

Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos *

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Contratos sobre las transacciones inmobiliarias y la inscripción registral en el proceso armonizador.* III. *El papel de la inscripción en la eficacia jurídica del contrato:* 1. Forma, formalidad, eficacia contractual y publicidad registral: bases conceptuales. 2. Los principios estructurales afectados: 2.1 Los sistemas de transmisión de la propiedad y los derechos reales. 2.2 Los sistemas causalistas y los sistemas abstractos. 2.3 Los sistemas de inscripción obligatoria, constitutiva o voluntaria. 3. La forma contractual que accede al Registro de la Propiedad.—4. El momento de ingreso en el Registro de la Propiedad: el «lapso registral» o «registration gap». IV. *Informatización de los registros como posible camino hacia la armonización:* 1. Registros electrónicos y documentos públicos electrónicos en relación con las Directivas de comercio electrónico y firma electrónica. 2. Transmisión electrónica de derechos reales sobre inmuebles e inscripción registral electrónica en la «Land Registration Act 2002» inglesa. 3. El proyecto comunitario «Eulis». 4. El Convenio (UNIDROIT) de Ciudad del Cabo relativo a las garantías internacionales.

* Este trabajo tiene su base en la ponencia del autor en el seminario internacional *European perspectives on the role of public authorities in contractual form and formality*, celebrado en la Universidad de Münster, el 6 de febrero de 2004. El autor desea dejar constancia de su gratitud por las observaciones que han enriquecido el ensayo tanto de los participantes como, especialmente, de los organizadores del seminario (Reiner Schulze, Simon Whittaker y Martin Ebers). Asimismo agradece las valiosas sugerencias y reflexiones de Pedro de Pablo Contreras, Fernando Canals Brage, Esther Arroyo i Amayuelas y Andrés Domínguez Luelmo, que tuvieron la gentileza de leer el original y proyectar su agudeza intelectual sobre él. Por supuesto, la única responsabilidad por las tesis reflejadas y por las eventuales inexactitudes corresponde a quien esto suscribe.

La investigación se enmarca en el proyecto núm. SEJ2004-08057-C03-01/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, titulado «Transformaciones en el sistema inmobiliario registral español: las garantías constitucionales en el procedimiento registral y el reto de la convergencia europea en la protección de los derechos subjetivos».

les sobre equipo móvil de 2001 y su sistema registral: 4.1 Planteamiento. 4.2 Causas, estructura, fines y régimen sustantivo del Convenio. 4.3 El Registro Internacional de garantías internacionales sobre equipo móvil. 4.4 Balance crítico. 5. Una breve conclusión.—V. *Directivas comunitarias, Derecho uniforme y sistemas registrales: un caballo de Troya*: 1. Directivas que regulan derechos reales susceptibles de inscripción. 2. Directivas que excluyen los contratos sobre derechos sobre bienes inmuebles. 3. Directivas que inciden en la práctica registral. 4. Derecho uniforme y «Soft Law»: los ejemplos de la «eurohipoteca» y el «trust» y las previsiones para el Código civil europeo.—VI. *Los diferentes sistemas registrales en la Unión Europea: líneas de convergencia y divergencia*: 1. Registros de documentos, Registros de titularidades y el seguro de títulos. 2. Áreas de desencuentro.—VII. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO

Una forma realista de acometer la comparación de los diversos sistemas registrales existentes en el seno de la Unión Europea y su relación con el acervo comunitario estriba en partir del Derecho contractual, que es un ámbito parcialmente armonizado y sujeto a una pujante actividad de revisión normativa y académica en el entorno europeo. Este estudio se vertebra sobre dos ideas: el papel de la inscripción registral como una formalidad necesaria para la plena eficacia de ciertos contratos y la incidencia de la disparidad de los sistemas registrales, que acogen esa formalidad, en el *acquis communautaire* existente y en el proceso de armonización jurídica europea.

Respecto a la inscripción como formalidad contractual, su exacta delimitación necesitará atender a varios factores no homogéneos dentro de los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, por un lado, existen sistemas legales que imponen la inscripción obligatoria y/o constitutiva cuando un contrato cree derechos reales sobre inmuebles; en estos sistemas, la falta de inscripción puede traer diversas consecuencias sobre la validez o la eficacia del contrato mismo. En otros sistemas la inscripción es voluntaria, pero su ausencia comporta importantes recortes a la eficacia del contrato en relación con terceros. Por otro lado, el significado jurídico de la publicidad que otorga el Registro de la Propiedad es muy distinto en cada jurisdicción; la distinción entre sistemas de «inscripción de documentos» y sistemas de «inscripción de titularidades» fractura el mapa europeo más allá de la dicotomía entre *Civil Law* y *Common Law*, e incluso entre sistemas germánicos y sistemas latinos.

Ninguna de estas usuales dicotomías se corresponde con aquella distinción, introduciendo un nuevo factor de divergencia.

La intervención de autoridades públicas en el proceso contractual tiene su máximo exponente, respecto a los contratos sobre derechos reales inmobiliarios, en la actividad de los Notarios y de los Registradores¹. Mientras sólo 19 de los Estados miembros de *Civil Law* de la UE cuentan con Notarios, agrupados en la Conferencia de los Notarios de la Unión Europea (CNUE)², los 25 países comunitarios cuentan con Registros de la Propiedad, bajo la responsabilidad de Registradores, si bien éstos poseen muy diversas funciones, incardinaciones en la Administración Pública (algunos forman parte del Ministerio de Economía, otros del de Justicia o de la organización judicial)³ y formación, según cada Derecho nacional. En el proceso de transmisión de derechos reales sobre inmuebles el Notario (o el *solicitor* en el área anglosajona, con rasgos diferentes) y el Registrador actúan de forma cronológicamente sucesiva, para cumplir un doble filtro de legalidad y de formas, una comprobación de adecuación a la legalidad por los Notarios y un auténtico control de legalidad (en algunos países, donde rige un sistema de calificación serio e independiente) por los Registradores. En primer lugar, el Notario hace tanto de «asesor privado» como de «oficial público» para las partes: averigua la titularidad legítima, asesora a los contratantes sobre la legalidad civil y fiscal, redacta técnicamente el pacto y lo convierte en un documento auténtico certificado por su función pública (*notarial deed*, escritura pública o *acte authentique*). Ese documento transmite una información objetiva al Registro⁴. A partir de ese momento, el Registrador comprueba la validez formal del

¹ Vid. WHITTAKER, S., «The Reformulation of Contractual Formality», en BIRKS, P. y PRETTO, A. (dirs.), *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 199 ss., esp. pp. 207-210.

² La *Conférence des Notariats de l'Union Européenne (CNUE)* reúne representantes de Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal. Por su parte, en nueve de los diez Estados que han ingresado el 1 de mayo en la Unión Europea existe el sistema notarial llamado latino-germánico (el propio de la Unión Internacional del Notariado Latino): sobre ello y la función notarial en este contexto, BOLÁS ALFONSO, J., *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico* (conferencia pronunciada el 31 de marzo de 2004), «Escritura Pública», Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 1-36.

³ Por ejemplo, en Francia, el *conservateur des hypothèques* es nombrado por el Ministerio de Economía y Finanzas, del que depende (como en Italia), mientras que en Inglaterra depende del Ministerio de Justicia; en Alemania o Austria, el *Rechtspfleger* es un funcionario especial que trabaja para el orden jurisdiccional. Más aspectos comparativos de esta diferente organización en países comunitarios pueden verse en BLANQUER UBEROS, R., «La realidad del tráfico inmobiliario en la práctica de los países de nuestro entorno», en *La Ley*, núm. 5302, de 7 de mayo de 2001, pp. 6-7.

⁴ MOTEL, J., «A European View on Notaries and Conveyancing», en *Eulis Seminar on Conveyancing Practices*, Lund, 15-16 de mayo de 2003, pp. 4-5 (disponible en «<http://www.eulis.org>», fecha de consulta: 10 de enero de 2004).

documento, la ausencia de contradicción con otros asientos registrales y, según el filtro de entrada al Registro (*input*) sea más débil o más fuerte en función de los efectos de la publicidad registral del sistema (*output*)⁵, el Registrador podrá comprobar objetivamente si el contrato se ajusta a la legalidad vigente desde la independencia y el monopolio funcional y territorial de su cargo. En este sentido se ha dicho que «la función del Notario es atender a los requerimientos de las partes, dentro del marco legal permitido por el Derecho, mientras que la función del Registrador es velar por el interés de los terceros, la sociedad entera, que puede no coincidir con los intereses de los contratantes que expresan su voluntad ante el Notario»⁶.

En cuanto a la segunda idea apuntada, la incidencia de los distintos sistemas registrales en el proceso de armonización del Derecho privado europeo, debe partirse de la idea de que el Registro de la Propiedad busca la seguridad en la contratación sobre inmuebles. Con muy diversos grados de cumplimiento de este objetivo, todos los Registros tratan de evitar costes de información y vigilancia sobre los derechos y de dar garantías de estabilidad a los terceros que contratan con quien aparece como titular a tenor de la información registral. Al menos tendencialmente, los Registros se fundan en el principio de que lo que proclaman es exacto y de que, además, son completos. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico dota a su Registro de distintos efectos legales, en forma de presunciones, por lo que sólo algunos consiguen la plena inatacabilidad de la posición de los terceros que, simplemente, confiaron en la información registral, sin necesidad de ulteriores pesquisas sobre titularidades y derechos fuera del registro. En este contexto, el examen del *acquis communautaire* revela que las transacciones sobre derechos reales inmobiliarios han sido expresamente marginadas de diversas Directivas, aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con una interpretación amplia, las ha incluido en algún caso. Además, el fenómeno del comercio electrónico permite augurar un mayor auge de este cauce contractual también en relación con derechos sobre bienes inmuebles (cfr. la exclusión facultativa del art. 9.2 de la Directiva 2000/31/CE). Pese a esta escasez de datos legislativos, el legislador comunitario sí ha regulado algunos derechos para cuya efi-

⁵ Efectos que van desde el puro archivo o depósito de documentos para facilitar sólo el acceso a la información hasta el establecimiento de una fuerte prueba de presunciones que hace inatacable la posición de quien contrata confiado en la información que da el registro.

⁶ PAU PEDRÓN, A., «The Register as an Instrument of Security in Property Transactions», en SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. y GAMBARO, A. (dirs.), *Land Law in Comparative Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 90.

cacia deviene esencial la inscripción registral (una inscripción, como hemos visto, no armonizada). Así sucede con el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (Directiva 94/47/EC) o la cláusula de reserva de dominio (Directiva 2000/35/CE sobre morosidad). En un ámbito aún armonizable, como es la protección del consumidor en los créditos hipotecarios, la atención al fenómeno de la inscripción registral es importante, toda vez que la hipoteca necesita cumplir ese requisito para nacer jurídicamente. E incluso en materias tratadas por el *Soft Law*, que quizás en el futuro podrían ser objeto de normas comunitarias, el papel de la inscripción es crucial, como ocurre con la «eurohipoteca» o los *trusts*.

Sólo se examinarán aquí las dos ideas mencionadas en relación con el Registro de la Propiedad, por su incidencia en el Derecho contractual. Otros registros o archivos cercanos o relacionados, a los que incluso ya está alcanzando el fenómeno de la europeización, quedan al margen de este estudio. Así, el *Catastro*, que puede suministrar la base gráfica para la descripción física de la finca en el Registro de la Propiedad, se encuentra en ocasiones unificado con éste, otras veces coordinado con él o, en otros casos, son dos instituciones independientes. En líneas generales, en los países del norte de Europa el Catastro está vinculado a los Registros de la Propiedad y al servicio del mercado inmobiliario. En el centro y sur europeo se presta más atención a otros usos, como los tributarios, o al apoyo a la actividad agraria, sin vinculación inmediata al sistema de garantías de la propiedad⁷. La Dirección General para la Sociedad de la Información de la Comisión Europea prepara una Directiva sobre la materia dentro del Plan de Acción *e-Europe*. Por su parte, el Registro Mercantil, debido a su pleno ajuste a los iniciales fines «económicos» de las Comunidades Europeas, cuenta ya con un importantísimo grado de armonización a través de Directivas, especialmente a partir de la temprana Directiva 1968/61/EC⁸, e incluso es accesible a través de Internet. Otros registros de Derecho privado como los de patentes, propiedad intelectual, bienes muebles (sobre la compraventa a plazos, por ejemplo) o el peculiar Registro de condiciones generales de la contratación y cláusulas

⁷ DURÁN BOO, I., «The Challenges of the Future European Cadastre», en *CT: Catastro*, octubre 2002, p. 203 (*I Congress on the Cadastre in the European Union*, Granada, 15-17 mayo, 2002). Así, por ejemplo, en Eslovaquia, Hungría y la República checa, Registro y Catastro están unificados en una sola organización.

⁸ Sobre las perspectivas unificadoras de este Registro y el proyecto EBR (*European Business Register*), vid. REICHEL, G. (dir.), *Perspektiven eines einheitlichen europäischen Handelsregisters: Symposium Wien 12 Oktober 2002*, Manzsche Verlag, Wien, 2003, y SCHOLZ, O., «Die Einführung elektronischer Handelsregister im Europarecht», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, 6, pp. 172-176.

abusivas que existe en España desde la transposición en 1998 de la Directiva 1993/13 o el proyecto europeo de crear una base de datos sobre estas cláusulas y las sentencias recaídas sobre ellas (CLAB)⁹, quedan al margen de esta exposición.

