

DEBERÍAMOS REVISAR O CARÁCTER DA INSCRICIÓN?

Diego Vigil de Quiñones Otero^{1,a}, Sebastián Camacho Pita^{2,b}

¹ IEB- Universidad Complutense de Madrid, España

² Colexio de Rexistradores- Ministerio de Xustiza, España

✉ advigil@registradores.org

✉ bcamacho@registradores.org

Resumo

Unha cuestión que suscitou ríos de tinta entre os civilistas desde que se promulgou a Lei Hipotecaria é se a inscrición rexistral no Estado español é constitutiva ou meramente declarativa. Algunhas razóns xustifican modificar a regra actual. Pero, aínda sen facelo, se valoramos o efecto irritante de non inscribir podemos comprender a quen defende que a inscrición é case- constitutiva en todos os casos. Máis que un cambio legal, fai falta un cambio de mentalidade doctrinal respecto diso.

Palabras chave: Inscrición; constitutiva; declarativa; efecto irritante.

Resumen

Una cuestión que ha suscitado ríos de tinta entre los civilistas desde que se promulgó la Ley Hipotecaria es si la inscripción registral en el Estado español es constitutiva o meramente declarativa. Algunas razones justificarían modificar la regla actual. Pero, aun sin hacerlo, si valoramos el efecto irritante de no inscribir podemos comprender a quienes defienden que la inscripción es cuasi-constitutiva en todos los casos. Más que un cambio legal, hace falta un cambio de mentalidad doctrinal al respecto.

Palabras clave: Inscrición; constitutiva; declarativa; efecto irritante.

Abstract

An issue that has caused rivers of ink among civil lawyers since the enactment of the Mortgage Law is whether registration in the Spanish State is constitutive or merely declaratory. Some reasons would justify modifying the current rule. But, even without doing so, if we consider the irritating effect of not registering, we can understand those who defend that registration is quasi-constitutive in all cases. More than a legal change, a change of doctrinal mentality is needed in this respect.

Keywords: Registration; constitutive; declaratory; irritant effect.

SUMARIO.

1. Introducción.
2. A inscrición voluntaria coma regra xeral.
3. A excepción: as inscricións obrigatorias e a consecuencia de non inscribir.
4. O papel da vontade no proceso de inscrición e o pacto de non inscribir.
5. A inscrición constitutiva: evolución histórica.
6. Noción de inscrición constitutiva.
7. Casos nos que a inscrición é constitutiva.
8. Diferencia entre inscrición constitutiva e inscrición obrigatoria.
9. A inscrición declarativa.
10. Os prexuízos derivados da falla de inscrición: unha inscrición algo máis que “meramente” declarativa.
11. Papel da inscrición respecto do negocio cando non é constitutiva: a inscrición coma forma de valer e mailo efecto irritante de non inscribir.
12. Debería de se revisar voluntariedade da inscrición?

1. INTRODUCCIÓN

A finalidade do presente é compartir cos lectores da comunidade xurídica galega (compañeiros durante algúns anos¹) algunhas consideracións que realicei recentemente sobre o valor da inscrición no Dereito rexistral español. Unha inscrición que a maioría dos autores límitase a considerar declarativa. Penso que esta afirmación require dunha revisión á luz dos efectos que produce inscribir e non inscribir, en consideración aos que coído que nos podemos preguntar, deberíamos revisar o carácter da inscrición?

2. A INSCRICIÓN VOLUNTARIA COMA REGRA XERAL

A inscrición no sistema rexistral español é xeralmente voluntaria, no sentido de que non existe un deber legal de inscribir. Si que hai unha serie de efectos derivados da inscrición (e da non inscrición, polo tanto). Mais coma ditos efectos interesan sobre todo aos particulares afectados por ela, establécese a voluntariedade.

Agora ben, o valor da inscrición é tan intenso que, a pesares da falla de deber, non inscribir leva consigo prexuízos polo que na inmensa maioría dos casos adóitase proceder á inscrición (se non por vontade do titular do dominio, si por vontade do outro interesado, coma o transmitinte ou o titular dun dereito limitado²).

Esta voluntariedade da inscrición foi a resulta dunha disputa que se produciu na tramitación de la Lei Hipotecaria (cara 1860) entre os partidarios da inscrición constitutiva e os que se conformaban con que esta inscrición fora declarativa. Na procura dun punto

¹ El presente trabajo se realiza en el marco del PROYECTO DE INVESTIGACIÓN "LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA HABITUAL: UN ENFOQUE GLOBAL Y DISCIPLINAR" PID2021-124953NB-I00.

² Que por isto está lexitimado para pedir a inscrición, Art. 6 LH.

intermedio entre ámbalas dúas posturas, foi dito que naceu o terceiro: a inscrición ía ser voluntaria, mais o que inscribira ía ser protexido sobre o que non o fixera.

