

¿Inscripción declarativa o constitutiva?

No es necesario insistir sobre la importancia que el estudio de esta cuestión tiene, tanto en Derecho constituyente como en Derecho constituido. Dada la trascendencia social y jurídica de los derechos reales y la admisión universal del Registro de la Propiedad, es de sumo interés el estudio del papel que la inscripción desempeña en la vida de los derechos reales y la conveniencia de adoptar en las legislaciones en proyecto el sistema constitutivo o declarativo de la inscripción; así como también es de gran importancia el estudio de una legislación vigente para determinar el valor constitutivo o meramente declarativo que en ella se da a la inscripción en el Registro con relación al nacimiento de los derechos reales.

Percatada de la importancia de esta cuestión, la doctrina jurídica española se ha ocupado con amplitud de ella. Podemos afirmar que la totalidad de los autores de tratados de Derecho Hipotecario la han tenido presente, siendo también numerosísimos los artículos y monografías que directa o indirectamente la estudian.

Con relación al sistema hipotecario español resumimos la actitud de la doctrina, diciendo que la generalidad de los autores estiman que la inscripción es declarativa para todos los derechos reales, excepto para el de hipoteca, en cuyo caso es constitutiva. Sin embargo, difieren de esta opinión Sanz y Núñez Lagos, quienes no conceden carácter constitutivo a la inscripción ni aun tratándose de la hipoteca.

Modestamente pretendo afirmar que en nuestro sistema la inscripción es de índole constitutiva en todos los casos de derechos reales, a pesar de las declaraciones que en sentido contrario hace la exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944.

Mas, para la mejor fundaméntación de esta idea, es necesario fijar previamente los conceptos de inscripción constitutiva y de derecho real.

Inscripción constitutiva. — Un concepto de la inscripción constitutiva nos la da Sanz en sus "Instituciones de Derecho Hipotecario" al decir que "es aquella que, por sí misma o con otros elementos previos de carácter necesario, da vida al derecho real".

Si nos fijamos bien en esta definición apreciaremos que en ella se comprenden dos categorías distintas de inscripción constitutiva: la primera es aquella que da vida al derecho real "por sí misma", es decir, sin necesidad de otros elementos que colaboren con ella en el nacimiento del derecho real. Es esta la posición de la legislación australiana y de las históricas de Sajonia, Hamburgo, Lubeck y Mecklemburgo. Pero, con Hermida (en su trabajo "¿Es constitutiva la inscripción en el Derecho real de hipoteca?", REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, junio 1949), y en contra de la opinión de Núñez Lagos (que en su trabajo "Realidad y Registro" afirma que sólo a esta clase de inscripción puede llamársele constitutiva), hemos de decir que "en nuestra patria no se ha usado hasta ahora en ese sentido la expresión de inscripción constitutiva". "Tal vez fuera más acertado llamar a estas inscripciones desconectantes, absorbentes o de valor absoluto."

Cuando hablamos de inscripción constitutiva y afirmamos que en nuestro sistema la inscripción es constitutiva no nos referimos, pues, a esta manifestación de inscripción desconectante y absorbente. Nos referimos, por el contrario, a aquella otra categoría de inscripción constitutiva que comprende también la definición antes transcrita de Sanz, es decir, a aquella inscripción que "con otros elementos previos de carácter necesario da vida al derecho real" o, como dice Roca Sastre, son inscripciones constitutivas "las que, junto con el acto jurídico, provocan el nacimiento o la transmisión de un derecho real".

O sea que, según esta concepción, los derechos reales se constituyen no solamente mediante la inscripción, ni tan sólo mediante el acto jurídico, sino por la concurrencia de ambos requisitos, de índole constitutiva los dos.

Derecho real. — Como dice Castán, es una definición exacta y precisa la de Rodolfo Somh, para quien los derechos reales son "aquellos derechos privados que atribuyen un derecho de inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera".

Ampliando este concepto, y de acuerdo esencialmente con la generalidad de la doctrina (citaremos a Castán, Clemente de Diego y

Barassi), dos son los elementos que caracterizan a los derechos reales: 1.º Un elemento interno, o contenido del derecho, que autoriza al titular a aprovechar para sí la totalidad o parte de las utilidades de la cosa, autónoma y directamente. 2.º Un elemento externo, una facultad o poder, acompañado de la correspondiente acción, de ejercitarse ese contenido frente a todos (*erga omnes*) cualquiera que sea la persona que se oponga y cualquiera que sea el dueño o poseedor de la cosa sobre la que el derecho recae.

Estos dos elementos son absolutamente necesarios e imprescindibles para que el derecho real exista. Un derecho subjetivo en que no concurran ambos, no puede ser calificado de derecho real.