II. CONTRATOS SOBRE LAS TRANSACCIONES INMOBILIARIAS Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN EL PROCESO ARMONIZADOR

Es un dato cierto que el legislador comunitario ha prestado una escasa atención al derecho de propiedad y a los derechos reales. Ciertamente, el artículo 295 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) declara que «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Sin embargo, esto no significa, como ha dicho repetidas veces y lo ha afirmado el Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) exclusión total de la actividad legislativa europea¹⁰ en torno a un derecho, el de propiedad, reconocido tanto en la Carta de Niza de Derechos Fundamentales (art. 17) como en la Convención Europea de Derechos Humanos (Primer Protocolo). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado por esta vía con cuestiones de Derecho privado relacionadas con el Derecho de cosas¹¹. Las inversiones de ciudadanos de un Estado miembro en inmuebles situados en otro Estado de la UE son cada vez más frecuentes. Estos contratos o transacciones inmobiliarias obtienen respaldo del legislador por la vía de las libertades fundamentales, constitucionalmente consagradas en el ámbito de la Unión Europea. Así, cuatro libertades inciden en la adquisición transfronteriza de derechos sobre inmuebles¹²: la libertad de esta-

⁹ Accesible desde <http://europa.eu.int/clab/>.

¹⁰ Asunto C-350/92, *Kingdom of Spain v. Council of the European Union* [1995], ECR I-1985; asunto C-222/97, *Trummer and Mayer* [1999], ECR I-1661. Vid. VAN ERP, S., «A Comparative Analysis of Mortgage Law: Searching for Principles», en SÁNCHEZ JORDÁN / GAMBARO, *Land Law in Comparative Perspective*, cit., p. 84.

¹¹ Asunto 22774/93, *Inmobiliare Saffi v. Italy*, de 28 de julio de 1999; asunto 22534/93, *A.O. v. Italy*, de 30 de mayo de 2000; asunto 28272/95, *Ghidotti v. Italy*, de 21 de febrero de 2002. Vid. SCHMID, C. U., «European Influences on Real Property Law», en *Eulius Seminar on Conveyancing Practices*, Lund, 15-16 de mayo de 2003, p. 2 (disponible en <http://www.eulis.org>), fecha de consulta: 10 de enero de 2004); ZATTARA, A. F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, Paris, 2001.

¹² Ya se subrayó en el Noveno Congreso Internacional sobre Derecho registral, organizado por el Centro Internacional de Derecho registral (CINDER), en Torremolinos, 1982, tema II: «Libre circulación de capital y su incidencia en el crédito hipotecario: la Comunidad Económica Europea y otras Comunidades Internacionales» (disponible en http://cinder.registradores.org/uk/congresos/imprimir/congreso_ix_2.htm); fecha de consulta: 30 de enero de 2004). Vid. también SCHMID, *op. cit.*, pp. 3-4.

blecimiento (arts. 43 y 48 TCE), cuando el adquirente es una empresa; la libertad de movimientos de capital y pagos (art. 56 TCE), cuando se trata de cualquier inversor o consumidor; la libertad de movimiento de trabajadores (art. 39 TCE), si es un trabajador extranjero quien quiere adquirir un piso en el país donde pretende prestar sus servicios; y la libertad de servicios (art. 49), en supuestos en que una entidad de crédito desee ofertar préstamos garantizados con hipotecas en países distintos del de su sede.

Como es evidente, cuanta mayor seguridad jurídica ofrezca la normativa de un país, más atractivo resultará para atraer inversiones¹³. Y en relación con la propiedad inmobiliaria, el Registro de la Propiedad es una fuente básica de seguridad jurídica. Precisamente, pese a la protección de las transacciones inmobiliarias a través de los artículos del Tratado de Roma, no cabe desconocer el clásico principio del Derecho internacional privado –plasmado también en el Convenio de Viena de compraventa internacional de mercaderías¹⁴– por el que, en casos de conflictos de leyes, se aplica generalmente la *lex rei sitae*. Aplicado a la inscripción registral como formalidad contractual, queda claro, a tenor del artículo 9.6 del Convenio de Viena, que todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido en cuanto a la forma a las normas imperativas del país en que el inmueble esté sito. La aplicación del Derecho local (no armonizado) también tendrá lugar en relación con la hipoteca (y su inscripción registral como requisito necesario y constitutivo del derecho real) que asegure un préstamo otorgado a un consumidor. De esta forma, mientras el crédito al consumo, que es una de las materias incluidas por excelencia en el *acquis communautaire* en virtud de la competencia comunitaria para la protección de los consumidores, podrá regirse, en principio, por la ley elegida por las partes –una ley nacional que, en todo caso, cuenta ya con un importante grado de armonización–, en cambio, la garantía real más importante y usual, la hipoteca, se regirá por la ley del lugar donde se encuentre el bien hipotecado. Ley en absoluto armonizada en el contexto europeo. De ahí que el Comisario europeo de sanidad y protección de los consumidores, David Byrne, haya destacado recientemente que «la Comisión ha propuesto la inclusión de los créditos hipotecarios en el ámbito de la Directiva [nueva propuesta de Directiva de crédito al consumo] con

¹³ Desarrolla la idea PAU PEDRÓN, «The Register as...», cit., p. 89.

¹⁴ Artículos 4.3 y 9.6 del Convenio de Viena de 1980; artículo 4 del Convenio UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (Ottawa, 1988). Pueden consultarse en ZIMMERMAN, R.; SCHULZE, R. y ARROYO I AMAYUELAS, E., *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

la excepción de los préstamos para la compra de propiedad inmobiliaria»¹⁵. La razón aducida de que «la garantía de una hipoteca está siendo usada crecientemente en el contexto del crédito al consumo» parece que no será suficiente ni a los ojos del Parlamento europeo ni de la mayoría de los Estados miembros. Por lo tanto, si un banco estima necesario constituir un tipo especial de hipoteca que no existe en un país, no podrá emplear la técnica financiera ligada a dicha garantía en ese país¹⁶.

Bajo las coordenadas expuestas, no resulta sorprendente que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se haya ocupado en algún célebre caso de contratos sobre propiedad inmobiliaria y, más en concreto, sobre la hipoteca. En el caso *Trummer*, de 1997¹⁷, el TJCE entendió que la prohibición existente en Austria –también en otros países como Finlandia o Suecia– de inscribir en el Registro de la Propiedad hipotecas establecidas en moneda extranjera suponía una violación de la libertad de circulación de capitales¹⁸. Sin duda, la implantación del euro ha atajado en buena medida problemas como éstos, pero aún cabe pensar en el argumento como contrapeso a la prohibición de inscribir ciertos derechos reales al amparo de la cláusula de orden público. Desde un punto de vista más adjetivo o instrumental, existe también jurisprudencia del TJCE relativa a que las cantidades abonadas por los particulares en la consulta del Registro sólo pueden ir destinados a cubrir la instalación y funcionamiento de éste, incluida la remuneración, pero no otras funciones del Estado u otros gastos públicos¹⁹.

¹⁵ BYRNE, D., «Consumer Aspects of Mortgage Lending», en *European Mortgage Federation Conference*, Brussels, 28 de noviembre de 2003, speech/03/581, p. 4 (disponible en «<http://www.europa.eu.int>» y en «<http://www.hypo.org/>»). La razón dada para no incluir préstamos para adquirir inmuebles es que éstos están cubiertos por el «Voluntary Code of Conduct on home loans», firmado en marzo de 2001 por el sector hipotecario y representantes de los consumidores.

¹⁶ Otmar STÖCKER («La Eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho hipotecario en Europa», en HERNÁNDEZ MORENO, A., [dir.], *Anales [I] 1996/1997, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil [CIDDRIM]*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 20-21) expresa así el problema de la regla *lex rei sitae*, relacionado también con la dificultad de importar instrumentos financieros e hipotecas extranjeras, debido a la excepción de orden público del Derecho internacional privado. Esa es una de las explicaciones del escaso (incluso hoy) tráfico transfronterizo de créditos hipotecarios dentro de la UE.

¹⁷ Asunto C-222/97, *Trummer and Mayer*, [1999], ECR I-1661; confirmado en el asunto C-464/98, *Stefan*.

¹⁸ Para sostener esto, el TJCE afirmó (en el núm. 26) que estas reglas nacionales debilitan la relación entre la deuda asegurada, pagable en moneda de otro Estado miembro, y la hipoteca, y esto sólo puede reducir la eficacia de esa garantía, y por tanto, su atractivo.

¹⁹ Asunto *Carni v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, de 24 de abril de 1993; Asunto *Fantask v. Industriministeriet*, de 2 de diciembre de 1997; Asunto *Tecnologia de Informação SA v. Direcção Geral dos Registos e Notariado*, de 21 de junio de 2001, según cita de PAU PEDRÓN, A., *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004, p. 80, núm. 88.

Ahora bien, para las hipótesis bien de una armonización, bien de una uniformización de los sistemas registrales inmobiliarios en la Unión Europea se deben tener presentes, al menos, tres factores: en primer lugar, la profunda divergencia actual de los Registros de la Propiedad y, en particular, del valor de la publicidad que ofrecen, dentro de los Estados miembros, pese a algunos rasgos homogéneos (*vid. infra*, ap. VI). En segundo lugar, cabe adoptar una perspectiva optimista con vistas a una armonización o uniformización, pese a la gran disparidad reseñada, debido al carácter eminentemente técnico de las reglas registrales²⁰, por el carácter «artificial» o «intelectual» del Registro de la Propiedad, más desligado de las consideraciones de la tradición histórica o de la formación consuetudinaria²¹ que la mayoría de las disciplinas del Derecho privado. Una larga experiencia en este campo viene demostrando los beneficios del Derecho comparado en este ámbito y el éxito de las soluciones transplantadas de un sistema a otro o incluso el cambio total de sistema registral en un ordenamiento jurídico²². En tercer lugar, se ha propuesto recientemente que la regulación de la publicidad registral inmobiliaria en el hipotético Código civil europeo «tendría hoy base suficiente en las competencias de la Unión para regular el Mercado interior –art. 95 (el antiguo 100 bis)– y la protección de los consumidores –art. 153–. Las normas registrales –en general, y no sólo las inmobiliarias– son normas de protección de los consumidores»²³. La afirmación, con ser sugerente,

²⁰ El Derecho inmobiliario registral ha sido descrito como «la más técnica de todas las ramas del Derecho» por RUOFF, SIMPSON o DEKKER (según cita de ZEVENBERGEN, J., *Systems of Land Registration. Aspects and Effects*, Netherlands Geodetic Commission, Delft, 2002, p. 8).

²¹ Señala PAU (*La convergencia...*, cit., pp. 42-43) que «los diversos sistemas registrales no han sido creados sobre un sustrato consuetudinario (...). A ello hay que añadir que no existió en el Derecho romano que late detrás de los Ordenamientos europeos, un sistema de publicidad inmobiliaria. De manera que en el estudio de las posibles raíces comunes de los sistemas registrales europeos hay que excluir esos dos factores –costumbre y Derecho romano– que están presentes en los estudios históricos del Derecho privado europeo». Por ello, el escepticismo de V. RENARD («L'improbable convergence des systèmes fonciers: de la difficulté de transférer des outils de politiques foncières d'un pays à un autre», en *Études Foncières*, marzo-abril 2003, núm. 100; también disponible en <<http://ceco.polytechnique.fr/CHERCHEURS/RENARD/Efn-100.pdf>>, fecha de consulta: 20 de junio de 2004) debe someterse a cierta revisión, cuando se funda (para el contexto mundial, y no sólo europeo) en que «un système foncier est toujours une alchimie complexe entre mécanismes économiques, systèmes juridiques, tradition et coutumes, attitudes vis à vis de la propriété».

²² *Vid.* PAU PEDRÓN, A., «La comparación en Derecho registral» (en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, hoy) en *Id.*, *La publicidad registral*, CER, Madrid, 2001, pp. 11-35; *Id.*, *La convergencia...*, cit., pp. 43-44 y 95 (el Derecho registral resuelve «problemas técnicos que poco tienen que ver con idiosincrasias nacionales»).

²³ PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., p. 21; también, pp. 25 y 94-95. Por su parte, DÍAZ FRAILE, J. M., «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la "hipoteca electrónica")», en *Actualidad Civil*, 1999, III, pp. 994, rechaza que exista fundamento para la armonización

debe acogerse con cierta cautela a la luz del actual diseño competencial de la Unión Europea²⁴.

III. EL PAPEL DE LA INSCRIPCIÓN EN LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONTRATO

1. FORMA, FORMALIDAD, EFICACIA CONTRACTUAL Y PUBLICIDAD REGISTRAL: BASES CONCEPTUALES

Volviendo al núcleo de la primera idea de esta exposición, es preciso resaltar cómo suelen citarse en el entorno comparado como formas propias de los contratos la constancia escrita, la firma –incluida la firma electrónica–, la presencia de testigos, el empleo de un idioma o incluso la escritura notarial o documentación judicial para algunos casos²⁵, pero es usual eludir la mención de la inscripción registral como una formalidad necesaria en los contratos inmobiliarios²⁶. Dado que los contratos no son relaciones jurídicas que afectan sólo a las partes, sino también a terceros, como un autor ha señalado recientemente, los deberes de información contractual, impuestos a veces (particularmente en la protección de los consumidores) como forma necesaria del contrato, pueden tener sentido no sólo en relación con la otra parte sino con el público en general (las terceras partes), y es preciso tener presente este concepto de información o publicidad, característica del Derecho de cosas, también en el Derecho de obligaciones²⁷.

de los sistemas registrales europeos, aduciendo no sólo el antiguo artículo 222 TCE (actual art. 295), el «respeto a las tradiciones y culturas de los diversos Estados miembros» y el hecho de la coexistencia aporoblemática de sistemas registrales diferentes dentro de varios territorios nacionales (Francia, Italia y el Reino Unido con Escocia).

²⁴ Merece una detenida consideración con los siguientes parámetros: el artículo 295 TCE; los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y la STJCE de 5 de octubre de 2000; el contenido de la publicidad registral y su incidencia en la eficacia de los derechos reales; el empleo del Registro por cualquier interesado (incluidos organismos públicos y privados) y no sólo por y para los consumidores: los terceros y adquirentes a los que protege el Registro no coinciden siempre con el concepto comunitario de consumidor (que no excluye al adquirente de inmuebles).

²⁵ Vid. BYLDINSKY, P., «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die folgen ihrer Verletzung», en SCHULZE, R.; EBERS, M., y GRIGOLEIT, H. C. (dirs.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 141-154, especialmente, pp. 142-143.

²⁶ Analiza esto, como una excepción en el panorama doctrinal, WHITTAKER, «The Reformulation...», cit., pp. 207 ss.

²⁷ VAN ERP, S. «Information in Contract and Property Law: Some Cross-Border Remarks (A Brief Contribution to the Discussion)», en SCHULZE/EBERS/GRIGOLEIT, *Informationspflichten...*, cit., pp. 190-192 y 197-198.

En efecto, la conclusión de un contrato despliega toda su eficacia *inter partes* desde el momento del acuerdo, pero para que los terceros no puedan obviar su deber de respeto de la relación jurídica creada, cuando dicho contrato tiene por objeto la transferencia de la propiedad o de derechos reales sobre un bien, es preciso revestir a ese pacto de una exteriorización, que el tronco histórico común procedente del Derecho romano clásico ha diferenciado según la naturaleza del bien²⁸: la posesión para los bienes muebles y la inscripción registral para los bienes inmuebles. Por estas vías de pública demostración de la transferencia, los terceros pueden obtener la información de quién es el nuevo titular del derecho sobre el bien y, por tanto, no pueden ampararse en el desconocimiento de un pacto oculto (*res inter alios acta, nec nocet nec prodest*) para no respetar el derecho ostentado por el nuevo titular. El adquirente queda protegido no ya sólo contra el transmitente, ligado por el *vinculum iuris*, sino también contra los terceros. En términos técnicos, este desdoblamiento de los rasgos del contrato, se ha descrito de dos maneras:

- bien aludiendo a que en la transmisión de derechos reales existe un «elemento contractual» y un «elemento real»,
- o bien, con empleo de la terminología al uso en la mayoría de la doctrina continental y recogida también en textos como el Convenio de Viena (art. 4 CISG) o la Directiva sobre comercio electrónico (art. 9.1)²⁹, distinguiendo entre la «validez» y la «eficacia jurídica» del contrato. La «eficacia» puede ser *inter partes* o *erga omnes*.

Precisamente la plena eficacia frente a todos en las transferencias de derechos sobre inmuebles se consigue, en todos los sistemas, mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y esto sucede incluso en los sistemas en que esta inscripción es voluntaria³⁰: el principio de «inoponibilidad», es decir, que lo no inscrito no perju-

²⁸ Con lo cual no quiere significarse, por supuesto, que el Derecho romano clásico contuviese ya el germen de la publicidad registral, pues es sabido que la publicidad se conseguía por otras vías formales (*mancipatio, in iure cesio, traditio*, etc.): *vid.*, por todos, ZAMORA, J. L., *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho romano*, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

²⁹ De forma paralela, el *Uniform Commercial Code* estadounidense, en su sección 9.203, distingue el *attachment* de la *enforceability* en relación con los derechos de garantía.

³⁰ Así, en España, los artículos 606 CC y artículo 32 LH (*vid.* también art. 13.1) declaran: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros». Conocidas son, por lo demás, las palabras de la exposición de motivos de la reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria: «si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal» (cursiva mía).

dica a tercero, impone indirectamente esta formalidad adicional al contrato para que tenga plena eficacia, sin merma de su validez.

Si bien las ideas anteriores son perfectamente sostenibles desde la perspectiva del Derecho comparado, conviene acercarse ahora algo más al dominio conceptual español para perfilar con más precisión técnica las nociones sobre las que se construye este ensayo. Aunque ello no despejará absolutamente los riesgos inherentes a toda «macrocomparación jurídica»³¹, puede ayudar a clarificar el punto de partida. Dos cuestiones conexas deben ser abordadas: ¿qué se entiende por forma y qué por formalidad? ¿Cuál es la virtualidad de la inscripción en el proceso contractual? O lo que es lo mismo, ¿es la inscripción una forma contractual, una formalidad contractual o ninguna de las dos?

Entre las múltiples acepciones de *forma* del contrato destaca la idea de constituir el cauce para la exteriorización o manifestación de la voluntad de los contratantes. La forma contractual es el conjunto de solemnidades exteriores consideradas como un vehículo necesario de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas para alcanzar plena validez y eficacia jurídica³². El concepto de *formalidad* resulta mucho más desvaído en nuestro sistema jurídico y menos perfilado doctrinalmente y, si bien podría ser usado en relación de género (forma) a especie (formalidad), en estas páginas se empleará en un sentido amplio, como aquel requisito suplementario que debe acompañar a un contrato para obtener efectos adicionales reconocidos por el ordenamiento jurídico³³.

³¹ Sobre los valores didácticos y referenciales de esta «macrocomparación» en el Derecho registral y su utilidad para la convergencia de los sistemas jurídicos, *vid.* PAU PEDRÓN, «La comparación en Derecho registral», *cit.*, pp. 27-31 y 33-35, sobre sus beneficios en materia registral.

³² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, I, p. 249.

³³ En un sentido próximo, WHITTAKER, «The Reformulation of Contractual Formality», *cit.*, pp. 200-201), distingue entre «forms which are required by the law of a contract and those forms which, though not required, are commonly adopted by parties to contracts or to particular types of contracts; a distinction between contractual formalities and contractual forms». [...] «I consciously adopt a very broad approach to “formalities” and include any legal requirement which concerns the form in which the contract is to be expressed or the procedure by which it is to be made or by which it is to be accompanied and which goes to the validity, enforceability or more general effectiveness of a contract to achieve its purpose». E incluye la inscripción registral entre estas formalidades precisas para la eficacia del contrato (pp. 209-210). También SANTOS MORÓN, M. J., *La forma de los contratos en el Código civil*, Universidad Carlos III, «BOE», Madrid, 1996, p. 232, con cita de GUERRERO, GIORGIANNI, GALGANO y ALBALADEJO, define formalidad como «aquellos requisitos exigidos por la ley como elementos añadidos a la propia declaración de voluntad y externos al negocio jurídico mismo pero necesarios para la producción de un determinado efecto jurídico». E incluye la inscripción registral como «formalidad o forma de publicidad», pero sólo en relación con la hipoteca.

¿Puede calificarse la inscripción registral como *forma* del contrato? En puridad, la respuesta debe ser negativa³⁴. Diversas razones lo avalan: *a)* la forma es anterior a la publicidad registral, que sólo implicará exteriorización del derecho real cuando ya se haya producido la forma del negocio jurídico; *b)* la forma afecta esencialmente a las partes, mientras que la inscripción busca obtener la cognoscibilidad general del contenido negocial; *c)* aquélla sirve para probar, ésta para que los terceros no puedan ignorar la situación jurídico-real (oponibilidad); *d)* la forma la realizan las propias partes, pues se refiere al acto jurídico, al revestimiento de su voluntad en el momento de declararse, mientras que la inscripción comporta la exteriorización del acto en los libros registrales, poniendo lo publicado (publicidad) al alcance de cualquiera.

¿Puede calificarse la inscripción registral como una *formalidad* de la plena eficacia del contrato? Y, en caso afirmativo, como entendemos que puede defenderse, ¿qué consecuencias tiene el cumplimiento o incumplimiento de tal formalidad para la eficacia contractual? Ciertamente, no es esta explicación de la publicidad registral —que permite abordar ésta desde el existente acervo comunitario sobre los contratos— una explicación al uso o paladinamente manifestada por la doctrina española. Sin embargo, puede afirmarse que es la concepción existente en la Ley Hipotecaria de 1861³⁵. Y, amén

³⁴ Así, rotundamente lo afirman GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988, I, pp. 41-42 (quien cita *en contra* a F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 278, para quien la publicidad había de concebirse como un supuesto especial de «forma»); PAU PEDRÓN, A., «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en ID., *La publicidad registral*, CER, Madrid, 2001 pp. 384-385; GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», en *ADC*, 2001, I, pp. 124-125; autores en los que pueden verse desarrollados los argumentos que siguen. En cambio, DE CASTRO Y BRAVO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, reed. Civitas, Madrid, 1985, p. 278) concibe la publicidad como una forma, en los siguientes términos: «se denomina forma: a) *El medio de expresión* (...). b) *Las formalidades*. Se refiere a la observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de la voluntad. (...). De las formalidades se distinguen: a) La llamada *forma intrínseca* o estructural (...). b) Las denominadas *formas habilitantes* (...). c) *Las formas de publicidad*, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registros, puesta a disposición).» Y continúa afirmando: «Conforme al valor de las formalidades, se distingue: a) *Valor constitutivo* (“ad substantiam”) (...). b) *Valor integrativo* (“ad solemnitatem”) (...). c) *Valor de publicidad*, que implica su eficacia general o respecto de terceros (no cabe alegar ignorancia). d) *Valor probatorio* (“ad probationem”) (...).» [cursivas del autor].

³⁵ En su exposición de motivos puede leerse: «Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las *formalidades* que se establecen *para conservarlos* (...) sujetar a ciertas *formalidades* la declaración y conservación de derechos preexistentes no es anularlos, *es más bien hacer que sean eficaces*» (cursiva mía). Como explica GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro...», cit., pp. 49-70), en la LH de 1861 la inscripción se configura como voluntaria y no constitutiva «pero cuya práctica se impone a modo de *carga* para la expedita oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales»; la inscripción es

de ser defendida expresamente por algún jurista de la máxima autoridad³⁶, acaba subyaciendo, de forma intuitiva en algunos otros, bien con empleo expreso del término *formalidad*³⁷, bien mediante el recurso al concepto de «carga formal»³⁸ o de *conditio iuris* o presu-

voluntaria pero está muy estimulada (positiva y negativamente) por el cúmulo de sus provechosos efectos. También el *exposé de motifs* de la Ley de Transcripción francesa de 23 de marzo de 1855 (según cita de TROPLONG, tomada de GORDILLO, «La inscripción en el Registro...», cit., p. 126, núm. 299) señala que: «La transcription est l'accomplissement d'une formalité destinée aux tiers...». Como explica este autor —que, por lo demás, mantiene una tesis algo divergente o matizada al respecto—, en relación con los orígenes de la Ley Hipotecaria española, «tres van a ser las bases desde las que se levante nuestro sistema: la teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma —externa de suyo y ajena al proceso transmisivo— y (...) la buena fe de quien confió en el Registro» (GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *ADC*, 1994, II, pp. 70-71).

³⁶ Señaladamente, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pp. 11 y 135-136, donde puede leerse: «La inscripción queda reducida, así, a ser un requisito concomitante con el contrato (...) que no forma parte de él, y que tampoco supone un segundo momento de voluntad en el *iter* constitutivo (...) y sí una formalidad externa (...). Esta *formalidad* es un requisito que, normalmente, no se ha producido todavía al tiempo de concluirse el negocio, pero que puede producirse, desde entonces, en cualquier momento; es, en definitiva, una *conditio iuris*, presuuesto de eficacia, cuya falta no hace al supuesto de hecho incompleto, sino que impide sus efectos propios; por tanto, no es causa de inexistencia, como la falta de un elemento esencial, ni de nulidad, como la falta de forma, sino de ineficacia». Aunque estas frases han desaparecido de la 2.ª edición, de 1984 (*Elementos de Derecho civil, IIIbis*, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984), todavía pueden constatarse en ella, al hilo de la relación entre inscripción, tradición y causa, al explicar la doctrina mayoritaria acerca de que la inscripción no altera el título y el modo: «la inscripción es una formalidad independiente de la tradición, y cumple una función distinta de prueba y defensa del derecho, haciendo además inatacable la adquisición por defecto en la titularidad del transmitente» (2.ª ed., p. 117); y también está en el trasfondo de las últimas ediciones de LACRUZ BERDEJO, J. L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, ed. revisada por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, vol. 1, p. 413, al hilo de la hipoteca: «A veces, incluso, la ley no se conforma con la exigencia de una determinada forma de expresión de la voluntad para que el contrato desenvuelva su completa eficacia, sino que requiere la integración de la forma exigida con ciertas formalidades: tal ocurre, por ejemplo, con el contrato de hipoteca, que no da lugar a la constitución del derecho real si la escritura pública en que se establece no se inscribe en el Registro de la Propiedad» (todas las cursivas de esta nota son mías). Asimismo, Federico de CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., p. 278, *vid. supra* nota penúltima) entiende que las «formalidades» pueden tener «valor de publicidad, que implica su eficacia general o respecto de terceros». También defiende la inscripción como formalidad del negocio, pero respecto a la hipoteca, SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pp. 232-233. Por lo demás, la idea de la inscripción como formalidad para la plena eficacia contractual guarda estrecho parentesco con la «tesis del carácter cuasiconstitutivo de la inscripción», sobre cuya exposición y cita bibliográfica me remito al apartado III.2.3 de este trabajo.

³⁷ Así, GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro...», cit., pp. 65 y 121): «La sobrevaloración de esta formalidad que es la inscripción registral no siempre se ha producido desde un mismo talante ni respondiendo a las mismas razones». Este autor, tras negar firmemente que la inscripción sea forma, parece admitir, concesivamente, la posibilidad de «recoger velas y rebajar de “forma” a “formalidad”». La inscripción, sin ser forma en sentido propio, es formalidad por la que artificialmente se obtiene la publicidad de los derechos reales (...). Formalidad, pues, mejor que forma» (pp. 126-127), para seguir preguntándose por su carácter constitutivo (lo niega, tanto desde el punto de vista intrínseco como extrínseco) y por su carácter de *conditio iuris* (que también niega).

³⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pp. 252 (y p. 403): «(...) se observa en el Derecho moderno una cierta tendencia en favor del negocio formal, aunque limitada a

puesto de eficacia³⁹. Quienes específicamente han manifestado reparos al entendimiento de la inscripción como formalidad lo han hecho desde planteamientos más apegados a ponderar la importancia de la inscripción registral (que, se alega, podría minusvalorarse por el carácter «secundario» o acaso «peyorativo» que el término «formalidad» pudiera tener)⁴⁰ que a objeciones propiamente técnicas.

Ante todo, dejemos sentado que el negocio jurídico que pretende la constitución o transmisión de derechos reales inmobiliarios, en Derecho español, es válido y eficaz aunque no se cumpla este «requisito suplementario que debe acompañar al contrato para obtener ciertos efectos adicionales», tal como hemos definido el término «formalidad». El derecho real habrá surgido válidamente con sus rasgos de inmediatividad y absolutividad (y, por ende, de eficacia *erga omnes*) al margen del Registro. Por tanto, ¿qué le añade al contrato y al derecho real la publicación de la titularidad constituida válida y eficazmente? Es posible formular de varias maneras la relación entre esta formalidad y la eficacia del contrato frente a terceros: en primer lugar, la manera más cruda es aludir a que la formalidad contractual que es la inscripción registral es precisa para obtener la plena eficacia del contrato frente a los terceros; un contrato, cuyo derecho real ya desplegaba su eficacia *erga omnes*, sólo quedará «blindado» en esa eficacia frente a terceros cuando acceda al Registro de la Propiedad. Por lo tanto, más que aludir a que el Registro dote de «más eficacia» a los derechos reales⁴¹, podría decirse que

ámbitos muy concretos de la contratación y limitada también al tráfico de los bienes inmuebles mediante la certidumbre en las relaciones jurídicas establecidas sobre ellos. Este formalismo no exige con carácter absoluto la utilización de las formas solemnes, pero requiere de parte de los que pretenden obtener ciertos beneficios en el tráfico el que cumplan ciertas cargas formales» (cursiva mía).

³⁹ LACRUZ-SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., ed. 1968, pp. 135-136, antes transcrito (respecto a toda inscripción); ed. 1984 (sólo respecto a la inscripción constitutiva), pp. 111-112.

⁴⁰ Ha sido GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario...*, cit., p. 42) quien tras negar que la inscripción sea «forma» ha tratado de apartar también el concepto de «formalidad» (pese a no cohonestar mal con su tesis de la eficacia cuasiconstitutiva de la inscripción, *vid. infra* n. 63), sin rechazarlo frontalmente, aduciendo que «puede inducir a confusión, pues la palabra “formalidad” o “formalidades” tiene un cierto sentido secundario en relación con la situación formalizada, que si bien puede referirse a determinados requisitos meramente adjetivos, no concuerda bien con el valor y efecto de la publicidad registral. Esto sin contar con que la palabra “formalidad” tiene un sentido peyorativo en ocasiones, lo que contradice la esencia e importancia de la publicidad para la situaciones jurídicas de eficacia *erga omnes*». Por su parte, MORALES MORENO (voz «Forma [Derecho Civil]», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, II, p. 3144) entiende como una de las acepciones de forma «una exigencia impuesta por el ordenamiento a los negocios jurídicos para su perfección o para que produzcan determinados efectos. En este sentido, la forma (formalidad) se diferencia del tipo o estructura intrínseca del negocio y de la publicidad (inscripción del negocio en un registro)» (cursiva mía).

⁴¹ En palabras de Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, III, p. 425: «El Registro dota a los derechos reales de una mayor

esta formalidad consigue proteger la eficacia *erga omnes* del derecho real. En segundo lugar, la inscripción como formalidad contractual garantiza la *oponibilidad* del contrato frente a terceros, lo cual lleva ínsita su necesidad cuando se quiere asegurar la eficacia *erga omnes* del derecho real transferido en el contrato. Esta idea puede insertarse en la visión de la oponibilidad como «una eficacia indirecta» del contrato frente a los terceros⁴². Ahora bien, quizás sea más preciso con el concepto de formalidad como requisito suplementario para obtener efectos adicionales tutelados por el ordenamiento plantear esta segunda formulación desde la pregunta en negativo antes realizada: ¿qué consecuencias tiene el incumplimiento de la formalidad para la eficacia contractual y, por ende, para la eficacia *erga omnes* del derecho real? La respuesta está en la *inoponibilidad* (arts. 606 CC español y art. 32 LH). La omisión de la inscripción impide el despliegue, con todo su alcance, de la eficacia frente a todos los terceros del derecho real válidamente constituido⁴³, pues «los derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». El «efecto adicional» que produce la inscripción registral como formalidad contractual es que los terceros no puedan alegar desconocimiento del derecho real constituido o transmitido conforme al contrato que no sólo se adornó de la forma necesaria, sino también de la formalidad suplementaria que dota de publicidad a su contenido real. En conclusión, calificar a la inscripción como formalidad contractual supone llevar las ideas de oponibilidad y publicidad a la esfera contractual, pero a un momento posterior (formalidad adicional) a la validez y eficacia del negocio jurídico.

2. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES AFECTADOS

Las anteriores ideas deben ser matizadas con tres principios estructurales bien conocidos en el Derecho comparado, que refle-

eficacia y de una más vigorosa protección, pero la inscripción no es necesaria para que se produzca la modificación jurídico-real».

⁴² Por todos, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pp. 258 y 398 ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; DE PABLO CONTRERAS, P., *et al.*, *Curso de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000, p. 404. En cambio, una revisión crítica de esa interpretación puede verse en VAQUER ALOY, A., «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña)», en *ADC*, 1999, IV, pp. 1491 ss., especialmente pp. 1541-1562.

⁴³ Según la interpretación de GORDILLO («La inscripción en el Registro...», cit., pp. 66, 128-129 y 220-221) la inscripción no es la fuente de la oponibilidad del derecho real, sino que es la omisión de la inscripción la que impide el juego de la oponibilidad connatural al derecho real, y esa privación no es *erga omnes* sino sólo frente a terceros de buena fe.

jan las arraigadas diferencias entre los sistemas jurídicos respecto a la eficacia real de los contratos sobre inmuebles y sobre la creación misma de los derechos reales por esta vía:

2.1 Los sistemas de transmisión de la propiedad y los derechos reales

Siquiera expuestos de manera muy sencilla y algo superficial, puede aludirse a la existencia de tres sistemas⁴⁴: en primer lugar, el *sistema consensual*, cuyo paradigma es el Derecho francés⁴⁵, por el cual el contrato, por sí solo, transmitirá la propiedad entre las partes, sin necesidad de entrega física de la cosa (*traditio*) ni de otros requisitos. La inscripción del derecho sobre el inmueble, en este caso, sirve únicamente para poder invocar la transferencia frente a terceros. En segundo lugar, en el *sistema de la tradición*, cuyo ejemplo más notorio es Alemania (§ 925 BGB), la transmisión de la propiedad se produce, habiendo acuerdo abstracto sobre la transmisión, en el caso de los bienes muebles con la entrega y en el de los inmuebles con la inscripción en el Registro. El contrato tan sólo genera la obligación personal del transferente de entregar la propiedad o el derecho real. Las partes manifiestan su «consentimiento material» a que se produzca la transferencia de la propiedad mediante el llamado «acuerdo real» (*Einigung* o *Auflassung*)⁴⁶, pero la efectiva transmisión sólo se producirá con la inscripción, para cuya práctica es necesario un nuevo «consentimiento formal» (*Eintragungsbewilligung*), el consentimiento –en documento público, § 29 GBO– de la parte perjudicada por la inscripción (§ 19 GBO; previa solicitud de la inscripción, *Eintra-*

⁴⁴ Vid. en detalle DROBNIG, U., «Transfer of Property», en HARTKAMP, A., *et al* (dirs.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri/Kluwer, Nijmegen/The Hague/London/Boston, 2.^a ed., 1998, pp. 495-510; DE PABLO CONTRERAS, P., «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en CÁMARA LAPUENTE (COORD.), *Derecho privado europeo*, cit., pp. 951-966; CAREY MILLER, D. L., «Passing of Property: Finding the Fundamentals», en ESPIAU, S. y VAQUER, A., *Bases of a European Contract Law. II International Congress Lleida 9-10 May 2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 471-485; GALGANO, F., «La transmisión de la propiedad en *Civil Law* y en *Common Law*», en GALGANO, F. (dir.), *Atlas de Derecho privado comparado*, FC Notariado, Madrid, 2000, pp. 187-195.