3. A EXCEPCIÓN: AS INSCRICIÓNS OBRIGATORIAS E A CONSECUENCIA DE NON INSCRIBIR

Maila regra xeral da voluntariedade, no Dereito español hai supostos nos que a inscrición é obrigatoria. Coma principais casos de inscrición obrigatoria adóitanse citar as adquisicións de inmobles por estranxeiros non comunitarios da UE en zonas de interese para a defensa nacional³; as inscricións de fincas de substitución en procedementos de concentración parcelaria⁴; as inscricións das fincas afectadas por reparcelacións urbanísticas⁵ e outros casos en materia de urbanismo (actas de ocupación nos casos de expropiación forzosa, acordo de aprobación definitiva de reparcelación, autorización de obras temporais, cesións obrigatorias de terreos á Administración, transferencia de aproveitamentos urbanísticos...); a inscrición dos bens e dereitos das Administracións Públicas, así como de todos os actos e contratos atinentes a eles, agás os alugamentos⁶ e das entidades locais⁷; ou os montes catalogados⁸.

As normas que impoñen esta inscrición obrigatoria considerábanse tradicionalmente coma regras administrativas de carácter interno para que os entes públicos procuren a inscrición dos seus bens. Hoxe é interesante destacar o deber da Administración de responder cando non inscribe ou anota algo ao que está obrigatoria: a inscrición non afecta aos efectos do acto inscrito, pero obrígase á inscrición baixo pena de indemnizar ao prexudicado⁹.

4. O PAPEL DA VONTADE NO PROCESO DE INSCRICIÓN E O PACTO DE NON INSCRIBIR

A voluntariedade da inscrición colócanos fronte ao problema do xeito en que xoga ou deberá xogar a vontade no proceso de inscribirla, tendo en conta que o proceso conducinte á

³ Art. 21 Lei de 12 marzo 1975, que determina a nulidade do acto de transmisión de dereitos a estranxeiros que non se inscriba en 12 meses.

⁴ Art. 235 Lei de reforma e desenvolvemento agrario.

⁵ Conforme á lexislación estatal e autonómica do chan e nos termos dos Arts. 4 e ss. RD 1093 de 4 de xullo 1997.

⁶ Artigo 36 LPAP de 3 novembro 2003.

⁷ Art. 36 Regulamento de Bens das Entidades Locais de 13 xuño 1986.

⁸ Art. 18.3 Lei de Montes de 21 de novembro de 2003.

⁹ Deste xeito, a Exposición de Motivos del Real Decreto 8/2011 do que procede a redacción vixente do Art. 51 da Lei do Solo, di que *“se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional...Entre estas medidas, se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que éstos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores, es sólo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al Registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la incumplan los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe”*.

inscrición réxese polo principio de rogación, é dicir, iníciase ordinariamente a solicitude do interesado e o Rexistrador só excepcionalmente actúa de oficio.

A vontade pode incidir no rexistro de tres xeitos e en tres momentos:

- 1º no momento anterior ao procedemento, co pacto de non inscribir;
- 2º entre a petición da inscrición e até a práctica do asento, coa posibilidade de desestemento do procedemento iniciado;
- 3º practicado o asento solicitado, coa (discutida) posibilidade de renuncia dos asentos.

Con respecto ao pacto de non inscribir, isto é o acordo polo que dous contratantes que xeran un dereito inscristible acordan que non se practique a inscrición. Pode configurarse coma unha obrigaón de non facer, a cargo da persoa a favor de quen resulta algún dereito ou situación inscristible, para non solicitar a inscrición; ou ben coma renuncia, convencional ou unilateral, a solicitar a inscrición¹⁰.

Coma tal pacto está suxeito aos límites das leis imperativas¹¹, de xeito que nin sequera valerá como renuncia de dereitos nos casos de inscricións obrigatorias por contrario á orde pública¹². É frecuente entender que tampouco vale nos casos de inscrición constitutiva, aínda que é mester admitir que sendo distinta a forma de imporse a lei nas inscricións obrigatorias e nas constitutivas, no primeiro caso é por ser contrario á lei imperativa e no segundo por imposibilitar a eficacia do dereito que se pretende crear, o que faría imposible o obxecto de contrato de que se trate, e ese é o senso da limitación.

Nas inscricións chamadas declarativas si que se ten admitido o pacto. Non entanto, como todo pacto debe ter xusta causa e non ser contrario aos límites legais. É por isto que só é admisíbel cando obedeza a un interese xuridicamente susceptíbel de protección e no sexa perpetuo (pois limitaría o dereito a inscribir, que ven dado por lei e prevalece).

É mester tomar en consideración que nos atopamos fronte a un pacto entre as partes que determina o nacemento dun dereito de crédito. No caso de vulnerarse ese dereito, as partes poderán esixirse unha indemnización¹³. Non caberá obter por tanto tutela real algunha: os pactos non vinculan ao Rexistrador, de xeito que se presentan o título no Rexistro debe de se inscribir.

Finalmente, apréciase un suposto onde a vontade ten influencia respecto da inscrición: nos casos nos que se renuncia a un asento ou a un dereito. Verbo deste tema hai que diferenciar o asento de presentación dos asentos principais de inscrición ou anotación:

¹⁰ Dous casos de posible acordo de non inscribir despréndense destes preceptos da lei hipotecaria española: o Art. 49 LH permite aos legatarios de xénero ou cantidade renunciar ao dereito de pedir anotación preventiva, para que o herdeiro poda inscribir ao seu nome os bens inmoables durante o prazo de reserva de prioridade de 180 días; e o art. 14 RH admitiría tanxencialmente o pacto de non inscrición do dereito de opción ao requirirse convenio para a inscrición: a súa falla equivalería a un pacto de non inscribir, mais a maioría da doutrina non ve tan claro este caso, pois estaríase privando a unha parte do dereito de dar transcendencia real a un dereito que ten adquirido.

¹¹ Art. 1255 do Código civil –CC– español, que regula en España o principio de autonomía da vontade.

¹² Art. 6.2 CC.

¹³ Como sinalan CALABRESSI e MELAMED desde a análise económica do Dereito, en ocasións os dereitos subxectivos están protexidos por unha regra de propiedade, en outras por una regra de responsabilidade e en outras por una regra de inalienabilidade. Sobre a aplicación destas categorías ao intercambio de inmoables nun contexto de contratación impersoal e a importancia do papel que se conceda á fe pública rexistral, vid. [MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2011](#).

Polo que se refire á renuncia ao asento de presentación (e polo tanto no tocante ao procedemento rexistral antes de que se produza o asento definitivo) permítese renunciar ao procedemento rexistral comezado¹⁴.

Polo que se refire aos asentos definitivos, adóitase entender que os asentos son irrenunciábeis. Non obstante, hai que ter presente que algúns preceptos unicamente piden o consentimento do titular para cancelar facendo abstracción da causa¹⁵ da renuncia¹⁶, e que os dereitos son renunciábeis e polo tanto a renuncia aos mesmos sería determinante da súa extinción¹⁷, o que xustificaría a cancelación do asento correspondente¹⁸.

5. A INSCRICIÓN CONSTITUTIVA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Falar de inscrición constitutiva é referirse aos casos nos que a inscrición é un requisito engadido para o nacemento dun dereito. Isto introdúcenos no problema de como é a inscrición no Dereito español e de que papel xoga respecto do dereito que se inscribe (a pesares da súa voluntariedade).

Nos tempos de xestación da Lei Hipotecaria primitiva discutiuse a posibilidade de introducir a inscrición constitutiva¹⁹. Certo é que por eses anos un troco tan forte no papel que os cidadáns lle concedían ao Rexistro non se puido realmente abordar, xa que con anterioridade non se supeditaba a transmisión de dereitos á inscrición e polo tanto non

¹⁴ Art. 433 del Regulamento Hipotecario español (RH).

¹⁵ Un apunte é necesario para comprender a relación entre o problema medular da causa e a inscrición. Para o Rexistro a causa importa coma causa da atribución patrimonial en que consiste o dereito que se inscribe, coma *causa traditionis* do mesmo, coma título polo que se adquire. Sen causa, a inscrición no protexerá ao adquirinte (Art. 33). O Rexistro ten sido un mecanismo desde o que se ten combatido o problema da anomalía das causas: ao longo do tempo tense denegado a inscrición daquelas atribucións patrimoniais nas que non había causa suficiente, ou era considerada ilícita, tal como as vendas en función de garantía¹⁵ ou as adxudicacións derivadas dun pacto comisorio. Agora ben, dita necesidade de causa presenta dous matices fundamentais no noso sistema:

¹⁹ Non importa a causa como determinante da perda do dereito cando hai un subadquirinte, respecto do que importa unicamente a adquisición “*de quien en el Registro aparece con facultades bastantes para transmitir*” (Art. 34) o dereito do que se trate. Esta limitación de efectos da causa ás partes, fai que MENDEZ afirme que na protección do terceiro converxen o sistema español e mailo xermánico (MENDEZ GONZÁLEZ, 2017, páx. 121). O que fai o sistema español é que, unha vez ingresado un dereito no Rexistro, o seu titular é quen de converter en titular a outro con independencia dos erros de causa que no seu caso existan (e que no se teñan detectado no proceso de inscrición). Como explicar isto? A doutrina fala dunha abstracción, unha vez practicada a inscrición, que ocasiona que, a partires dela, sexa esta o dereito (e non o dereito en si mesmo, con causa determinada e condicionante). Do mesmo xeito que os efectos de reivindicabilidade ilimitada derivados do sistema de título e modo inténtanse limitar dalgún modo a través de regras de seguridade do tráfico coma o Art. 448 e 464 CC para a posesión, o artigo 85 do Código de comercio para os bens adquiridos de comerciantes, e o 20 da Lei Cambiaria para as letras (facendo abstracción da relación de valuta), no ámbito rexistral prodúcese unha abstracción que supera o *trade off* entre seguridade e liquidez dos dereitos. No tocante á abstracción, véxase do mesmo MENDEZ “*La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Núm. 703.

²⁹ Xunto á la causalidade substantiva do noso sistema, o mesmo admite unha certa “abstracción procesual” ou “abstención da mención da causa” (DE CASTRO, 1985, páx. 291).

¹⁶ Art. 82 LH, 206.12 RH.

¹⁷ Con todo, enténdese que toda cancelación é feita con causa (Art. 79 e 80 LH).

¹⁸ Art. 6.2 CC, tal como explica a Resolución de 27 setembro de 1999 da Dirección Xeral de Seguridade –Xurídica e Fe Pública.

estaba a mesma debidamente asumida na cultura xurídica popular, amais do problema do gran número de fincas carentes de inscrición.

En troques da inscrición constitutiva, optouse por supeditar os efectos dos dereitos inscristíbeis á inscrición²⁰ : nalgúns casos totalmente (os que os autores chaman de inscrición constitutiva) e noutros facendo depender a plena eficacia do dereito fronte a terceiros á inscrición, mais sen supeditar o nacemento do dereito á mesma (os chamados pola doutrina de inscrición declarativa, conformadora ou cuasi-constitutiva).

Sentada esta situación, que os autores explicaron no senso de que a transmisión de dereitos non era plena sen inscrición e a conveniencia de avanzar cara unha inscrición constitutiva, chegamos á reforma de 1944. A exposición de motivos da Lei de reforma, aínda que di expresamente que *“no se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que casi la totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva”*, e a pesares de recoñecer que *“las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su especial naturaleza, de Derecho necesario”*, rexeitaba que a inscrición fose constitutiva porque *“más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro”*. Non daba razóns de maior peso. Non obstante, ao non imponse a inscrición con carácter constitutivo o asunto explicouse dicindo que a regra xeral é que a inscrición é simplemente declarativa, entendendo como declarativa que recolle unha mutación real xa producida (ROCA²¹), que recoñece un estado dotado de antemán de accións reais (GONZÁLEZ²²), que non intervén no troco real (LACRUZ²³), o que non engade por si mesma nada a uns elementos do dereito real xa existentes que se limita a recoñecer (SANZ²⁴). A partires desta concepción, difundíuse o “tópico” de que a inscrición era “simplemente declarativa” (GARCÍA GARCÍA²⁵). Unha forma de explicar as cousas que non fai xustiza á realidade, é que seguramente procede do traspaso ao campo da inscrición das nocións procesuais de sentença constitutiva e declarativa. Prescínlese así do carácter do dereito real, que segundo outros autores require da inscrición para a súa plena eficacia, como ten desenvolvido máis amplamente GARCÍA GARCÍA²⁶.

Todo isto debe terse en conta para afrontar novamente o problema no presente: partimos dunha concepción doutrinal que despreza a inscrición. Unha comprensión axeitada de que é o que é a inscrición constitutiva e que declarativa axudaranos a comprender o verdadeiro carácter da inscrición. Compreendido este poderemos dar unha pauta sobre se as concepcións que nos trouxeron até aquí e deberían de se revisar no futuro.

¹⁹ Entre os partícipes na elaboración da Lei, Claudio Antón de Luzuriaga era partidario da inscrición constitutiva, mais Florencio García Goyena (autor do importante proxecto de Código civil de 1851, un texto do que sempre se ten destacado o seu afrancesamento), era partidario da transmisión *solo consensu*.

²⁰ É doado escoitar que, ao mediar Bravo Murillo na polémica entre Luzuriaga e Goyena, saíu o terceiro: “Entre partes bastaría el consenso, pero de cara a terceros sería necesaria la inscripción”.

²¹ ROCA SASTRE, 1978, páx. 193.

²² GONZÁLEZ, 1948. Páxs. 367 e 369.

²³ LACRUZ BERDEJO, 1957, páx. 148.

²⁴ SANZ FERNÁNDEZ, 1948. Páxs. 239 e ss.

²⁵ GARCÍA GARCÍA, 1988. Páxs. 557 a 605

²⁶ GARCÍA GARCÍA, 1988. Páxs. 557 a 605.

6. NOCIÓN DE INSCRICIÓN CONSTITUTIVA

A pedagogía hipotecaria do século XX acostumounos a chamar constitutiva á inscrición que constitúe un requisito máis do *iter* formativo dun dereito. Aquela sen a que ese dereito non existe, e que en consecuencia insírese como un elemento esencial na constitución do mesmo. A devandita noción contraponse á de declarativa, que sería a que simplemente publica ou que tivo plena existencia con anterioridade ao seu ingreso no Rexistro. Ambos conceptos aplícanse non só ao Rexistro de bens, senón tamén aos de persoas. E deste xeito, dise que una sociedade nace con independencia da inscrición²⁷, mais unicamente adquire a concreta personificación como sociedade de capital se se chega a inscribir, de xeito que a inscrición só é requisito constitutivo para ser sociedade de capital con responsabilidade limitada (anónima ou limitada).

Para comprender ambos conceptos, debemos volver sobre nocións básicas da cosmoxía e a metafísica que seguramente aprendemos en Filosofía. O ente componse de forma e substancia. A substancia ten elementos esenciais e elementos accidentais: os primeiros son aqueles sen os que non pode existir, os segundos aqueles que a caracterizan dalgún xeito, mais non determinan a súa existencia. Isto apréciase en Dereito na categoría do negocio xurídico: hai elementos sen os que este non existe (consentimento, obxecto, causa, e ás veces forma), e outros que poden estar, mais a súa ausencia non determina a inexistencia (condición, termo e modo). Aos primeiros chamámoslos esenciais, aos segundos accidentais. É por iso que a forma só se considera *ad substantiam* cando afecta á existencia do negocio que se está a constituír. No resto de casos a forma é *ad probationem* ou *ad utilitatem*. Na doutrina notarial non é infrecuente que á primeira se lle chame forma de ser e á segunda forma de valer.

O que se di da forma válenos para comprender a publicidade (aínda que non sexan o mesmo), pois ámbalas dúas actúan sobre o ente producindo un efecto, sen prexuízo de que se refiran a entes distintos (pois a forma é elemento do acto xurídico, e a publicidade do dereito²⁸): a forma e a publicidade exteriorizan o ente. Amais tense entendido que a inscrición é constitutiva cando a mesma é *ad substantiam*, ou que sen ela o dereito que se inscribe non se pode entender xerado.

Sobre a base destes conceptos, dise que a inscrición en España é declarativa na meirande parte dos casos, e constitutiva só nalgúns. Por isto dicía LACRUZ en 1957 que “en el Derecho español la inscripción no es, en principio, constitutiva”²⁹.

Partindo de que se entende que a inscrición é declarativa só polo baixo porcentaxe de fincas inscritas, superado un século e medio de vida do Rexistro, acadados niveis de inscricións moito máis elevadas (que se hoxe son xa altas en superficie do chan, son case do cen por cen en fincas rexistrábeis –apenas hai ningún edificio de casas por pisos sen inscribir, sendo cada departamento finca rexistral-), o normal sería abrir un novo camiño á inscrición constitutiva.

Se ademais valoramos que a razón de ser é facilitar a publicidade, que dita publicidade se considera cuestión necesaria, e que a inscrición é máis perfecta que a posesión coma medio de exteriorización do dereito real, non sería descartable abrir novos camiños á inscrición constitutiva no futuro. E para comprender a necesidade da mesma, non é inadecuado traer

²⁷ Para España, respecto ao Art. 33 da Lei de Sociedades de capital.

²⁸ Como lembraba AMORÓS ao comentar a edición de 1968 do *Derecho inmobiliario registral* de LACRUZ e SANCHO, loando a certa diferenciación de ambos conceptos. Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, 2009, Páx. 614.

²⁹ LACRUZ, 1957, Páx. 149.

a colación a relación coa forma que expuxemos, pois precisamente a través de certas formas tense pretendido loitar contra a clandestinidade aínda antes da Lei Hipotecaria: por exemplo, en Aragón era necesaria a forma pública coma requisito para a transmisión da propiedade, como lembra a exposición de motivos de 1861.

Máis aló das reformas que se fagan, é mester sinalar que o valor da inscrición non resulta en realidade tan diferente nos casos que a doutrina chama de inscrición constitutiva e nos demais. Dado o principio de inoponibilidade, tamén nos casos de inscrición chamada declarativa se sanciona a falla de inscrición cunha consecuencia irritante de limitar os efectos do non inscrito (Art. 32 LH, 606 e 1473 CC). Sendo isto deste xeito, quizais deberíamos abandonar as etiquetas constitutiva e declarativa e ficar con que, como dixera DE CASSO³⁰, a inscrición é complementaria no negocio xurídico de creación no dereito real en tódolos casos, coa idea de DE LA RICA de que a inscrición é constitutiva sempre respecto da propiedade inscrita³¹, ou coa explicación de don Jerónimo GONZÁLEZ de que no noso Dereito a transmisión da propiedade require tres elementos: título, modo e inscrición³².

7. CASOS NOS QUE A INSCRICIÓN É CONSTITUTIVA

A miúdo, tense sinalado coma caso paradigmático de inscrición constitutiva a inscrición da hipoteca: sendo esta un dereito invisible, faise visible mediante a inscrición. De feito, a historia do Rexistro foi una loita a clandestinidade das cargas: estableceuse para favorecer o crédito territorial, favorecendo o coñecemento das cargas.

O fundamento da publicidade constitutiva sería entón a necesidade de facer visible o que por simple posesión é invisible. Este mesmo criterio serve para comprender outros casos de inscrición constitutiva coma o dereito de superficie: se prescindimos da inscrición, antes de construír non se pode saber que a construción é dun terceiro distinto do propietario do chan, porque non existe tal construción, e a posesión só permite coñecer o titular dese chan. Despois de construír, se falla a inscrición, tampouco podemos acadar tal coñecemento, pois *superficie solo cedit*.

Sobre esta base, enténdese que é de inscrición constitutiva a hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria³³. Tamén o é o dereito de superficie, a pesares de terse discutido historicamente³⁴. A mesma cousa cabe dicir do dereito de voo e subedificación.

Aínda que na súa primeira regulación houbo quen entendeu que era un simple requisito de opoñibilidade e houbo quen o considerou de inscrición obrigatoria, a constitución do réxime de aproveitamento por quenda tamén se pode considerar de inscrición constitutiva pola mesma razón que o dereito de superficie. A esa lóxica responde o Art. 25.3 del RDL 8/2012.

En troques, non se ten considerado coma supostos de inscrición constitutiva o alugamento e maila opción, posto que existen sen inscrición, a pesares de que a limitación de efectos que

³⁰ DE CASSO, 1951. Páx. 142.

³¹ DE LA RICA, 1949, Páx. 29.

³² GONZÁLEZ MARTINEZ, 1931. Páx. 112.

³³ Arts. 1875 CC, 145 e 159 da Lei Hipotecaria (LH) para a inmobiliaria, e art. 3 da Lei de Hipoteca mobiliaria e prenda sen desprazamento para a mobiliaria.

³⁴ Debido á anulación por Sentencia do Tribunal Supremo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:571) da redacción que se lle deu ao Art. 16 RH pola reforma do mesmo en 1998. Hoxe o Art. 53 do Texto Refundido de 2015 da Lei do solo déixao claro.

sofren sen a inscrición fai que non se consideren reais cando non están inscritos. Estes casos, xunto con outros nos que a plena eficacia real queda supeditada á inscrición (dobre venda, división horizontal ou a mención da lexítima³⁵) considéranse de inscrición constitutiva en senso relativo (o que amosa a limitación da expresión constitutiva, e que ao final non é tan diferente na práctica a chamada inscrición constitutiva que a inscrición no resto de casos, como veremos no seguinte apartado).

No ámbito das anotacións preventivas, considerouse que era constitutiva a anotación de crédito refaccionario. Tamén se planteou respecto da anotación de embargo en virtude da súa natureza de “hipoteca xudicial”, mais esta concepción e hoxe negada no Art. 587 da vixente LEC, que considera producido o embargo desde que se dita e non desde que se anota. Podemos precisar que a petición de anotación é obrigatoria para o xuíz, mais a anotación non é constitutiva do embargo, aínda que si é necesaria para que o embargo teña efectos contra terceiros, non só *inter partes*.

8. DIFERENCIA ENTRE INSCRICIÓN CONSTITUTIVA E INSCRICIÓN OBRIGATORIA.

Distinta da inscrición constitutiva é a obrigatoria: é obrigatoria a inscrición (como temos visto ao tratar da súa obrigatoriedade) cando a mesma ven imposta por lei. Diferénciase da constitutiva en que se derivan consecuencias de tipo sancionador da falla de inscrición, pero non a carencia de efectos do dereito inscribible por dita falla. Doutro xeito, a inscrición nestes casos impónse por lei, pero non *ad substantiam*, senón como elemento accidental de obrigada observancia.

Para comprender adecuadamente a diferenza entre a inscrición constitutiva e a obrigatoria, é mester separar mentalmente as normas que afectan á conduta das normas que simplemente supeditan a eficacia dun acto ao cumprimento dunha formalidade. En España, a redacción do Art. 6.3 CC fai equivaler prohibición á nulidade e falla de efectos, o que dificulta a distinción. Pero se profundamos na teoría da norma, como ten feito DELGADO ECHEVERRÍA volvendo sobre SUÁREZ, podemos distinguir entre normas de conduta e normas de competencia³⁶. As primeiras son as que nos obrigan a certo comportamento. As segundas, as que, referidas a actos non susceptibles de prohibición en puro Dereito Natural (como outorgar testamento) deixan estes sen efecto no caso de que non adopten determinada formalidade. Dise entón que a norma de competencia actúa sobre o acto regulado non cun efecto invalidante, senón cun efecto irritante: déixase sen efecto o acto polo feito de terse realizado sen a formalidade esixida.

As regras relativas á inscrición obrigatoria serían normas de conduta. As que impoñen a inscrición privando de efectos ao acto non inscrito (sexa constitutiva o cuasiconstitutiva) son *leges irritantes*.

9. A INSCRICIÓN DECLARATIVA

Os autores chaman declarativa á inscrición cando os efectos do negocio non dependen da mesma, aínda que da mesma si dependan os efectos cara terceiros.

³⁵ Respectivamente Art. 1473 CC, 5 Lei de Propiedade Horizontal e 15 RH.

³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, 2006.

10. OS PREXUÍZOS DERIVADOS DA FALLA DE INSCRICIÓN: UNHA INSCRICIÓN ALGO MÁIS QUE “SIMPLEMENTE” DECLARATIVA

Ocorre que aparecendo un terceiro protexido pola regra de inoponibilidade (Art. 32 LH), o segundo que non inscribe sofre a falla de inscrición coma se esta fose constitutiva (así no caso da dobre venta). É por isto que varios autores, considerando que o adxectivo declarativa non fai xustiza á realidade, sinalaron que a inscrición é convalidante³⁷, confirmativa³⁸, cuasiconstitutiva³⁹ ou confortativa⁴⁰.

Unha comprensión adecuada do problema debe levarnos a volver sobre as categorías que temos traído para explicar la diferenza entre inscrición obrigatoria e constitutiva. As normas que privan de efectos contra terceiros a dereitos non inscritos non son normas de conducta, senón de competencia. Por non ter respectado certa forma, imponse un efecto irritante: o de deixar sen efecto o dereito non inscrito. Á luz desta falla de efectos, ben se pode dicir que cando a falla da inscrición deixa o dereito real en simplemente persoal, é bastante máis que “simplemente declarativa”.

11. PAPEL DA INSCRICIÓN RESPECTO DO NEGOCIO CANDO NON É CONSTITUTIVA: A INSCRICIÓN COMO FORMA DE VALER E O EFECTO IRRITANTE DE NON INSCRIBIR.

Tal e como dixemos no apartado anterior, ao procurar comprender que se entende como inscrición constitutiva, a publicidade dos dereitos vese fondamente afectada pola comprensión que tivemos até o momento da forma dos actos. Ao igual que no relativo á forma fálase de forma de ser cando a forma é *ad substantiam*, e forma de valer cando é *ad probationem*, enténdese⁴¹ como se a inscrición fora forma de ser cando é constitutiva e forma de valer no resto de casos. Sobre esta base, tense infravalorado a inscrición cando é declarativa, como se non se supeditasen á inscrición os efectos do dereito que se inscribe. O certo é que se miramos aos Art. 32 LH e 1473 CC (a regra da inoponibilidade do non inscrito e a regulación da dobre venta) resulta que un dereito real adquirido pode quedar privado de efectos, pode quedar sen a categoría de dereito real, no caso de que non se inscriba⁴². Como dicía a Exposición de motivos da Lei Hipotecaria: se alguén adquire sen inscribir, adquire só respecto do seu transmitinte, pero se inscribe, adquire respecto de todos. Se lemos a afirmación desde a distinción entre dereitos reais (*erga omnes*) e dereitos de crédito (*inter*

³⁷ SANZ FERNANDEZ, 1948. Páxs. 235 e ss.

³⁸ RAMOS FOLQUÉS, 1948, páx. 364.

³⁹ GARCIA GARCIA, *Ob. Cit.*

⁴⁰ PELAYO HORE, S. *RGLJ*, abril 1946. Páx. 490. Citado por GARCIA GARCIA.

⁴¹ Aínda que non se expresa directamente así, é o que se deriva das explicacións que inciden moito na diferenza entre inscrición constitutiva e declarativa. LACRUZ incluso chega a se referir á inscrición como forma de valer.

⁴² Isto levou a FUNAIOLI a postular a existencia de varias propiedades relativas se se producen dobres ventas antes da inscrición, e a MAIORCA e FERRI a dicir que, en consecuencia, en tanto só o que adquire de titular rexistral é convertido en propietario por Lei, pódese dicir que este adquire *a domino*. Esta construción faise afirmando a ineficacia e incluso invalidez do primeiro acto dispositivo deixado sen efecto pola inscrición dun segundo acto (para un caso de dobre venta). LACRUZ, quen expón estas doutrinas italianas en España en 1957, di que non cabe falar de resolución de actos, que eran supostos de feito completos para inscribir antes da segunda transmisión, senón de resolución de relacións. (Cfr. LACRUZ, 1957, páx. 294).

partes), resulta que o dereito real dificilmente se pode considerar como tal, tendo os efectos limitados respecto a terceiros cando non está inscrito.

Una comprensión axeitada do problema require traer a colación a distinción entre normas de conducta e normas de competencia: as primeiras mandan ou prohiben algo, as segundas, partindo de la liberdade en Dereito Natural para os actos de autonomía privada, supeditan a eficacia dun acto a determinada formalidade. O exemplo típico adoita ser a forma pública esixida para doazóns e testamentos: sen forma, non é que estean prohibidos, senón que se deixan sen efecto. Como sinala DELGADO no seu estudo sobre as *leges irritantes*, o poder para os actos de autonomía privada procede do Dereito Natural, pero é o Dereito Civil o que establece as condicións para a súa actualización en sociedade, admitindo o mesmo autor que “é probable que o fundamento “de Dereito Natural” da autonomía privada siga hoxe condicionando moitos dos razoamentos dos iusprivatistas”. Un anaco antes desa afirmación, trae a colación a diferenciación de SUÁREZ entre poderes ou potestades dos particulares que dependen dun poder “conferido polo Príncipe” de actos de autonomía privada. Nos primeiros, o efecto irritante consiste en deixar ao cidadán sen un poder que antes se lle conferiu. Nos segundos, dun poder natural⁴³.

A explicación frecuente da diferenza entre inscrición declarativa constitutiva está profundamente afectada por esta distinción: conceptúase como se a inscrición constitutiva irritase un poder de Dereito privado coma excepción, e enténdese que, no resto de casos, a creación dun dereito real é un acto de autonomía privada que non se ve afectado en modo algún pola falla de inscrición. A aplicación dos Art. 32 LH e 1473 CC non leva, porén, a isto.

Certo é que existe unha diferenza fundamental entre os casos nos que un dereito non chega a nacer sen inscrición (inscrición constitutiva na xerxa), e os casos en que o dereito nace pero é inopoñíbel (inscrición cuasi-constitutiva, tamén chamada declarativa). En ambos casos, a inscrición é un acto de xurisdición do Estado sen o que non pode dicirse que o dereito real naza plenamente (recentemente chegouse a dicir que o Dereito Rexistral inmobiliario é Dereito público⁴⁴, idea que non era tan estraña hai un século⁴⁵). O feito de que nun caso a falla de inscrición afecta á relación xurídica que serve de causa ao dereito que nace, deixándoa sen efectos cara terceiros; e noutros casos este dereito sexa deixado sen efecto cara terceiros só no caso de que exista un terceiro contraditor inscrito, non penso que sirva para dicir que nun caso a inscrición sexa esencial e noutro accidental. En ambos casos a inscrición afecta á sustancia do ente, pero nalgúns casos máis que noutros. De calquera xeito, en ambos casos estamos ante a actuación dunha norma de Dereito Público que actúa coma forma irritante. VALVERDE, antes da reforma de 1944, defendendo que a inscrición debería terse configurado como requisito da transmisión do dominio como a mellor forma moderna de publicación da *traditio*, aceptaba cualificar á inscrición de “formalismo irritante”⁴⁶. Non penso que utilizase o adxectivo irritante doutro xeito que no sentido que este ten na teoría da norma.

Así as cousas, unha comprensión adecuada de que é a inscrición chamada declarativa levaríanos a dicir que é a que dota de plenos efectos ao dereito que se inscribe, producindo en

⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA, *Ob. Cit.*, páxs. 419- 420.

⁴⁴ MARTÍNEZ, 2012. Páxs. 16 e 17.

⁴⁵ VALVERDE lembra como cuestión de orde público a transmisión dos dereitos reais (VALVERDE, 1925. Páx. 179) e a exposición de motivos de 1944 antes citada di que “*as relacións xurídicas inmobiliarias son, pola súa especial natureza, de Dereito necesario*”.

⁴⁶ VALVERDE, *C. Ob. Cit.* Páx. 178.

caso contrario o efecto irritante da privación de efectos, sen chegar a deixar sen efecto contra todos senón só contra terceiro contraditor que inscriba antes.

Seguramente por isto chamala declarativa simplemente, coma se o Rexistro unicamente transcribise documentos, e coma se a inscrición constitutiva fose a “alma xermana” e a declarativa a “alma latina” do noso sistema hipotecario, non é de todo exacto, pois en ambos casos estamos ante un Rexistro de dereitos, suxeito aos principios de lexitimación e fe pública, un Rexistro que acolle o sistema xermano en case todo menos na esixencia de inscrición constitutiva para todos os casos.

12. DEBERÍA DE SE REVISAR A VOLUNTARIEDADE DA INSCRICIÓN?

Dos parágrafos anteriores despréndese con claridade que, como explicara nos anos oitenta GARCIA GARCÍA, a inscrición é con carácter xeral cuasi-constitutiva. Sendo isto así, non é sorprendente que se teña valorado seriamente a posibilidade de que evolucionemos cara a inscrición constitutiva (JEREZ DELGADO⁴⁷). Se realmente a única razón pola que non se podía impoñer a inscrición constitutiva en 1944 era que “*máis do sesenta por cento da propiedade non ingresou no Rexistro*”, o troco producido nestes anos debería permitir unha revisión do criterio. En máis de setenta e cinco anos desde a devandita reforma tense inscrito gran parte do chan que estaba sen inscribir (favorecido polo impulso da concentración parcelaria en moitos casos), pero sobre todo a realidade inscristíbel transformouse a partires da Lei de Propiedade Horizontal de 1960. Actualmente, o inscristíbel xa non é só o chan, senón que tamén son fincas rexistradas cada piso, local, garaxe ou rocho dos edificios en propiedade horizontal. Se valoramos só o solo, a porcentaxe de inscrición e alta. Se consideramos o total de fincas rexistradas en España, a porcentaxe é máis alta aínda (de case o 100% na meirande parte dos distritos hipotecarios). Isto, quizais, debería bastar para que a inscrición fose constitutiva.

Non obstante, e case máis importante que un futuro cambio legal, é preciso un troco de concepción.

Aínda sen inscrición constitutiva, a limitación de efectos dun dereito non inscrito é de tal forza que con razón pódese dicir que a inscrición xa é cuasiconstitutiva. O problema está en que, tras anos de vixencia do tópico da “simplemente declarativa” (até penetrar na xurisprudencia), isto non se pode comprender así por gran parte de la doutrina. Se simplemente tivésemos claro que a inscrición é cuasiconstitutiva, isto bastaría para unha axeitada comprensión e aplicación do sistema rexistral, máis acorde ás necesidades, ás ideas que o forxaron e á realidade do século XXI.

AUTORÍA DO TRABALLO

Autor: Diego Vigil de Quiñones Otero; tradutor: Sebastián Camacho Pita

BIBLIOGRAFÍA

Amorós Guardiola, M (2009). *Estudios jurídicos. Tomo I*. Madrid: Colegio de Registradores.

⁴⁷ JEREZ DELGADO, 2001.

- De Casso, I (1951). *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*. Instituto de Derecho civil, 4ª Ed. Madrid.
- De Castro, F (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- De la Rica, R (1949). *Valor de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Valencia.
- Del Rey Barba, S.- Espejo Lerdo de Tejada, M (2021). *Tratado de Derecho inmobiliario registral*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Delgado Echeverría, J (2006). *Las leges irritantes en De Legibus de Suárez como normas de competencia*”. En Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 29. <<https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.22>>
- García García, J.M (1988). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario. Tomo I*. Madrid: Civitas.
- González, J (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*. Madrid.
- González Martínez, J (1931). *Principios hipotecarios*. Asociación de Registradores.
- Jerez Delgado, C (2021). *Hacia la inscripción constitutiva*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Lacruz Berdejo, J.L. (1957). *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. Zaragoza: Prensas de la Universidad.
- Lacruz Bescós, J.L. – Vigil de Quiñones Otero, D. (Coords.) (2021). *Tratado de Derecho civil. Tomo X. La fe pública registral*. Madrid: Dykinson.
- Martínez, F (2012). *El sistema español de Registro inmobiliario (I)*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters- Registradores de España.
- Méndez González, F.P. (2007) “La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario .RCDI*. Núm. 703.
- Méndez González, F.P. (2011) *Fundamentación económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*. Cizur Menor: Civitas. Thomson-Reuters.
- Méndez González, F.P. (2017.) *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñiz Espada, E. (Coord.) (2019). *Lecciones de Derecho privado*. Tomo III. Madrid: Tecnos.
- Ramos Folqués, R (1948). Material para el análisis crítico del valor de la inscripción. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Junio.
- Roca Sastre, R. Mª (1978). *Derecho hipotecario*. 7ª Ed. Barcelona: JM Bosch.
- Sanz Fernández, A (1948). *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid.
- Valverde, C (1925). *Derecho civil. Parte especial*. Tomo II. Valladolid.
- Vigil de Quiñones Otero, D. (2015). *Prontuario de Derecho hipotecario*. Madrid: Dykinson.