Ahora bien, no puede darse el segundo elemento, el elemento externo, sin que exista el interno. Al fin y al cabo, aquél no es más que la protección de un contenido (elemento interno), y si no hay nada que proteger, no puede haber protección.

Por el contrario, puede existir un contenido, una facultad o suma de facultades sobre una cosa, sin estar acompañada de protección *erga omnes*, de acción real. Poniendo un ejemplo práctico (aun a riesgo de parecer aventurado), cabe que exista un derecho de disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia (contenido del usufructo, art. 467 del Código civil), aunque desprovisto, sin embargo, de acción real, de protección frente a todos. En tal caso, no cabe duda que el titular de este derecho pueda ejercitarse sus facultades sobre la cosa en tanto en cuanto ésta continúe de la propiedad del concedente. (O, dicho en otras palabras, puede ejercitarse sus facultades *inter partes*). Desde el momento en que la cosa quede sujeta al dominio de otra persona distinta de la concedente, el derecho del que podemos llamar (por llamarle algo) usufructuario personal se extingue, ya no puede ejercitarse sus derechos sobre la cosa, puesto que hemos partido de la base de que estas facultades carecen de protección *erga omnes*.

Esta configuración puede darse no sólo con el contenido del usufructo, que hemos puesto de ejemplo, sino con cualquier otro contenido susceptible de ejercitarse sobre una cosa. Pues bien, en estos casos de derechos en los cuales concurre el elemento interno (contenido) sin ser acompañado del elemento externo (protección *erga omnes* o acción real), no puede decirse que exista un derecho real. Para que el derecho real exista, repetimos, han de darse conjuntamente estos dos elementos, interno y externo; contenido y protección. Si existe solamente el

primero y no el segundo, el derecho real no existe, no ha nacido a la vida jurídica, estamos tan sólo ante un derecho ejercitable únicamente frente a una sola persona, el concedente del mismo.

Una vez delimitado el concepto de derecho real, veamos cuándo y por qué se constituye éste, en virtud de qué formalidades nace el derecho real y es reconocido como tal, con todos sus efectos.

De lo que hasta aquí se ha expuesto, se deduce que un derecho real existe cuando en un derecho subjetivo concurren los dos elementos, interno y externo, de que se ha hecho mérito.

¿Pero cuándo se manifiesta la existencia de ambos elementos y, particularmente, del segundo? En términos generales, para la existencia del elemento interno basta el acuerdo de voluntades, para la existencia del externo es necesario un posterior requisito de publicidad. Mas para contestar a esta pregunta con mayor precisión hemos de distinguir entre dos regímenes de propiedad: la inscrita y la no inscrita; pues es preciso admitir que como consecuencia de la vigencia de la Ley hipotecaria existen en nuestra patria dos órdenes distintos de regulación jurídica del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.

Propiedad no inscrita.—Aquí no existe la inscripción, ni constitutiva ni declarativa, y, por consiguiente, es ocioso hablar de ella. Para la existencia del derecho real se requiere, por regla general, de acuerdo con el artículo 609 del Código civil, un contrato (que delimitará el contenido del derecho), seguido de la tradición (requisito publicitario que proporciona al derecho la adecuada protección *erga omnes*). La tradición normalmente revestirá la forma instrumental.

Propiedad inscrita.—Para que exista en ella el elemento externo, o sea, la protección frente a todos (sin cuya concurrencia un derecho subjetivo no puede ser calificado de real, sea cual fuere su contenido interno), no basta la existencia del contrato y la tradición, es necesaria además la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así se desprende de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, que de consuno disponen que "los títulos del dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero".

A mi entender, y sin género de duda, al emplear estos artículos la frase "no perjudican a tercero", quieren decir que a los derechos no inscritos se les niega protección *erga omnes*, acción real, y por consi-

guiente, al faltar en dichos derechos tal protección, de acuerdo con el punto de vista que hasta aquí hemos sostenido, no será derechos reales. Serán unos derechos cuyo contenido solamente podrá ser ejercitado *inter partes*.

En consecuencia, se ve claro, a mi juicio, que tratándose de propiedad que ha tenido acceso al Registro la inscripción es constitutiva, pues ella es la que adorna el derecho subjetivo (en el cual antes de la misma sólo concurría el elemento interno) del elemento externo o de protección, sin cuya existencia no hay derecho real. El derecho real, que podemos decir que durante las formalidades anteriores (también constitutivas y necesarias) estaba en gestación, mediante la inscripción en el Registro, termina su desarrollo y nace a la vida jurídica.

