculos al crecimiento (1715-1789)*, en COMIN F., HERNÁNDEZ M. y LLOPIS E. (eds.), *Historia económica de España (siglos X-XX)*, ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 177-178.

LÓPEZ GUALLAR, M. y TATJERMIR M., *Observaciones sobre la historia de los Oficios de hipotecas en Cataluña (1768-1861)*, R.C.D.I, núm. 560.

- LEPAGE H., *Por qué la propiedad*, ed. Instituto de Estudios Económicos, 1985.
- LEROUXEL F., *The private credit market, the Bibliothek Enkteson and public services in Roman Egypt*, en *Annales. Histoire. Sciences Sociales*, 67 (4).
- LIBONATI B., *Titoli di credito e strumenti finanziari*, ed. Giuffrè, Milano, 1999.
- LIPTON M., *Land Reform in Developing Countries*, ed. Routledge, Abingdon y Nueva York, 2010.
- LÓPEZ FRÍAS A., *La buena o mala fe del tercero ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide no coincide con la publicidad registral*, RCDI, núm. 781.
- MAGNUSSON L. and OTTOSSON J. (ed.), *The Evolution of Path Dependency*, ed. Edward Elgar Published Limited, Cheltenham, 2009.
- MARCOS MARTÍN A., *Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares*, en DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R., TORIJANO E. (Coords.), *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.
- MARTIN F., *Dinero*, ed. RBA, Barcelona, 2016.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ F., *El sistema español de Registro Inmobiliario (I)*, ed. Thomson Reuters, 2012.
- MARTÍNEZ MESSEGUER C., *La teoría evolutiva de las instituciones. La perspectiva austriaca*, ed. Unión Editorial, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán, aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004.
- MARTORANO F., *Titoli di credito*, ed. Giuffrè, Milano, 1993.

MARTY G., RAYNAUD P., JESTAZ Ph., *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, París, 1987.

MATEO VILLA I., *Derecho Inmobiliario Registral Suizo*, ed. CORPME, 2014.

MATTEI U., *La transmisión de la propiedad*, en ORDUÑA MORENO F. J. (codirector), DE LA PUENTE ALFARO F. (codirector) y MARTÍNEZ VELENCOSO L. M (Coord), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo*, ed. Civitas, Madrid, 2009.

McFARLANE B., HOPKINS N., NIELD S., *Land Law*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2017.

MEGARRY R. and WADE W., *The Law of Real Property*, ed. Sweet and Maxwell, Londres, 2008.

MÉNARD C. y SHIRLEY M.M. *Handbook of New Institutional Economics*, ed. Springer, Berlin, Heidelberg, 2008.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Seguridad del tráfico versus seguridad de los derechos: un falso dilema”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T.III, ed. Civitas, Madrid, 2003.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 703.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P., *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, especialmente, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Estado, Propiedad, Mercado*, RCDI núm. 708.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2011.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Los actos dispositivos realizados por el apoderado del titular registral y el control del tracto sucesivo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Derechos reales y titularidades reales*, RCDI, núm. 736.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7, (2015), ed. Dykinson, Madrid, 2017.

MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. y GALLEGO FERNÁNDEZ L.A., *Contratos automatizados, cadenas de bloques y Registros de la Propiedad*, RCDI, núm.778.

MERRILL T.W y SMITH H.E., *Optimal Standardization in the Law of Property: the numerus clausus principle*, The Yale Law Journal, October 4, 2000, Vol.110:1.

MERRILL TH. W. y SMITH H.E., *Property: Principles and Policies*, Foundation Press, Nueva York, 2012.

MERRYLL F.E., *Introducción a la Sociología*, Sociedad y Cultura, ed. Aguilar, Madrid, 1969.

MERRYLL TH. W., *Ownership and Possession*, en *Law and Economics of Possession*, YUN-CHIEN CHANG (Edit.), Cambridge University Press, UK, 2015.

