

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Agosto de 1943

Núm. 183

Breves reflexiones sobre el dogma de la inscripción ⁽¹⁾

El principio llamado de la inscripción es uno de los más importantes dogmas registrales. A través de su realización se consigue lógica y cumplidamente esa garantía de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario que se nos ofrece como el fin primordial que persiguen los modernos sistemas de publicidad. Si el Registro de la Propiedad es el órgano ejecutivo del nuevo régimen jurídico inmobiliario, para que este órgano desarrolle su función eficazmente es indispensable atribuirle como primera y esencial facultad la de someter a la esfera de su específica soberanía a ese tráfico inmobiliario, para garantizar y fortalecer el cual ha sido creado. Todo el comercio jurídico sobre inmuebles ha de proyectarse sobre el Registro; debe verse reflejado a través de la registración, entendida en su técnico concepto de expresión formal y auténtica que en los libros del Registro existe de aquellos hechos jurídicos que son generadores de la constitución, modificación, transmisión o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Cabe, pues, en consecuencia, la siguiente formulación racional del principio de inscripción en su más abstracta consideración de dogma: *la inscripción es un presupuesto necesario del tráfico jurídico inmobiliario.*

Sabido es que el moderno Derecho inmobiliario es una rama del Derecho civil cuyo contenido lo integran adecuadas medidas de se-

(1) Pese a la abundante literatura que sobre el tema se ha producido, en gran parte recogida por las ilustradas páginas de REVISTA CRÍTICA, es muy cierto que su relevante y trascendental importancia le hace en cualquier momento de una elocuente actualidad. A mayor abundamiento, la Prensa diaria recoge y comenta estos días plausibles ansias renovadoras de nuestra legislación inmobiliaria, entusiastamente alentadas desde el Ministerio de Justicia. Ello nos mueve a estas breves reflexiones sobre tan interesante problema, harto conocido aunque no estudiado exhaustivamente

guridad y protección al comercio sobre inmuebles. Sólo comprende las manifestaciones biológicas de los derechos reales inmobiliarios. Sus normas se refieren a los bienes inmuebles sólo en cuanto son objeto de tráfico. Por ello, si el tráfico jurídico, en sí mismo considerado, tiene su ordenamiento adecuado en el Derecho civil, y el Derecho registral inmobiliario no tiene más finalidad que asegurar este comercio sobre inmuebles, rodeando los actos y negocios que lo integran de eficaces garantías, fácil es comprender que la registración se nos ofrezca en los regímenes de publicidad como la última fase de las operaciones que dan existencia efectiva a una relación jurídica patrimonial.

En el desarrollo técnico del principio sobresale como nota esencial el carácter constitutivo de la inscripción. Ella es elemento integral del proceso enajenativo de inmuebles. De un modo definitivo nos ofrece la pública garantía de existencia de una relación jurídica inmobiliaria. Sin que la inscripción en el Registro se produzca, no se entiende perfectamente lograda la transmisión de bienes, sea cual sea el acto o causa generadora de tal mutación o cambio. De ahí el trascendental valor de la inscripción y sus naturales efectos jurídicos, consagrados por la técnica a través de dos fuertes presunciones registrales: las de legitimación del derecho inscrito y de fe pública registral, que algunos elevan a la categoría de principios informantes del sistema.

Pero esta valoración lógica del principio de la inscripción no es bastante por sí sola para decidir una orientación legislativa. Sería desacertado que el ordenamiento jurídico pretendiera valorar el alcance y efectos de la inscripción sobre una base exclusivamente racional. La Ley es un ordenamiento de la razón, pero logrado por vía inductiva. Siempre ha de ser respetuosa con la exacta observación de la realidad. Ir contra ella o desconocerla sería el error más destacado de cualquier disciplina. Por ello, el tener presente cómo se desenvuelve en la realidad el tráfico inmobiliario es punto concreto cuya observación nos impone una prudente reflexión sobre la materia.

Si observamos detenidamente cualquier relación jurídica patrimonial, veremos que el fenómeno de la mutación o cambio de bienes que caracteriza su contenido económico se nos ofrece como el último momento de todo el complejo hecho transmisorio. Desde la clásica teoría del título y el modo hasta la moderna germánica, que considera la transmisión como un contrato abstracto, es casi unánime el criterio que ve en toda adquisición derivativa de bienes la coincidencia de dos momentos bien diferenciados, el acuerdo de transmisión y la entrega de

la cosa. Y la entrega, ese último jalón del fenómeno transmisorio, puede ser provocada de dos maneras:

- a) Por una manifestación de voluntad.
- b) Por ministerio de la Ley.

En el primer grupo hemos de considerar comprendida la masa copiosa de los llamados negocios jurídicos, de aquellos actos en los que la manifestación de voluntad tiene por sí misma la fuerza suficiente para provocar y decidir la transmisión. A ella se llega como efectiva realización de un cambio patrimonial que la voluntad del sujeto provoca, como el efecto jurídico apetecido y al que se concede la adecuada protección por el derecho objetivo. Por ello, no hay dificultad técnica alguna que impida afirmar que la inscripción es el requisito formal que en definitiva exige el ordenamiento jurídico para que la transmisión se entienda consumada. La inscripción se nos ofrece así como un típico valor constitutivo, como requisito legal determinante de la transmisión que proclama *erga omnes* la existencia de un acto transmisorio perfectamente consumado.

En las relaciones jurídicas patrimoniales en las cuales se opera el cambio de bienes por ministerio de la Ley, el fenómeno de la transmisión se produce de modo diferente. Al tráfico jurídico se llega con ocasión de satisfacer necesidades económicas que son las que en definitiva inspiran el trueque o cambio de valores. Ellas son las que provocan en la voluntad de los sujetos la variada y abundante serie de los negocios jurídicos. Pero a veces un principio de interés público determina que la apropiación de bienes y valores sea efectiva, con independencia de la fuerza motivadora de las manifestaciones de voluntad, sin esperar a que los requisitos formales y técnicos exigidos por el ordenamiento decidan frente a terceros el fenómeno de la transmisión. La sucesión hereditaria, los decretos judiciales, las resoluciones administrativas y los pronunciamientos legales son, indudablemente, causa o razón jurídica que puede provocar una transmisión de bienes, y ello con tal fuerza, que por ministerio de la Ley se entiendan decretadas independientemente de cualquier requisito formal de publicidad. Un principio de interés público ampara la realización efectiva de la transmisión, y el hecho lleva en sí mismo energías suficientes para tener por consumada la misma. Pero bien se advierte que si tales actos jurídicos llevan en sí, por ministerio de la ley, energías suficientes para provocar y consumar la transmisión de bienes, ello sólo tiene pública manifestación de existencia entre los sujetos intervinientes en la nueva relación jurídica pa-

trimonial creada. Los terceros, esa masa social anónima que como sujeto pasivo viene obligado a respetar el ejercicio de los derechos reales y a los cuales alcanza la natural trascendencia de toda situación jurídica real, no puede tenerse por notificada de la transmisión realizada. Falta, en tales casos, el medio técnico adecuado de pública notificación al cuerpo social. Y la inscripción se nos ofrece, entonces, como una inmediata necesidad que impone y hace sentir el principio cardinal de la publicidad registral inspirador de todo el tráfico inmobiliario. De donde se concluye que sea cual sea el elemento informante de la transmisión de bienes, la *inscripción es necesaria siempre*, como presupuesto técnico del tráfico jurídico inmobiliario.

En el Derecho inmobiliario alemán, de un tradicional apego al principio de la inscripción, se distingue ésta en sus dos consabidas categorías de constitutiva y declarativa, que, respectivamente, corresponden a la constatación de actos jurídicos reales que devienen provocados por las dos fuerzas motrices de toda adquisición de bienes: la voluntad y la ley. La inscripción se llama *constitutiva* ante fenómenos jurídicos frente a los cuales la manifestación de voluntad es la fuerza creadora de la transmisión, y que en sí misma lleva energías suficientes para que la mutación o cambio patrimonial sea lograda. Ella equivale a la tradición o entrega. Pero cuando no sea así, cuando la manifestación de voluntad no sirve más que para provocar que la fuerza expansiva de la ley actúe, entonces el cambio patrimonial se opera porque un principio de interés público inspira el fuerte pronunciamiento legal, y la inscripción en tal caso se llama *declarativa* porque su natural efecto es la pública notificación de existencia de una relación jurídica patrimonial ya consumada por ministerio de la ley.

Nosotros entendemos que tal aplicación del principio de inscripción es de un rigorismo técnico exagerado. Sin negarle su efectivo interés, no podemos conceder un valor absoluto a tales apreciaciones. Dentro de nuestro general ordenamiento, es evidente que el dogma de la inscripción puede ser concebido y aplicado en forma técnica diferente.

Para la técnica alemana, que ha llegado a distinguir con cierto radicalismo los negocios obligacionales de los de disposición, hasta el punto de que el hecho de la transmisión es considerado como un negocio abstracto que, cuando lo motiva una manifestación de voluntad, plasma en el llamado acuerdo o contrato real (*Einigung*), expresión auténtica del consentimiento para la inscripción registral, fácil es admitir la existencia de la inscripción constitutiva entendida como requisito

o elemento integrante, estructural u orgánico de la transmisión. Pero si observamos el fenómeno libres de prejuicios, despreocupados del atractivo que nos despierten originales construcciones jurídicas, hemos de advertir que la inscripción registral es elemento ajeno al fenómeno transitorio, que ella sólo es una medida de seguridad concebida exclusivamente como instrumento técnico al servicio de un régimen jurídico de publicidad en las transmisiones. La inscripción pertenece a la disciplina registral, cuyo fin es garantizar con adecuadas medidas de seguridad todo el tráfico jurídico inmobiliario. Los fenómenos de transmisión de bienes se reflejan a través de los asientos registrales una vez perfeccionados como actos o negocios del comercio. En el propio tráfico nacen y adquieren sus peculiares características de viabilidad, y sólo cuando su existencia es un hecho cierto y consumado se proyectan sobre el Registro. Por ello, a nuestro modo de ver, aceptando la técnica expresión germánica ya tan extendida y arraigada, la inscripción es siempre *constitutiva*, sea cual sea el elemento informante de la transmisión, pero entendiendo el concepto como equivalente de *necesaria* para que el requisito de la publicidad, inherente al tráfico inmobiliario, sea cumplido. Esto es, que *la inscripción se entiende constitutiva de la absoluta eficacia de la transmisión*. Ella concederá al dueño la plena y eficaz titularidad de disposición y a su vez servirá de pública notificación al Cuerpo social de que una situación jurídica real ha sido perfectamente consumada.

La realidad impone este razonamiento. Porque por fuerte que sea el imperativo legal, el fenómeno de la tradición, en cuanto expresión técnica del desplazamiento de la posesión, lleva inherente a su tangibilidad la fuerza de la evidencia, de lo que entra por los ojos. En efecto, A vende a B una finca y no inscribe, pero media tradición y B entra en posesión del inmueble comprado. La operación no está perfectamente terminada, le falta el cumplimiento de un requisito legal de forma, elevado a esencial por el ordenamiento jurídico, pero es lo cierto que B adquiere la cosa efectivamente, la posee, la disfruta y hasta puede disponer de ella, siquiera sea a través de los limitados procedimientos que la clandestinidad le permita, y hasta puede encontrar quien compre, aun con tales inconvenientes. No hablemos de la posibilidad de una transmisión hereditaria, de una incautación legal, de un embargo judicial, etc. Mientras B no haya tenido que recurrir a ejercitar acciones, a utilizar las defensas normales de su derecho de propietario, no habrá notado los defectos legales iniciales

a su acto adquisitivo. La realidad, más fuerte que todas las creaciones del pensamiento especulativo, nos pone de manifiesto que la transmisión en sí misma, como fenómeno económico, como cambio o mutación de bienes, se ha consumado, que no le es institucional la exigencia de la inscripción registral, que la inscripción no podemos en modo alguno admitirla como elemento orgánico e integrante de los actos de transmisión. La inscripción tan sólo puede venir necesariamente impuesta como requisito técnico del régimen de publicidad, nunca como elemento o requisito sustantivo de los actos propios del tráfico inmobiliario.

* * *

En nuestra legislación inmobiliaria el principio ha sido entendido y desarrollado con tal timidez que bien puede decirse que nuestro sistema registral sólo ha podido aplicar la técnica de las medidas de seguridad al tráfico inmobiliario con relativa eficacia. Ello tiene su explicación en razones del orden histórico.

Cuando en 1843, justamente hace un siglo, se forma la Comisión general de Codificación que redactó el proyecto de ley de Bases para la formación del Código Civil español, uno de los primeros problemas que pretendió resolver fué el de la complicada técnica de la adquisición del dominio, que en tal momento histórico se veía un tanto influenciada por las más modernas creaciones de la técnica germana. Efecto de tal influencia fué la primitiva redacción de la base 52, que equivalía a consagrar la tesis de que la inscripción en el Registro era el *modo* que la técnica clásica exigía como requisito esencial y complementario del *título* en toda adquisición de bienes. Tan valiente decisión, debida al ilustre jurisconsulto Sr, Luzuriaga, no prosperó. El lastre tradicional de los moldes clásicos, de una parte, y de otra, la destacada influencia del Código de Napoleón, fuente informadora de los movimientos codificadores de la época, inspiraron el criterio del Sr, García Goyena, que hacía depender del mero consentimiento entre transmitente y adquirente la perfecta transmisión del dominio. Y como consecuencia de tan opuestas tendencias fué la conocida redacción transaccional de la base 52: "Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público."

Ella creó el funesto concepto del "tercero", cuya desdichada técnica, al correr de los tiempos, tanto confusionismo había de producir.

Ya no nos podremos desprender nunca de ese "fantasma del tercero" adjetivado más tarde de "hipotecario", y sobre cuya discutida existencia tanta y tan innecesaria literatura se ha producido.

Y bajo su inspiración, tras un lento proceso elaborativo, surge a la vida nuestra primera ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1861. Sus esenciales fines de asegurar el dominio y desarrollar el crédito inmobiliario sólo puede decirse que fueran conseguidos en parte. Las posteriores reformas de la primitiva ley, desde la de 1869 hasta la fundamental de 21 de abril de 1909, que acometió la esencial tarea de armonizar la legislación hipotecaria con el Código Civil, no ha mejorado gran cosa la técnica de nuestro sistema registral, que sigue viviendo, prisionero de su equivocada inspiración, la lánguida vida que la protección a los terceros le ofrece.

El legislador español, cuya inspiración se vió fatalmente cohibida por prejuicios contradictorios, aun palpando las ventajas de los regímenes de publicidad, al desarrollar técnicamente el sistema no tuvo valor para desprenderse del lastre espiritualista de la doctrina clásica, y al pretender adoptar una postura ecléctica, centrista o de equilibrio frente a rumbos tan opuestos, fracasó en el empeño, sembró la confusión y dejó en punto muerto la progresiva evolución de nuestro régimen jurídico inmobiliario.

En la exposición de motivos de la primitiva ley de 1861, principal elemento interpretativo de las bases de nuestro sistema registral inmobiliario, se nos dice que "presenté el deseo del Gobierno de que la nueva ley partiera del principio de publicidad, de que se establecieran formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa", la Comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, se ve hoy obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se sienta sobre nuevas bases". Porque "la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito". El noble empeño que a través de tan luminosas frases se advierte se desdibuja más tarde con estas nebulosas explicaciones "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 consideran constituídos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho civil. Así (se añade, para *aclarar* el concepto), 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, esto es, aunque medie tradición, *será dueño con relación al vendedor*, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción."

Sobre tales ambigüedades se creó el moderno Registro de la Propiedad en España. Y a su puesta en marcha precedió, como va dicho, la ingenua proclamación de la voluntariedad de la inscripción. El Estado, creador del nuevo régimen jurídico inmobiliario, se limitó a ofrecerlo a la pública consideración para que la voluntad de los particulares decidiera las conveniencias de ser aceptado.

* * *

A los ochenta años de vigencia de nuestro régimen jurídico inmobiliario, el balance es bien poco halagüeño. Ni la publicación del Código Civil, ni la importante reforma hipotecaria de 1909 modernizaron la técnica de nuestro ya caduco sistema registral, con lo que la inicial confusión de perspectivas ha continuado hasta nuestros días ¿Cuál ha sido, pues, la consecuencia de haber desarrollado la técnica del sistema sobre la original manera de concebir el dogma de la inscripción como un acto voluntario y libre, cual si se tratase de un fenómeno cuya vida sólo se desenvuelve en la esfera de los intereses privados? Veamos:

1.º Que frente al nuevo régimen jurídico, la propiedad inmobiliaria se nos presente en una diversidad de situaciones, que pueden agruparse así:

a) *El derecho real de hipoteca*, para cuyo ordenamiento el sistema registral procura una técnica perfecta (que proclaman formalmente los artículos 146 y 159 de la ley Hipotecaria y el 1.875 del Código Civil). Presentes en la mente del legislador los antecedentes estrictamente hipotecarios del sistema, parece como si la protección al crédito territorial fuera la única base inspiradora del mismo. Por ello, ante la perfilada técnica registral en que se desenvuelve el derecho

real de hipoteca, se ha dicho, y con razón, que la inscripción hipotecaria es la única inscripción constitutiva que existe en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario.

b) *El dominio y los demás derechos reales* inmobiliarios, cuyas manifestaciones biológicas se desenvuelven acogidas al régimen del Registro o fuera de él, a voluntad de los particulares.

Cabría, pues, decir que nuestro régimen registral inmobiliario sólo es orgánico y constitucional para la hipoteca. El dominio y los demás derechos reales son extraños al régimen. Vivir bajo su amparo exige un sometimiento voluntario y expreso del titular del derecho. El ingreso o inmatriculación de los inmuebles en la vida tabular parece que fué concebido por nuestros primeros legisladores inmobiliarios como lujosa expensa de los propietarios ricos.

2.º El alejamiento de la propiedad de la vida registral y el imperio de la tradición, como causa operante de toda transmisión derivativa de bienes.

3.º El valor, sensiblemente precario, de las presunciones registrales de legitimación y fe pública, de las cuales pretende ser elocuente proclama el párrafo primero del artículo 24 de la ley.

De lo expuesto se concluye que aquellos elevados fines de asegurar el dominio y garantizar el crédito territorial que soñaron los legisladores del 61 como suprema aspiración del nuevo régimen inmobiliario, no han sido hasta hoy una realidad lograda. Ello es debido a una serie de razones, de entre las que sobresale y destaca la deficiente técnica de nuestro sistema registral, inicialmente inspirado en la equivocada manera de entender y realizar el dogma de la inscripción.

Hora es ya de rectificar criterios fundamentales. Hora es ya de que, a través del artículo 609 del Código Civil, se proclame de una vez que la propiedad inmobiliaria lleva en su misma entraña la esencial exigencia de sometimiento a un régimen jurídico especial que, en razón a su propia y legítima defensa, desarrolle técnicamente el riguroso principio de la publicidad en las transmisiones. Sólo así cabrá la perfecta conjugación del precepto con el artículo 2.º de la ley Hipotecaria, cuya actual tónica imperativa es, en la práctica, una simple fórmula de expresión.

El orden jurídico, los intereses del fisco y el de los mismos particulares se verían así justamente respetados y amparados plenamente.

RAFAEL CHINCHILLA

Registrador de la Propiedad