Esto no quiere decir que la inscripción supla a la tradición, sino que la complementa en los casos en que sea necesaria. (Ya que hay derechos reales, como la hipoteca y el derecho real de opción, que por no implicar un señorío material sobre la cosa, no es necesaria ni posible para sus constitución la tradición o entrega, constituyéndose tan sólo por el título, seguido de la inscripción.) Tratándose, pues, de propiedad inscrita, en términos generales, es necesario para la existencia del derecho real, título, tradición e inscripción.

Esta doctrina es la que se desprendía del anterior régimen hipotecario, antes de que el artículo 389 de la anterior Ley Hipotecaria fuese modificado por la reforma de 1944-46. En la actualidad, por el artículo 313 de la vigente Ley Hipotecaria parece que se restringe aún más el nacimiento del derecho real, y a la inscripción, lejos de despojarla de su carácter constitutivo, se la concede todavía mayor valor y relevancia.

En aquel entonces, Castán, en una nota en el tema 37 de la edición de 1941 de su conocida obra de Derecho Civil, decía que este punto de vista es un error, que el artículo 606 del Código civil, al decir "no perjudican a tercero" no se refiere al tercero en general, sino al tercero hipotecario que tenga inscripción a su favor. Esto podía ser contradicho entonces alegando que si el derecho gozaba de protección frente a unos terceros y no frente a otros, no gozaba de verdadera protección *erga omnes*, sino sólo frente a algunos, no siendo, por tanto, un derecho real absoluto y cabal. Podía también traerse a colación el conocido aforismo "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus".

Actualmente, dada la redacción del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, puede rebatirse lo dicho por Castán con otro argumento de mayor peso. Cuando dicho artículo ordena la inadmisión procesal en ciertos casos de documentos relativos a derechos reales, hay que suponer que lo hace por que en esos casos no se concede acción a dichos derechos, pues sería absurdo suponer que el legislador, concediendo acción a una persona para la protección de un derecho subjetivo, la privase de aportar los documentos en que la acción únicamente se basa y mediante los cuales únicamente se prueba la existencia del derecho. En consecuencia, hay que estimar equivocada la opinión de aquellos que sostienen que la acción existe, pero que no puede aportarse para la justificación del derecho dichos documentos. Pero aparte el razonamiento que se acaba de exponer, y hablando sólo desde un punto de vista práctico, ¿puede imaginarse el ejercicio de una acción real sobre bienes inmuebles sin prueba documental? Raro sería el caso; en definitiva, puede afirmarse que suprimiendo la admisión del documento, se mata la acción.

Pues bien, tratándose de propiedad inscrita (y según la interpretación comúnmente dada al art. 313), si el derecho real no lo está, la inadmisión del documento no inscrito procederá cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlo valer. O sea, que en el actual régimen legal, un derecho no inscrito (tratándose de propiedad intangible) carece de acción no sólo frente al tercero hipotecario, sino también frente al tercero en general, frente al tercero civil que no tiene inscripción a su favor. Se acentúa más la necesidad de la inscripción para que el derecho real, con absoluta protección *erga omnes*, quede constituido. En este punto, el artículo 313 es digno de elogio.

Por lo demás, merece crítica desfavorable el artículo 313 (aparte de por su falta de claridad y precisión técnica) por dos motivos: 1.º Porque parece desprenderse de él, tratándose de propiedad no inscrita, que un derecho de perfecto contenido real no será ejercitable frente a tercero (civiles, que son los únicos que aquí caben), no obstante haber concurrido en su formación los requisitos marcados en el Código civil (título y tradición), y al privarle de protección *erga omnes* (elemento externo que ha de concurrir necesariamente en todo derecho real), viene a consagrarse dicho artículo que sobre la propiedad extraregistral no caben derechos reales. 2.º Porque tratándose de propiedad inmatriculada, no cabe el ejercicio de un derecho no inscrito ni

aun siquiera entre partes. Aquí debía haberse limitado la ley a precisar que un derecho no inscrito no sólo carece de protección frente al tercero hipotecario, sino incluso frente al mero tercero civil.

El sistema antes casi nítido de nuestra legislación se ve ahora enturbiado por el artículo 313 de la Ley Hipotecaria con un rigor innecesario y contraproducente.

Y este punto de vista afirmando el carácter constitutivo de la inscripción, incluso lo reconoce la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 (contradicidiendo sus repetidas afirmaciones en pro de la índole declarativa de la inscripción) cuando dice que "la inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos, será, en cambio, premisa ineludible, con las limitaciones que se establecen, para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles". Quiere decirse con esto que, antes de la inscripción, los derechos sobre inmuebles no pueden ejercitarse, o lo que es lo mismo, son derechos no provistos de protección *erga omnes*, que no merecen, por consiguiente, el calificativo de reales, según he pretendido demostrar a lo largo de estas cuartillas, si bien no puedo decir que lo haya conseguido.

MANUEL GÓMEZ GÓMEZ,
Del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad