

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXIV

Julio 1948

Núm. 242

Materiales para el análisis crítico del
valor de la inscripción en la vida de los
Derechos reales ⁽¹⁾

SUMARIO :

- A) Propósito de los trabajos.
- B) Cinco períodos de la valoración de la inscripción en su evolución histórica.
- C) El valor de la inscripción en general, según el sentir de los legisladores y el de los autores.
 - a) Palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861.
 - b) El pensamiento de los autores:
 - a') Lo que se escribió en el proyecto de Código civil de 1836.
 - b') Autores anteriores a 1861: Domingo Ruiz de la Vega, Antón de Luzuriaga y García Goyena, Permanyer y Cárdenas.
 - c') Del 1861 al 1909, especialmente los contemporáneos del 61: José Hernández de Ariza, Telesforo Gómez, Manuel Fernández Martín, Hermenegildo María Ruiz, Pedro Gómez de la Serna, D. Bienvenido Oliver, D. Eduardo Pérez Pujol.
 - d') De 1909 hasta la fecha: D. Pablo Martínez Pardo, D. Jerónimo Roca Sastre, Jiménez Arnáu, Alfonso de Cossío y Corral, Ignacio de Caso y Romero, Rafael Núñez Lagos; los autores que han escrito sobre el valor de la inscripción en esta REVISTA; Pelayo Hore y Angel Sanz.
 - c') Resumen.

PROPOSITO DE LOS TRABAJOS

En la parte ya publicada decíamos que nuestro lema era que la inscripción española no crea, sino que protege jurídicamente lo creado, porque ella es la auténtica apoteosis o *finis coronat opus* del derecho real. Pero no se alegren los civilistas ni se preocupen los hipotecarios, porque mi propósito es dejar bien esclarecida la verdad, aportando la

(1) Véase el núm. 241 de esta REVISTA.

síntesis de aquellas lecturas con las que formé mi convicción del nacionalismo y tipicidad de nuestro sistema, y sobre todo aquellas por las que he entronizado la idea de que nuestra inscripción, tal como se concibió en el 61, y sin excepción para ningún derecho, cumplía admirablemente su finalidad jurídica.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA VALORACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

Prescindiendo de la inscripción puramente publicitaria, declarativa, y de fines de simple oponibilidad, de nuestras antiguas Contadurías u Oficios de Hipotecas, para concretarnos a la génesis, nacimiento y reformas de nuestro sistema hipotecario actual, pudiera muy bien señalarse cinco períodos de valoración de la inscripción.

El primero abarcaría el período de la Codificación, con sus reflejos de fuerte influencia germánica y constitutiva, mostradas ya en el proyecto de Código civil de 1836, ya en la proposición concreta de Ruiz de la Vega en el año 1843, ora en las argumentaciones de Luzuriaga, o bien en las agudísimas de Permanyer. Pero esta tendencia o inclinación constitutiva, aunque referida singularmente a la hipoteca, no llegó a cuajar legislativamente.

El segundo período comprendería desde la promulgación, mejor aún, desde la puesta en vigor de la ley de 1861, hasta la del Código civil. Lapso de tiempo todo éste en que, a pesar de las unánimes apreciaciones de un valor declarativo en la inscripción, hallamos nosotros valores bastantes para opinar que durante tal tiempo la inscripción ni fué constitutiva ni tampoco declarativa, sino algo más, a cuyo valor llamaremos nosotros confirmatorio.

El tercero comprendería desde 1889 hasta la reforma hipotecaria de 1909, período que por la influencia más o menos reflexiva y buscada por los redactores del articulado del Código civil, la inscripción de la hipoteca escapa a la regla general del sistema para convertirse en una excepción representativa del valor constitutivo, al estilo del Código suizo.

El cuarto período se referiría a la reforma hipotecaria de 1909, con su complemento del Real decreto de 13 de junio de 1927, en el que la doctrina comienza a desenvolver el principio legitimador contenido en los artículos 24 y 41 de aquella reforma, y con ocasión del cual, al reconocer cierta trascendencia a la inscripción para las mismas partes,

comienza también a esfumarse en cierto modo aquella clásica separación de partes y de terceros.

El cuarto período comprendería desde 1927 hasta la reforma de diciembre de 1944 y texto refundido de 8 de febrero de 1946, tiempo durante el cual, a pesar del sentido contradictorio que se observa en la Exposición de Motivos, se llega al convencimiento de un positivo avance en la sustantividad de la inscripción con efectos ya definidos en el aspecto procesal.

Y el último, naturalmente, comprende el brevísimo plazo que va desde la actual Ley de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947; período éste en que queda perfilado el principio legitimador con los artículos 313 y 586 de uno y otro textos.

De propósito transcribiremos muchos párrafos de autores o de textos, para que el lector de ciencia propia pueda formar juicio y elaborar una convicción; pues para nosotros, a pesar de las diferencias que singularizan los cinco períodos referidos, existe en todos ellos como nota característica la de una valoración singular en la inscripción española que la separa de las de tipo constitutivo del derecho real y de las simplemente declarativas, característica que constituye la tipicidad de nuestro sistema.

EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN GENERAL SEGÚN EL SENTIR DE LOS LEGISLADORES Y EL DE LOS AUTORES

La Exposición de Motivos de la primitiva Ley parece que daba a entender que de la inscripción derivaban derechos cuando con ocasión de referirse a la nulidad de la inscripción practicada en días feriados aludía a la "grayísima pena de nulidad de derechos". Parece que estos derechos derivaban, incluso para las partes, de la inscripción (1).

Pero no es admisible tal suposición, ya que reiteradamente y con machaconería insistieron en que la nueva Ley en nada modificaba el Derecho civil, salvo en sus consecuencias respecto de los terceros; de tal modo, que para las partes seguiría rigiendo aquel derecho y el nuevo sólo sería aplicable frente a terceros. Y se estampó en la Exposición aquella frase, un tanto dubitativa en apariencia, de que "el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos o tras-

(1) *Exposición de motivos de la Ley de 1861*, epígrafe «Modo de llevar el Registro», párrafo 4.^º

pasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro (1); pero seguidamente se añadía que para los contrayentes, mientras no se haga la inscripción, quedaba subsistente el derecho antiguo, idea repetida al referirse a la cancelación al decir que la de las "inscripciones y anotaciones preventivas *no extinguen* por su propia virtud, en cuanto a *las partes*, los derechos inscritos a que afecten, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho" (2); y por si lo transcritto fuera poco, también dijeron que "a los terceros sólo puede perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que *realmente existan* y tengan fuerza entre los contratantes".

De este sentir del legislador del 61 se desprende en seguida una consecuencia: si para las partes existe el derecho sin necesidad de inscripción, ello ha de ser debido a que la inscripción no es una formalidad inherente a la existencia del derecho *per se*, sino un requisito robustecedor de su potencialidad real para lograr la plena eficacia *erga omnes*.

Respecto de la reforma que para la inscripción de hipoteca introdujo el Código civil nos limitamos por ahora a anticipar que D. Augusto Comas sospechó que aunque del artículo 1.875 se infiere el valor *natio* de la inscripción para la hipoteca, sin embargo, no es eso lo que los redactores del Código quisieron decir.

El preámbulo del Real decreto de 13 de junio de 1927 nos decía que "la inscripción, como investidura solemne, declara frente a todos quién se halla legitimado como propietario o titular":

Ya quedó dicho también la eficacia del valor legitimador según la reforma de 1944 y artículos 313 y 586 de la nueva Ley y Reglamento Hipotecarios.

En esa evolución histórica, y también dentro de la vigente Ley, existen motivos bastantes para asignar a la inscripción española, unas veces el valor constitutivo, otras el declarativo y, por fin, otras, el confirmatorio o convalidante. Pero es que repasando algunos pasajes de la Exposición de Motivos de la primitiva ley, y en ella también se encuentran párrafos y disposiciones que hagan pensar en las tres valoraciones de la inscripción expresadas, sobre todo después de tener los

(1) Idem, parte general, párrafos 35 y 36.

(2) Idem, epígrafe «Extinción de la inscripción y anotación preventiva», párrafo 1.^º

conocimientos que actualmente se poseen y aplicarlos retroactivamente en virtud de aquella regla de Paulo, según la que "no es nuevo que las leyes anteriores se interpreten por las posteriores" (1).

Así, si se escoge aquel párrafo de la Exposición de Motivos en que se dice que los derechos reales se entienden *constituidos o traspasados por la inscripción*, parece que se quiso decir que de ella depende el nacimiento del derecho real; si se medita sobre aquel otro en que se dice que venta que ni se consuma por la tradición ni se inscriba, no traspasa al comprador el dominio, pero si se inscribe ya se lo traspasa respecto a todos, parece que se pensaba en que la inscripción venía a desempeñar el papel de la tradición; cuando se escribía que los títulos inscritos perjudican a tercero y los no inscritos no perjudican, parece que sólo se le daba un valor de oponibilidad o declarativo; y, en cambio, cuando se medita que en los países de abolengo romanista la regulación de los derechos civiles es patrimonio exclusivo del Código civil, pero que, sin embargo, si de tales regulaciones derivan derechos reales, es preciso legitimarlos y protegerlos públicamente por la institución registral, a fin de que los no inscritos ni se opongan ni perjudiquen a aquéllos, entonces parece que la inscripción es el elemento convalidante, robustecedor o confirmatorio de nuestra tesis.

El mismo artículo 126 de la primitiva Ley tenía un saborcillo constitutivo que no debía agradar a los autores según la explicación que hemos leído en algún comentarista. Establecía dicho artículo que "la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla según el Registro, no convalecerá aunque el constituyente adquiera después dicho derecho".

La literalidad del artículo daba pie a pensar que sólo podía constituir hipoteca quien previamente tuviera inscrito el dominio; pero lo que el legislador quiso decir es que la hipoteca constituida por dueño no podía inscribirse sin la previa inscripción del dominio, con lo que ya se reformaba el antiguo derecho que permitía que quien no fuera dueño hipotecase bienes, siempre que aprobase la hipoteca el verdadero dueño o adquiriese el hipotecante con posterioridad los bienes hipotecados.

Pasando a analizar el pensamiento de los autores y siguiendo más bien un orden cronológico que de método, comenzaremos por la exé-

(1) Ley 62, título III, libro 1.^o, Digesto.

gesis de los pensamientos anteriores al 61, de que tenemos noticia, aunque todo lo que a esta época se refiere más bien se dijo pensando en la hipoteca que en el dominio y demás derechos reales.

Tanto en los trabajos de codificación como en los legislativos del pasado siglo, si bien existen momentos en que resplandece la tendencia de fuerte influjo germánico bajo la sugestionante teoría de Sajonia, Lubeck, Baviera, etc., sin embargo no llega a cuajar la teoría constitutiva de la inscripción.

Entre los antecedentes de la codificación que conocemos figura el artículo 1.873 del Proyecto de Código civil de 1836, que dice: "Si se omitiere la toma de razón perderá el acreedor el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal." El espíritu de este artículo rezuma el valor constitutivo, a pesar de que en el 1.696 se había sentado el criterio de que la hipoteca se podía *constituir* "por la voluntad del dueño de la cosa, manifestándose aquélla bien sea por convenio o en disposición testamentaria" (1).

Don Bienvenido Oliver refiere que Domingo Ruiz de la Vega, vocal de la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos, en la sesión celebrada el 20 de octubre de 1843, hizo varias proposiciones relacionadas exclusivamente con el régimen de hipotecas, que fueron sintetizadas en los siguientes términos: "Para adquirir la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no basta el título adquisitivo, sino que se requiere absolutamente la toma de razón en el Registro público, desde cuya fecha data en todo caso el derecho real de hipoteca misma. De esta regla no habrá más excepciones que las que se expresan en el Código."

De esta propuesta partió D. Claudio Antón de Luzuriaga para proponer a su vez que los efectos constitutivos de la inscripción no debieran limitarse sólo a las hipotecas, sino extenderse a todos los derechos reales, y con tal mira fueron redactadas las Bases 50, 51 y 52, relativas respectivamente a las hipotecas, derechos reales en cosa ajena y transmisión de la propiedad. La primera de ellas era del siguiente contenido: "No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro público."

(1) Bienvenido Oliver y Esteller: *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892-1896; Apéndice 2.^º del tomo I.

Pero disuelta esta Comisión y nombrada la de 1846, bajo la presidencia de Bravo Murillo, de la que formaron parte Luzuriaga y García Goyena, se suscitó la histórica discusión sobre la manera de entender transmitida la propiedad, si por el título, como el Código francés, o con éste y la tradición, o sólo por la inscripción, de cuya discusión salió mal parada la tendencia constitutiva al darse a la Base 52 una nueva redacción, que comenzaba con la hipotecaria frase de "para que produzca efecto en cuanto a tercero...". Desde este momento pudiera decirse que comienza la clásica distinción entre partes y terceros.

En la legislatura de 1858, con ligeras modificaciones se presentó de nuevo la ley de Bases para la reforma hipotecaria. La Base primera del artículo primero decía: "Será obligatoria la inscripción en los Registros públicos de todos los derechos de cualquiera especie que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan, sobre bienes inmuebles o derechos reales:

El catedrático y diputado catalán Sr. Permanyer, refiriéndose a esta primera Base, pedía al Gobierno que aclarase el sentido de la misma, porque podía dársele dos sentidos diferentes. Decía que "puede ser obligatoria la inscripción, en el sentido de que sin ella todo derecho real será ineficaz contra terceros poseedores, y que sin ella no pueda ejercitarse la acción hipotecaria ni reclamación en juicio sin hacer esa inscripción; y puede también ser obligatoria en el sentido de que sin ella no haya siquiera hipoteca ni haya podido constituirse o empezado a existir el derecho." Para este jurisconsulto, la doctrina debiera inclinarse por el valor constitutivo.

Le contestó en nombre de la Comisión D. Francisco de Cárdenas. Ya en el año 1849, en un trabajo aparecido en la *Revista de Derecho Moderno*, de que era director, había expuesto una teoría acerca de la función de la inscripción en la hipoteca (1), basada en la doctrina romana y española, relativa al nacimiento de la misma.

Bajo la influencia de aquella teoría seguramente, y con el recuerdo de que en las Contadurías, la toma de razón era un simple requisito de oponibilidad, ya que los efectos se producían, no desde la fecha de inscripción, sino desde la del contrato, al contestar al señor Permanyer dijo lo siguiente: "Entre el sistema que declara que no

(1) Una parte de esta teoría la exponemos a continuación, y otra parte al referirnos a la hipoteca.

debe haber absolutamente ni hipoteca ni contrato, ni para los interesados ni para terceros, sino desde el momento de la inscripción, y el sistema que establece que hay no solamente contrato desde la inscripción sino desde la fecha en que él se celebra, existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura. Y la razón es obvia. Si hemos de atender a la equidad me parece indudable que desde el momento en que dos personas se obligan, quedan ambas obligadas, pero no sucede lo mismo respecto al tercero, que pueda tener algún interés en esa obligación, porque no le consta sino desde el momento en que se inscribe. Este es el sentido en que yo creo debería resolverse esta cuestión" (1).

En el trabajo que este autor publicó en el año 1849, a que antes aludíamos, con ocasión del principio de publicidad de los Registros, se expresaba en los siguientes términos: "La primera consecuencia que deducimos de este principio es que la toma de razón en el Registro hipotecario debe considerarse como una circunstancia tan esencial para que la hipoteca *obligue al tercero, que sin ella sea nula esta obligación*. De donde se infiere que así como las leyes no obligan sino desde el momento en que se publican, así también las obligaciones hipotecarias no tienen *fuerza ninguna respecto de tercero* sino desde la fecha en que se registran, y que desde ella deben contarse los plazos que tengan relación con la misma, tales como la prescripción y otros. Respecto a los contrayentes que prestan su consentimiento, subsiste en buen hora la obligación desde el momento en que la estipularon, o siendo legal la aceptaron; pero respecto al tercero, que nada puede saber hasta que la obligación esté registrada, no pueda ésta tener valor antes en buenas reglas de justicia" (2).

Desde luego, el resultado de la discusión entre Permanyer y Cárdenas fué que tomó estado legislativo el parecer de Cárdenas, pasando a la primitiva ley, en términos generales, en los artículos 23 y 25, con el sonsonete de que los títulos no inscritos no perjudicaran a terceros, y los inscritos perjudicaran desde la fecha de su inscripción; y para la hipoteca, en el artículo 146, bajo la redacción de "Para que

(1) Del *Diario de Sesiones del Congreso*.

(2) Francisco de Cárdenas: *Revista de Derecho Moderno*, año 1849, tomo VI.

las hipotecas voluntarias *puedan perjudicar a tercero se requiere.. "* la escritura pública y la inscripción.

Una vez promulgada la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, las más acaloradas discusiones debió originar la apreciación del valor jurídico de la inscripción, a juzgar por la literatura de la época, tanto en libros como en Revistas. Los que atacaron la inscripción lo hacían por considerarla una formalidad o una traba a la libertad de contratación de la propiedad, que chocaba con el espíritu independiente que había remozado el Código napoleónico. Pero también tuvo numerosos y elocuentes defensores.

Entre ellos merece recordarse a D. José Hernández de Ariza, que en su libro *Ley Hipotecaria* expuso con gran exactitud e insuperable elocuencia los más acertados símiles de la inscripción. Hacia ver cómo los derechos políticos, la propiedad científica, fabril o comercial, la invención, la obra literaria, la razón mercantil, la marca de fábrica; cómo también la Deuda pública, los libros del Erario, Bancos, Cajas de Ahorro, Sociedades de Crédito, de Seguros, de Socorros, etc., tienen su virtualidad en los registros de carácter administrativo, y todos ellos desde la fecha de la inscripción producen efectos.

Sin gran esfuerzo, por el gran peso de sus razonamientos, hacia ver también cómo todo lo que afecta a la personalidad depende de los Registros, de tal modo que no podría concebirse la supresión de los mismos sin que la Humanidad se convirtiera en un caos, e hizo ver cómo los tres momentos más trascendentales de la vida del hombre tenían su apoyo y trascendencia jurídica en los Registros al decir: "El nacimiento, el matrimonio, la defunción, los tres grandes sucesos de la vida del hombre .. no se apoyan en otro testimonio ni han menester de otra justificación que la de los Registros parroquiales."

Pero todavía hizo otras consideraciones de mayor agudeza de ingenio, que pusieron de manifiesto la gran distancia que existe entre un documento y un asiento registral, y al mismo tiempo la verdadera importancia y valor de la inscripción.

Para el Sr. Hernández Ariza, la inscripción es el único medio posible de acreditar la subsistencia de los derechos reales en el patrimonio de quien muestre un título adquisitivo del mismo; para este autor, la inscripción viene a ser la fe de vida de los derechos reales. Y, en efecto, tal papel desempeña, porque el título adquisitivo o documento que contenga el derecho, por muy irréprochable que sea, sólo

sirve para justificar que se adquirió un derecho, pero no sirve para justificar que lo conserva. Tan elocuente defensor de la inscripción registral decía así: "entre el título adquisitivo y el que necesita para transmitir o hipotecar la propiedad, hay la misma diferencia que entre la fe de bautismo y la fe de vida; no basta que naciese el derecho; es indispensable hacer constar que subsiste íntegro, o las modificaciones que haya sufrido" (1).

En aquella época, entre otras Revistas había la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, y la *Revista Hipotecaria*, a las que nos hemos de referir, porque en ellas consta una fuerte polémica acerca del valor de la inscripción entre Telesforo Gómez, que escribía en la *Revista General*, y Manuel Fernández Martín, que era director de la *Revista Hipotecaria*, en cuya polémica terció Hermenegildo María Ruiz.

Telesforo Gómez decía (2) que la inscripción es "la causa creadora del derecho real", y que "no es solamente el asiento en el Registro, sino una parte integrante del derecho real, o más bien su esencia constitutiva, puesto que es el alma que da vida y nombre, y sin la que no subsistiría", y la llamó "savia vivificadora del árbol de los derechos reales", si bien en otro pasaje afirma que "la inscripción es una formalidad en favor del adquirente, independientemente del que transmite o grava."

Como se observa, la tesis de Telesforo Gómez es una reproducción de la que expuso Luzuriaga en sus primeros años de legislador, si bien en el último párrafo transscrito admite el nacimiento extraregistral de los derechos reales. Pero a pesar de ello, se alzó en contra Manuel Fernández Martín, que decía: "La inscripción sólo tiene por objeto hacer público el estado civil de la propiedad; pero de esto a que es la esencia constitutiva del derecho real, y sin la que no subsistiría, hay una diferencia inmensa, que se salva con un conocimiento exacto de lo que es el derecho real, de las fuentes de donde nace, de su naturaleza esencial." y añadía, que el derecho real debe "su existencia al acto de la tradición".

Ante este dualismo, Hermenegildo María Ruiz, terció para decir que no compartía ni uno ni otro criterio, exponiendo: "La adquisición

(1) José Hernández de Ariza: *Ley Hipotecaria*, 1861, tomo I.

(2) Telesforo Gómez: *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, año 1862, tomo XX.

del dominio y de los derechos reales, reconoce dos causas: el título y el modo; el primero, que es la causa remota, y el segundo, que es la causa próxima. Por el primero se obliga la persona y se constituye el derecho *ad rem*, y por el segundo se sujetan las cosas constituyéndose el derecho *in re*; pero este último no crea por si sólo ese derecho, sino que depende del primero, viniendo a ser su complemento. De modo que el derecho existe desde que hay título, aunque sólo a la cosa, y sin el título no existe ni puede existir derecho a la cosa ni en la cosa. El título crea, y el modo realiza; sin éste puede haber derecho; sin aquél es imposible. Ahora bien; no siendo la inscripción uno de los modos que el derecho reconoce, y siéndolo menos, si cabe, la tradición, ni una ni otra pueden ser causa creadora del derecho real. La tradición es el modo de transmitir el derecho preexistente; la inscripción en el Registro es el medio de asegurarlo contra la usurpación; pero de esto a ser una u otra la causa generadora del derecho, hay una distancia inmensa."

Puso término a la polémica el mismo que la motivó empleando en defensa de su tesis ejemplos y consideraciones, que si bien no encajan dentro de un rigor científico, son, sin embargo, contundentes, pues reflejan el resultado práctico de la aplicación del derecho registral con tal realismo, que nos da la sensación de hallarnos en presencia de aquellos óleos, de deficiente técnica, pero tan llenos de vitalidad, que acaban por convencer, o al menos dejar en suspenso el ánimo para una inmediata resolución o fallo.

Telesforo Gómez, contestando al Director de la *Revista Hipotecaria* decía que cuando se ocupa de la Ley Hipotecaria, lo hace acomodando su lenguaje al objeto de la ley, o sea a los terceros, y expuso la siguiente teoría: "la inscripción sin el tercero es una causa sin efecto, puesto que aquella es únicamente para éste, y sin él sería innecesaria. Hablar, pues, de la inscripción sin referencia a terceros es contrariar su significado y no usar con propiedad el lenguaje correspondiente". Y para demostrar que la inscripción es *causa generadora del derecho frente a terceros*, puso el siguiente ejemplo: A vende a B la finca X; B no inscribe su derecho; más tarde A vende a C, que inscribe. La solución del ejemplo, por aplicación del artículo 34 de la ley primitiva, es que B sólo tiene acción personal contra A, ya que los derechos inscritos no se pueden invalidar o contrarrestar en su choque con los no inscritos.

La argumentación del dicho autor fué como sigue: ¿De qué le ha servido a B su cacareado derecho real, o qué clase de derecho es ése tan limitado y tan impotente, que no sigue a la cosa donde quiera que se encuentre? Si la inscripción no fuera la causa creadora del derecho real del tercero C, B sería el dueño de la finca, puesto que había sido comprador anterior, y no hay otra diferencia entre ellos que la de que aquél inscribió su derecho y éste no. ¿Cuál es la causa de que C pueda perseguir la finca donde quiera que se encuentre y no sea despojado de ella por nadie? La inscripción, que es la circunstancia que posee C, y no tiene B. Y si aún esto no basta, cambiemos los papeles, y B es el comprador inscrito, y C un tercero sin inscribir, ¿podrá ahora C arrancar la finca a B? De ningún modo. ¿Cuál es, pues la razón o causa de que un caso C sea el dueño de la finca X y el otro no? La inscripción, puesto que es la única circunstancia que diferenciando a un caso de otro le diferencia también de *derechos*. Siendo, pues, la inscripción la que da facultad para reclamar la cosa de cualquier poseedor, que es uno de los principales atributos del dominio, es indudable que la inscripción es la causa generadora del derecho real. Y esto no lo hemos dicho sólo nosotros: lo ha dicho también la Comisión en su Exposición de Motivos al manifestar que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se consideran constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro."

Para no dejar de ofrecer el pensamiento de uno de los más ilustres romanistas de la época, reproducimos también unos párrafos de don Pedro Gómez de la Serna publicados en el año 1863 (1).

Decía así el autor de la Exposición de Motivos de la Ley del 61: "En la constitución de todos los derechos reales sobre bienes inmuebles se requería por la legislación posterior a las leyes recopiladas la inscripción; una y otra vez se ha repetido el precepto; se han señalado términos que se han llamado improrrogables, pero que por una singular contradicción se han ido indefinidamente prorrogando. Según esto, el que no inscribía los actos anteriores quebrantaba la ley, y no podía hacer valer su derecho si antes no subsanaba la falta, y esto incurriendo en las penas pecuniarias que las leyes fiscales tenían establecidas. La nueva Ley es mucho menos exigente en este punto que la

(1) Pedro Gómez de la Serna: *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, 1863, t. 23, pág. 101.

legislación antigua ... No ha declarado ineficaces los derechos que *nacen de los actos o contratos que no han sido inscritos; los considera, por el contrario, siempre válidos y eficaces entre los que lo celebraron.*"

Nada decimos ahora de la reforma del Código civil, que expondremos al referirnos a la hipoteca, para seguir analizando el parecer de los autores.

Para D. Bienvenido Oliver, la inscripción tiene valor constitutivo; al menos así se desprende de la frase transcrita por D. Jerónimo en *Principios Hipotecarios* (1), cuya frase dice así: "Expondré la doctrina de la Ley Hipotecaria contenida principalmente en los cuatro primeros títulos de la misma y confirmada por el Código civil, sobre la inscripción considerada como *único modo absoluto* de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos sobre cosas inmuebles."

Por el contrario, D. Eduardo Pérez Pujol, en la carta que dirigió al Sr. Oliver en el año 1893, y que reproduce D. Jerónimo en su aludida obra *Principios* (2), no se nos muestra como partidario del valor constitutivo, al que considera como una *invasión del Estado en el terreno del Derecho civil*, sino como partidario de la teoría de Cárdenas, expuesta en el Congreso, a la que considera, no como una *componenda ecléctica*, sino como un verdadero *principio* de la ley.

A los fines de este trabajo, sólo reproducimos de la carta los párrafos alusivos al valor de la inscripción, remitiendo al lector a los comentarios que de la carta hace D. Jerónimo.

Don Eduardo Pérez Pujol decía así: "... La publicidad por medio del Registro tiene verdaderamente fuerza sustantiva *para hacer nacer la obligación general negativa de los terceros*—dice muy bien nuestra Ley Hipotecaria—de los no otorgantes del acto inscrito, de los no ligados con obligación personal positiva, y esto es perfectamente justo desde que el Registro es accesible al público, o por lo menos a todo interesado. Pero si la publicidad germánica entraña el principio sustantivo de la obligación general, de modo que el acto inscribible no sea válido sino mediante la inscripción (Permanyer), y con tal validez que haga legítimo un acto nulo, el principio de publicidad, en el sentido de obra del Derecho público, de invasión del Estado en el terreno del Derecho civil, concluye con una injusticia, la de confiscar

(1) Don Jerónimo González Martínez: *Principios Hipotecarios*, 1931, página 142.

(2) Idem: ídem, págs. 114 y sigs.

una obligación personal, justa y legítimamente constituida, sin provecho de nadie, sólo por una razón, más aparente que sólida, de origen público. El término medio propuesto por el Sr. Cárdenas, que no es compónenda ecléctica, sino una síntesis atinada y completa de los elementos que entran en el derecho real, es el principio en que se funda nuestra Ley Hipotecaria, que aun cuando se ha explicado en forma casuística, obedece rígidamente a ese principio."

El Sr. Martínez Pardo, verdadero impulsor de la reforma hipotecaria de 1909, inspirada sin duda en los artículos 891 del Código civil alemán y 937 del suizo, se expresaba en los siguientes términos: "La inscripción no debe convalidar los actos nulos o falsos, pero mientras subsista, ínterin los Tribunales no la hayan anulado mediante la solemnidad de un juicio declarativo, debe surtir forzosamente todos sus efectos e imponer por sí misma el imperio del estado jurídico de que es proclama y garantía" (1).

Veamos ahora lo que dijo D. Jerónimo en sus *Principios Hipotecarios*.

Al emitir juicio sobre la época de 1861, al mismo tiempo que declara que "la técnica de la adquisición del dominio quedó en un estado nebuloso, y mientras en los preceptos de la Ley Hipotecaria, la inscripción aparecía por un lado como prácticamente necesaria para ejercitar acciones procedentes del dominio y derechos reales, y de otro como condición indispensable para que se entendiesen adquiridos, transmitidos o extinguidos de un modo perfecto y absoluto, o sea en cuanto a tercero, no faltaban textos en la Exposición de Motivos que la considerasen como una operación subalterna y formal..", reconocía, en cambio, la subsistencia de "los modos de adquirir clásicos con el juego decisivo en algunos momentos de la posesión, pero subordinando la materia a las declaraciones del Registro cuando surge una persona (tercero) que por él deba ser protegida"; y al comentar que después de puesta en vigor la ley no existía un concepto unitario del dominio, afirmaba que la única propiedad perfecta es la inscrita.

Con esta afirmación y la de la subordinación de los derechos civiles a las declaraciones del Registro, D. Jerónimo viene a reconocer que la inscripción robustece los derechos nacidos extraregistralmente otorgándoles la facultad *erga omnes*.

(1) D. P. Higueras: *La reforma de la legislación hipotecaria*, tomo I, 1909; Prólogo de D. Pablo Martínez Pardo, pág. xxvi.

Cuando se refiere a la reforma de 1909, hace distingos respecto de la existencia de un grupo de derechos que producen efectos *erga omnes* aunque no se hallen inscritos (1), para los cuales la inscripción es sencillamente declarativa, y respecto de la transferencia del dominio, constitución de derechos reales y modos de perder el dominio o extinguirse los derechos reales.

En cuanto a la transferencia del dominio reconoce la necesidad de la tradición en cualquiera de sus clases, pero admite que, "cuando no exista los problemas se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones", y añadiendo inmediatamente que la inscripción del título adquisitivo "transformará la situación obligatoria en real", dando a entender que si hay tradición, la inscripción será declarativa, y si no la hay, será constitutiva.

Aunque *a priori*, no se sabe si esa inexistencia de tradición a que se refiere, es respecto del dominio o respecto de los derechos reales en cosa ajena, se ve que alude al dominio, ya que de los derechos reales trata en párrafo aparte, y además, porque cree ver en el último párrafo del artículo 1.473 del Código civil un caso de adquisición de propiedad sin tradición.

Por lo que afecta a los derechos reales distintos del dominio, expone que algunos de ellos nacen sin tradición (2), y respecto de ellos nos dice que así como para la hipoteca la inscripción es constitutiva siempre, en cambio para los demás supuestos "hay que examinar a la luz de la especial técnica de la adquisición en litigio la situación jurídica extrahipotecaria para saber si nos hallamos o no en presencia de una inscripción declarativa" (3). Con esto parece que quiere decir o dar a entender también que si la inscripción hace el papel de una tradición, la inscripción es constitutiva, pero si esos derechos reales

(1) Son los derivados de la Ley, la sentencia judicial, el decreto administrativo; como las herencias, adjudicaciones de bienes en los regímenes matrimoniales que adjudican a uno de los esposos las adquisiciones o aportaciones del otro, las sentencias que reconocen una situación inmobiliaria o adjudican esta clase de bienes, los expedientes de expropiación forzosa y las concesiones administrativas. (Relación hecha por D. Jerónimo en *Principios*, página 124).

(2) Como el usufructo, que puede nacer por la Ley, voluntad o prescripción; las servidumbres continuas y aparentes de los artículos 537 y 539, que se pueden adquirir por prescripción; las continuas no aparentes y las discontinuas, que sólo se adquieren por título; el censo enfitéutico, que sólo se adquiere por escritura. (Resumen de D. Jerónimo, de *Principios*, pág. 130.)

(3) Idem, pág. 133.

habían tenido nacimiento legal, según los presupuestos civiles, entonces la inscripción es declarativa.

El mismo criterio sostiene en cuanto a los modos de perderse el dominio o extinguirse los derechos reales, ya que entiende que, si la extinción se opera por ministerio de la ley, la inscripción es declarativa, y si se produce por voluntad de los interesados, es constitutiva.

En los problemas b, c y d planteados por el maestro, no quedamos convencidos del valor constitutivo de la inscripción en los casos que apunta. En los supuestos b) creemos que no hay transmisión de dominio con arreglo al Código civil, y, por tanto, que no hay derecho real, sino el título de una obligación no inscribible; en los supuestos de la letra c) o derechos reales sin tradición, si efectivamente son derechos reales, no los crea el Registro, y la inscripción respecto de ellos tendrá la misma función que para los otros derechos reales, y si no son derechos reales no podrán ser objeto de inscripción, y lo mismo procede decir en los supuestos de la letra d).

En estos supuestos b, c y d, y en vista de los ejemplos que puso el maestro, nos hallamos, según nuestro modo de ver, en presencia de derechos reales nacidos según las normas del Derecho civil (salvo el caso de la hipoteca) y a los que la inscripción, en vez de darles una mera publicidad o de darles el nacimiento como si fuera la tradición de los mismos, lo que realmente hace es darles un robustecimiento jurídico con el que puede oponerse y perjudicar a todo el mundo. Esta facultad robustecedora de la inscripción, o valoración confirmatoria, debía estar latente en el ánimo del llorado maestro, no sólo porque buscó su justificación en el papel de la tradición, sino porque aunque en otra de sus páginas niega a la inscripción el valor de cosa juzgada, en otras opinaba también que "es una condición necesaria, mas no suficiente, para la *modificación* de una situación inmobiliaria *erga omnes*"; que "es un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles; y que si bien no existe un concepto unitario del dominio, la única propiedad *perfecta* es la inscrita, dando a entender, que a su lado existe otra propiedad, la civil, que puede ser objeto de resoluciones según lo que proclame el Registro. A nuestro juicio, esta resolución cabe también en los supuestos de la letra a).

En resumen: para nosotros, todas las distinciones del maestro, a los efectos de la valoración de la inscripción, revelan que veía en el

asiento de los Registros algo más que una simple publicidad o declaración de derechos ya creados; pero que no habiendo hallado el valor convalidante de Ángel Sanz, creyó que ese algo más que daba la inscripción a los derechos era el papel de la tradición, y por eso se inclinó por la valoración constitutiva en determinados casos.

Algo parecido hemos de decir de Roca Sastre cuando empieza a hacer distingos valorativos (1).

Para tan esclarecido hipotecarista, en términos generales, la inscripción es siempre declarativa, salvo tratándose de la hipoteca, que es constitutiva. Pero también hace apreciaciones desde los siguientes puntos de vista: a), según el artículo 313 de la vigente Ley Hipotecaria; b), según la inscripción del adquirente; c), por la del transferente, y d), según el principio del trato sucesivo.

Desde el punto de vista a) nos viene a decir que la inscripción tiene un valor constitutivo con más alcance que el de los Códigos civiles alemán y suizo, ya que el artículo 313 lo mismo es aplicable a los negocios jurídicos que a los actos sin tradición, como las herencias, y en consecuencia los organismos y funcionarios "podrán estimar que una sucesión, una compraventa o cualquier otro título adquisitivo de propiedad que no haya sido objeto de inscripción, haya operado transmisión alguna a favor del heredero, comprador o adquirente, aunque en la realidad jurídica dicha transmisión se haya operado". Pero también antes de haber redactado lo copiado, había escrito que ese artículo 313 equivale a afirmar que los documentos no registrados "no despliegan plenos efectos hasta que figuren inscritos", lo que equivale a decir que, si bien la inscripción no hace nacer los derechos, sin embargo, les confiere algo que jurídicamente se traduce en la efectividad *erga omnes*.

Para los supuestos b) y c) niega el valor constitutivo de la inscripción, incluso para la doble venta, basándose en la tesis por nosotros mantenida, de que todos los derechos reales nacen fuera del Registro, y que en los Registros sólo se inscriben derechos reales. Por eso dice que "en nuestro sistema no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que del título aparezca cumplido el requisito de la tradición", y que "existiendo ésta, sobra la inscripción como medio operativo de la transmisión, pues ésta ya la ha efectuado la

(1) Roca Sastre: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1947, tomo I, páginas 135 a 145.

tradición resultante del título inscribible". Pero después de esto, que es la proclamación del valor declarativo, añade para el caso b) que la inscripción no debe concebirse como simple requisito de oponibilidad, sino como una circunstancia que, en unión de otras, sirve para formar el tercero hipotecario; y respecto del caso c), o inscripciones a favor del transferente, nos dice que por tales inscripciones no se trata de favorecer a tercero, sino de proteger a todo titular registral. Como se ve, lo que realmente nos demuestra es que la inscripción añade un nuevo valor al derecho extrarregional.

Y respecto del caso e) o trácto sucesivo, dice que, en el supuesto que el vendedor no fuera dueño inscrito, no es necesaria la previa inscripción antes o en el momento de otorgar la escritura, sino que "es suficiente que conste como tal titular al pretender la inscripción de la transferencia", porque si imperara otro sistema o se dijera que sólo el titular registral está legitimado para disponer, entonces la previa inscripción del transferente tendría valor constitutivo.

Tan eximio romanista e hipotecarista termina su estudio valorativo de la inscripción afirmando que después del artículo 313 de la ley, la inscripción no es constitutiva, sino solamente precisa "para el normal ejercicio de una de las facultades del dominio." Se refiere a la facultad dispositiva, talismán que nos convierte en señores frente a todo y ante todos.

Jiménez Arnau atribuye a la inscripción en general la facultad de conceder al derecho nacido la plenitud de efectos, preferencia en concurrencia con otros derechos y una purificación de los vicios adquisitivos del causante. Dice así: "Es un asiento principal que se practica en los libros del Registro y que produce el nacimiento de un derecho real, o concede al ya nacido la plenitud de efectos, otorgando al dueño la facultad de disposición registral, concediéndole una protección posesoria y una preferencia cierta sobre los derechos de otros titulares en concurrencia, y sustrayendo su adquisición de los vicios que pudieran dañar la de sus causantes" (1).

Según el Catedrático de Derecho D. Alfonso de Cossío y Corral, la inscripción, "salvo raras excepciones, no sólo no es necesaria para constitución de los derechos, sino que exige, para poder practicarse, que éstos se hallen ya anteriormente constituidos"; pero aclara su concepto

(1) Jiménez Arnáu: *Tratado de Derecho hipotecario*, tomo I.

diciendo "que los asientos registrales, unas veces constituyen y otras declaran simplemente las relaciones jurídicas reales; pero en uno y otro caso añaden a éstas una serie de efectos y ventajas de que sin la inscripción carecerían, ventajas y efectos que no sólo afectan a terceros, sino incluso a las mismas partes. La inscripción, pudiéramos decir, viene a completar el proceso transmisivo, dotando al derecho creado de la plenitud de efectos posibles (1).

Otro profesor de Derecho, D. Ignacio de Casso y Romero, aunque parece que tiene preferencia por el valor constitutivo para la inscripción en general (2), nos dice que, aunque los derechos hayan nacido extraregistralmente, su eficacia depende de la inscripción; y nos explica "que el presupuesto de inscripción quiere decir que solamente producen eficacia los derechos reales inscribibles cuando efectivamente *hayan sido inscritos*, aun cuando ya existieran o estén constituidos por negocio jurídico obligacional. Y lo mismo su transferencia, modificación o extinción" (3).

También vamos a resumir lo poco que Rafael Núñez Lagos ha dicho sobre esta cuestión en su folleto "Realidad y Registro". Prescindimos, desde luego, de lo que dice de la inscripción alemana para recoger que, a su juicio, la inscripción del sistema español es declarativa, salvo las "*a non domino*, convalidadas por la *fides in beneficio* del tercero hipotecario del artículo 34, en cuyo supuesto la inscripción es un modo de adquirir"; que la exigencia de la inscripción para la hipoteca "es problema que pertenece al capítulo de la forma de los negocios jurídicos materiales, y no al principio de inscripción"; y que "no hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre la eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real, porque la eficacia se deriva en ambos supuestos del TÍTULO INSCRITO a través del asiento, pero no directamente del asiento" (4).

Sin recoger, por ahora, lo que dice de las adquisiciones *a non domino*, para dejarlas cuando de estas adquisiciones me ocupe más adelante, lo que sí recojo y hago mías son las frases y conceptos relativos a la hipoteca y demás derechos reales, porque yo también entiendo que la eficacia *erga omnes* de una hipoteca, un derecho real, o una

(1) Alfonso de Cossío y Corral: *Lecciones de Derecho hipotecario*, 1945.

(2) Ignacio de Casso y Romero: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1946, pág. 107.

(3) Idem, pág. 103.

(4) Rafael Núñez Lagos: *Realidad y Registro*, 1945, pág. 9, nota 1.

propiedad, dependen del TÍTULO INSCRITO, esto es, del título con la confirmación registral, y no solamente de aquél o de éste (en cuanto a la propiedad inscrita).

En las columnas de esta Revista ha aparecido una selecta y profunda literatura, debida a las plúmas de F. Oliete (1), Julián Abejón (2), A. Ventura González (3), Bartolomé Menchen Benítez (4), Rafael Chincilla Rueda (5), Carlos Aguilar (6), y Manuel Villares Picó (7), de cuyos trabajos se desprende siempre la idea de que a los derechos extraregistrales nacidos les añade algo la inscripción y terminamos esta larguísima lista de autores con Angel Sanz, quien según lo que tengo leído, es el que ha referido públicamente el valor conformativo o convalidantes de la inscripción como término medio entre las valoraciones constitutiva y declarativa.

Pelayo Hore ya había dicho que la clasificación tradicional debía sustituirse por la de inscripciones, declarativas, constitutivas y conformativas, pero sin determinar el concepto de esta última especie (8).

Angel Sanz, refiriéndose a las reformas hipotecarias de 1944 y 1946, dice que, "restableciendo y aun reforzando el sistema de 1861, dan plena consagración al sistema de inscripción *convalidante*, de tipo *intermedio*, que presta a las inscripciones normalmente un valor declarativo, y en algunos supuestos constitutivos del derecho real (9), y aunque hace singularmente estas apreciaciones valorativas, su verdadero ideario queda reflejado con las siguientes palabras: la inscripción "es el elemento *convalidante* de la adquisición, que presta a ésta plena eficacia *erga omnes* y absoluta seguridad jurídica" (10).

En todos los autores de que hemos transscrito párrafos, en todos, sin excepción alguna, he observado dos apreciaciones comunes: una de ellas, que la inscripción de los derechos que nacen extraregistradamente no es simplemente declarativa, sino que añaden un valor des-

(1) F. de Oliete: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1925, tomo I, pág. 492.

(2) J. Abejón: ídem, 1933, tomo IX, pág. 659.

(3) A. Ventura González: ídem, 1934, tomo X, pág. 108.

(4) Bartolomé Menchen: ídem, 1940, núm. 147, pág. 479.

(5) Rafael Chinchilla: ídem, 1943, núm. 183, pág. 489.

(6) Aguilar: ídem, 1945, núm. 209, pág. 684.

(7) Manuel Villares Picó: ídem, 1945, núm. 210, pág. 740.

(8) Angel Sanz: *Instituciones*, 1947, tomo I, págs. 239, párrafo segundo de la nota 21.

(9) Idem, pág. 244.

(10) Idem, pág. 250.

pués registrado, y la otra, que ese valor es precisamente el de su eficacia *erga omnes*.

Nos toca analizar ahora los casos singulares a que la doctrina y los autores atribuye un nacimiento por la inscripción, como son la hipoteca, adquisiciones a *non domino*, doble venta, arrendamientos y opción.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS
Registrador de la Propiedad.