MIQUEL J., *Derecho Privado Romano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

MIQUEL J., *Savigny y el nacimiento del contrato real abstracto: historia del texto e historia de las estructuras dogmáticas*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T.IV, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2009.

MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7.1. del Código civil,” en *Comentario del Código Civil*, T. I, PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., y SALVADOR CODERCH P. (Dir), ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 464 del Código civil “, en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R. y SALVADOR CODERCH P., *Comentario del Código Civil TI*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 609 del Código civil”, en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R. y SALVADOR CODERCH P., *Comentario del Código Civil TI*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ J.M., *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, núm.1, 1998.

MOLINA L. DE, *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, Imprenta Cosano, Madrid, 1941.

MOLINA GARCÍA A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1975.

MOLL DEL ALBA, CH., *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, ed. CEDECS, Barcelona, 1999.

MONIER R., *Manuel élémentaire de Droit romain*, T.I, ed. Domat Montchrestien, París, 1947.

MONTERDE GARCÍA J.C., *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2008.

MONTÉS PENADÉS V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 53-56.

MONSERRAT VALERO A., *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario*, RDP, junio, 2001.

MOÑINO y REDONDO DE FLORIDABLANCA J., *Obras originales del Conde de Floridablanca y Escritos Referentes a Su Persona*, ed. Wentworth Press, 2018.

MORALES MORENO A.M., *Publicidad registral y datos de hecho*, ed. CORPME, 2000.

MORALES MORENO A.M., Prólogo a la monografía de JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, ed. CORPME, 2004.

MOUSOURAKIS G., *Fundamentals of Roman Private Law*, ed. Springer, 2012.

MURGA FERNÁNDEZ J.P., *La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007*, RCDI, núm.732.

MURGA FERNÁNDEZ J.P., *La configuración de la buena fe del tercero hipotecario. Breves notas en defensa de su concepción "ética"*, en MURGA FERNÁNDEZ J.P. y TOMÁS S., *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

NELSON P., *Information and Consumer Behavior*, Journal of Political Economy, vol. 78, 1970.

NELSON R.R. y WINTER S.G., *An Evolutionary Theory of Economic Change*, ed. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1982.

NICHOLAS B., *An Introduction to Roman Law*, ed. Oxford University Press, 1962.

NOGUEROLES PEIRÓ N., *La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista*. En DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDOS R. y TORIJANO E. (Coords), *Historia de la Propiedad (Crédito y garantía)*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

NOGUEROLES PEIRÓ, N., *La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el Registro de la Propiedad*, en *Teoría y Derecho*, núm. 5, 2009.

NOGUEROLES PEIRÓ N., *Estudio introductorio a la obra de TORRENS R.R., Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*, traducido por Nogueroles Peiró N. y Martínez Escribano C., ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011.

NORTH D.C., *Structure and Change in Economic History*, New York, ed. W.W Norton, 1981.

NORTH D.C., THOMAS R.P., *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, ed. siglo XXI, Madrid, 1990.

NORTH D.C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, ed. Cambridge University Press, 1990.

NORTH D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.

NORTH D.C., *Understanding the process of economic change*, ed. Princeton University Press, 2005.

NORTH D.C., WALLIS J.J. y WEINGAST B.R., *Violence and Social Orders. A conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, ed. Cambridge University Press, 2009.

NÚÑEZ LAGOS R., *Realidad y Registro*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril, 1945.

OLCINA G. y CALABUIG V., *Conducta estratégica y Economía. Una introducción a la teoría de juegos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

OLIVER y ESTELLER B. *Derecho Inmobiliario español*, ed. Civitas Thomson Reuters., 2ª ed.: Cizur Menor, Madrid, 2009.

OLSON M., *The Logic of Collective Action*, ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1965.

OLSON M., *Poder y prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*, ed. Siglo XXI, Madrid, 2001.

PANTALEÓN PRIETO F., en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P., *Comentario del Código Civil*, TII, ed. Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1994 ss.

PARADA VÁZQUEZ R., *Derecho administrativo*, T. III, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.

PAISLEY R., *Land Law*, ed. W. Green and Son Ltd., Edimburgo, 2000.

PARDO NÚÑEZ C. R., *Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español*, RCDI, núm 614.

PASCUAL P. y SUDRIÀ C., “El difícil arranque de la industrialización” (1840-1880), en *Historia Económica de España (Siglos X-XX)*, de COMÍN F., HERNÁNDEZ M. y LLOPIS E. (Eds.), ed. Crítica, Barcelona, 2005, págs. 216 ss.

PAU PEDRÓN A., “La teoría de los principios hipotecarios”, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, ed. CORPME, Madrid, 1977.

PAU PEDRÓN A., “Comentario al art. 605 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, T.I, PAZ-ARES C., DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P. (directores), ed. Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

PAU PEDRÓN A. “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001.

PAU PEDRÓN A.,” Efectos de la inscripción en la constitución de derechos reales”, en *La publicidad registral*, ed. CORPME, 2001.

PAZ-ARES C., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, RDM, núms.175-176.

PAZ-ARES C., Comentario al artículo 1170 del Código civil, en PAZ-ARES C., DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P., (Dirs), *Comentario del Código Civil*, TII, ed. Ministerio de Justicia, 1991.

PAZ-ARES C., *La desincorporación de los títulos valor*, RDM, núm. 219.

PAZ-ARES C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 169 ss.

PELLIZZI G.L, *La fattispecie “modo di credito”*, en *Studi sui titoli di credito*, ed. CEDAM, Padua, 1960.

PEREÑA VICENTE M. y DELGADO MARTÍN P. (Dirs), HERAS HERNÁNDEZ M. (Coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

PÉREZ GARZÓN J.S., *Las Cortes de Cádiz. El nacimiento de la nación liberal (1808-1814)*, ed. Síntesis, Madrid, 2007.

PERNAS RODRÍGUEZ P., “Las nuevas orientaciones de la publicidad registral: de la publicidad electrónica a la publicidad estructurada”, en DEL REY BARBA S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA M. (Dirs.), *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, TII, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Anteproyecto de Código civil de 30 de abril de 1888*, ADC, Vol.13, Núm. 4, 1960.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El sistema registral francés*, RCDI, números 426-427.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, T. II, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed., ed. Colegios Notariales de España, 2006.

PÉREZ GARCÍA M.J., *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, Madrid, 2005.

PESET REIG M., *Los orígenes del Registro de la Propiedad en España*, RCDI, nº. 527.

PESET REIG M., *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, ed. Edersa, Madrid, 1988.

PESET REIG M., “Del censo consignativo a la hipoteca a finales el antiguo régimen”, en DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R. Y TORIJANO E. (Coords.), *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

PETIT C., *Historia del Derecho Mercantil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

PETIT SEGURA M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona, 1990.

PIEDELLEIÈVRE S., *La publicité foncière*, en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de GHESTIN J., L.G.D.J, París, 2000.

PIEDELIEÈVRE J. y PIEDELIEÈVRE S., *La publicité foncière*, ed. Lextenso, Defrénois, 2014.

PINKER S., *Como funciona la mente*, ed. Destino, Barcelona, 2000.

PIPES R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

PLUCKNET TH, F.T., *A Concise History of Common Law*, ed. Little Brown and Company, Boston, 1956.

PORCIOLES DE COLOMER J.M., *La prescripción y el Registro de la Propiedad. Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*. Conferencias del cursillo de 1944, Barcelona, ed. Imp. Vda de J. Savater Bros- Colegio Notarial de Barcelona, 1945.

POSNER R.A., *El análisis económico del Derecho*, ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1998.

POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 2003.

POUNDSTONE W., *El dilema del prisionero*, Madrid, 1995.

PUYAL SANZ P., *Derecho catastral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RAMOS FOLQUÉS R., *La tradición y el modo en Curso de conferencias de 1951 -sobre Derecho Inmobiliario Registral-*, ed. CORPME, Madrid, 1951.

RAMOS FOLQUÉS R., *El Registro de la propiedad egipcio según la literatura papirológica registral egipcia*, RCDI, 1961, págs. 317 ss.

REID K. (ed.) *Scottish Land Law*, ed. W. Green, Edimburgo, 2020.

RICA DE LA y ARENAL R., *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, núm 256.

RICA DE LA y ARENAL R., “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario”, conferencia pronunciada en 1950. Consultada en el *Libro Homenaje al autor*, T.II, ed. CORPME, Madrid, 1976.

RIGHT R., *The evolution of God*, Little Brown and Company, New York, 2009.

RIPERT G., y BOULANGER J., *Traité de droit civil*, T. III, ed. LGDJ, Paris, 1958.

ROCA SASTRE R., *Derecho Hipotecario, T.I*, ed. Bosch, Barcelona, 1968.

ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1979.

ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario* TII, ed. Bosch, Barcelona, 1995.

ROCA TRIAS M. E., *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, Núm. 530, enero-febrero 1979.

RODRIGUEZ ADRADOS A. en PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P., *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ ELORRIETA N., *Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil*, RCDI, núm.790.

RODRÍGUEZ LÓPEZ F. *El expediente de dominio (Legislación, estudio, jurisprudencia y formularios)*, ed. Comares, Granada, 2008.

RODRÍGUEZ OTERO L., *Los efectos de la inmatriculación. Los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 1473 del Código civil*, ed. Dijusa, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ OTERO L., *Ley Hipotecaria de 1861: sus autores, sus avatares y comentarios*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ OTERO L., *La gestación del sistema registral alemán: Crítica y diferencias con el nuestro*, ed. Fundación Registral, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ ROSADO B., *Dos siglos de evolución del sistema alemán de transmission abstracta*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROJO IGLESIAS E., en DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Dir), “Principios rectores de la publicidad formal”, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, ed. Aranzadi, Pamplona, págs. 1960-1963.

RUBIO GARRIDO C., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999*, CCJC, 2000.

RUIZ TORRES P. “Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen” en DE DIOS S., INFANTE J., ROBLEDO R., TORIJANO E. (Coords.), *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV y XX*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, págs. 19 ss.

SAINT-ALARY-HOUIN C., « Reflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », en *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, ed. Dalloz, Sirey, Paris, 1985.

SALAMIÉ B., *The Economics of Contracts*, ed. MIT Press, Cambridge, Massachussets, 2005.

SAN EMETERIO MARTÍN N., *Sobre la propiedad. El concepto de propiedad en la Edad Moderna*, ed. Tecnos, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, T.III, ed. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900.

SANZ FERNÁNDEZ A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945.

SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, T. I, ed. Reus, Madrid, 1947.

SAUVEPLANNE, J-G., “The Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movable in Comparative Law.” *The Rabel Journal of Comparative and Interational Private Law*, RJCIPL, 29: 651-93, 1965.

SAVIGNY F.K.VON, *–Les droits des obligations*, Vol II, (1873), ed. Kessinger Publishing, Paris, 2010.

SAVOURÉ D., *La fin des privilèges immobiliers spéciaux*, *Revue des contrats*, 2021, diciembre, Tirada especial.

SCHÄFFER H.B. y OTT C., *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

SCHULZ F., *Derecho romano clásico*, trad. Por Santa Cruz Teijeiro, ed. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960.

SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931.

SEHGAL K., *Coined*, ed. John Murray Publishers, Reino Unido, 2015.

SÉJEAN-CHAZEL C., *La réalisation des sûretés réelles*, Revue des contrats - RDC-, 2021, diciembre, Tirada especial.

SERNA VALLEJO M., *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

SERRANO y SERRANO I., *Iusta causa traditionis*, RCDI, núm. 123, 1935.

SMITH A., *The Wealth of Nations*, ed. Everyman's, Library, 1977.

STIGLER G.J., *The Economics of Information*, en Journal of Political Economy -JPE-, 69, junio, 1961.

STIGLER G., *Perfect Competititon, Historically Contemplated*, Journal Political Economy -JPE-, 65 (1957).

SUGDEN, R. *Spontaneous Order*, Journal of Economic Perspectives 3, nº 4, 1989, págs. 85-97.

SUQUET-COZIC M., *Publicité foncière*, ed. Francis Lefebvre, 2014.

TAFUNELL X., “Urbanización y Vivienda” en CARRERAS A. y TAFUNELL X. (coords.), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX, v.II*, ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2005.

TELLO ARAGAY E., “Crisis del antiguo régimen y crisis del sistema crediticio: el fin de los censos consignativos en España (1705-1885),”, en DE DIOS S., INFANTE

J., ROBLEDO R., TORIJANO E. (Coords), *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, ed. CORPME, 2006.

THELEN K., *How Institutions Evolve*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2004.

THÉRY P., *Sûretés et publicité foncière*, ed. PUF, 1998.

THUR A, VON, *Teoría general del Derecho civil alemán*, Vol. II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947.

TOMÁS y VALIENTE F., *El marco político de la desamortización en España*, ed. Ariel, Madrid, 1989.

TORRENS R.R., *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del Registro*, ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2011.

TRINCADO AZNAR J.M., *¿Es posible la usucapión ordinaria contra tabulas?*, RCDI, nº 781.

VALLET DE GOYTISOLO J.B., *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil y el requisito de la buena fe*, ADC, 1956.

VALLET DE GOYTISOLO J.B., “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, 1957, en *Estudios sobre Derecho de cosas*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

VELA SÁNCHEZ, A., *Adquisición de la propiedad y principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid, 2009.

VERDAGUER F. P., *Expropiación forzosa*, ed. Bosch, Barcelona, 2002.

VICENS VIVES J., *Historia Económica de España*, ed. Vicens Vives, Barcelona, 1987.

VICENT CHULIÁ F., *Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, ed. Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 1986.

VICENT CHULIÁ F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol.III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

VICENTE y GELLA A., *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, Zaragoza, ed. Imprenta La Académica, 1933.

VILLAGRASA ALCAIDE C., *La deuda de intereses*, ed. EUB, Barcelona, 2002.

VILLARES PICÓ M., *La posesión y el Registro*, RCDI, núm 230-231, 1947.

VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, ed. Civitas, Madrid, 1986.

WEILL A., *La relativité des conventions en droit privé français*, ed. L. Dalloz, Paris, 1938.

WEILL A., TERRÉ F. y SIMMLER Ph., *Droit Civil. Les biens*, ed. Dalloz, Paris, 1985.

WIEACKER F., *El principio general de la buena fe*, ed. Olejnik, 2019.

WILLIAMSON O.E., *The Economic Institutions of Capitalism*, ed. Collier MacMillan Publishers, Londres, 1985.

WILLIAMSON O.E., *Las instituciones de la economía capitalista*, Ed. FCE, Mexico, 1989.

WILLIAMSON O.E y MASTEN S.E., *The Economic of Transaction Costs*, ed. Edward Elgar Publishing Ltd, 1999.

WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat a l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004.

WOLFF M, *Derecho de cosas*, en el *Tratado de Derecho civil*, ENNECCERUS L., KIPP Th., WOLFF M., T. III. 1º, traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer, ed. Bosch, Barcelona, 1971.

YU-CHIEN CHANG, "The Economy of concept and possession", en *Law and Economics of Possession*, Yu-Chieng Chang (Ed.), Cambridge University Press, 2015.

ZAMORA MANZANO J.L., *La publicidad de las transacciones inmobiliarias en el Derecho Romano*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA T., *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, ed. CORPME, Madrid, 1977.

ZURIMENDI ISLA A., *Los fundamentos civiles de la obligación cambiaria*, ed. Comares, Granada, 2004.