⁴⁵ Artículos 711, 1138, 1583, 2113.2, 2127 y 2134 del CC francés. También es el sistema en Bélgica (mismos preceptos citados), Italia (art. 1376), Portugal (art. 408.1) y Eslovaquia (desde 1993).

⁴⁶ *Einigung* es el término general del «acuerdo real abstracto», *Auflassung* para el acuerdo sobre la transmisión de inmuebles: §§ 925 y 873 BGB. Debe realizarse en este caso en documento público (notarial o judicial), según el § 311b BGB (cfr. también el § 127.^a).

gungsantrag, § 13 GBO)⁴⁷. En último lugar, cabe mencionar como tercer *sistema* el del «*título y el modo*» español (art. 609), que supone una solución intermedia, al requerir tanto el contrato dotado de causa como la entrega del bien (o en el caso de los inmuebles, es posible en su lugar el otorgamiento de una escritura pública) para entender transmitida la propiedad o el derecho real. A diferencia del sistema alemán, en el español la transferencia del derecho se produce al margen del registro: el comprador es propietario desde que se le entrega la finca o desde que se otorga la escritura pública (art. 1462.2 CC). La inscripción no consuma la adquisición, sino que sirve para protegerla frente a terceros.

2.2 Los sistemas causalistas y los sistemas abstractos

En los primeros, vigentes por ejemplo en Francia, Italia, España, Países Bajos, Croacia o Hungría⁴⁸, la validez de la transferencia de la propiedad dependerá de la validez del contrato (que generó la obligación de transmitir, en unos casos, como en España, o la transmisión en otros, como en Francia). En los sistemas abstractos, representados por Alemania, la transmisión del derecho real será válida incluso aunque el contrato fuese nulo; no hay conexión directa entre el contrato y la transmisión; si existía el acuerdo real, el nuevo propietario no dejará de serlo por la nulidad del contrato que le sirve de base, aunque existe el derecho del vendedor a reclamar la retransmisión (§ 812 BGB), en virtud de una acción personal.

En síntesis, mientras en sistemas causalistas de título y modo —como el español o el austríaco⁴⁹— se exigen tres requisitos para la transmisión de la propiedad (consentimiento, causa y entrega), en los sistemas causalistas consensualistas sólo se exigen dos requisitos (consentimiento y causa; la entrega es superflua: se entrega una cosa que ya es propiedad del adquirente por el contrato) y en los sistemas abstractos de tradición también se exigen dos requisitos (consentimiento y entrega, en realidad, inscripción para los inmuebles). Algunas de las propuestas de armonización

⁴⁷ Sobre el sistema alemán, por todos, MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004.

⁴⁸ Sobre estos dos últimos, además de la bibliografía citada en la nota 54 de este trabajo, puede verse un resumen del sistema registral en PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 65-68.

⁴⁹ Artículos 609, 1258 y 1462 CC español; §§ 425-426 ABGB austríaco.

de esta materia en el contexto de un eventual Código civil europeo abogan por la solución del primer sistema (causalista de título y modo)⁵⁰. Ahora bien, cabe decir que este sistema es razonable si el modo sirve efectivamente para dar a conocer el derecho real⁵¹, para que el derecho real no siga oculto o clandestino. La evolución social ha ido desmaterializando en toda Europa el antiguo concepto posesorio de la tradición⁵², de tal forma que en el estadio actual, en el sistema del título y el modo, la tradición instrumental (art. 1462.2 CC español) simplifica el proceso de forma suficiente como para erigirse en factor de convergencia entre los diversos sistemas: en efecto, si la propia escritura pública en que consta la transformación jurídico-real equivale a tradición y al Registro sólo acceden documentos públicos (en la mayoría de los sistemas), erigiéndose *en la práctica* la tradición instrumental como requisito previo a la práctica de la inscripción⁵³, cabe concluir que el papel de la entrega física puede quedar orillado para el hipotético sistema común europeo de transferencia de derechos reales inmobiliarios, pues no es requerible para producir esa (*sensu stricto*, publicidad) plena eficacia frente a terceros que añade la inscripción ni en los sistemas consensualistas (sólo título), ni en el sistema de tradición germánico (inscripción), ni en el sistema del título y modo (tradición instrumental para acceder a la publicidad registral).

⁵⁰ Así, DROBNIG, *op. cit.*, p. 510; DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 965. La mayor fidelidad de este sistema a las fuentes históricas comunes es también enfatizado, contra la solución «ahistórica» de los puros sistemas consensualistas (GALGANO, *op. cit.*, pp. 187 y 190). Por lo demás, es sabido que el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías menciona [art. 4.b)] la cuestión de la transmisión de la propiedad, pero rehuye definir cómo se produce ésta.

⁵¹ PAU PEDRÓN, «Efectos de la inscripción...», cit., p. 369. Como apunta este autor, «si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer –o, al menos, puedan conocer– la existencia de los derechos reales», lo cual no se produce por el puro negocio, ni siquiera por su forma (escrita, pública), sino por la inscripción registral.

⁵² Vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., I, pp. 670-671; PAU PEDRÓN, «Efectos...», cit., pp. 369-370 y 376.

⁵³ Por supuesto, soy consciente del carácter polémico de esta afirmación, habida cuenta del conocido debate en la doctrina española acerca del valor de la tradición instrumental y su posible carácter de mera presunción *iuris tantum* de transmisión de la posesión (tesis abandonada hoy por el Tribunal Supremo). La afirmación del texto –que, por supuesto, no significa en absoluto que la inscripción sustituya a la tradición, ni que interfiera en el proceso adquisitivo, ni que el derecho no haya nacido extrarregistralmente– requeriría mayores matices que alejarían al lector del hilo comparativo que persigue este trabajo. Me remito para su fundamentación (y exposición de las tesis contrarias) a LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, cit. (ed. 1984), pp. 115-121, y más en detalle ya en LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario*, 2.^a ed., Zaragoza, 1957, pp. 168 ss., y a GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 670-671 y 640-667.

2.3 Los sistemas de inscripción obligatoria, constitutiva o voluntaria

La tercera pieza en este complejo engranaje de sistemas que toman rasgos de una u otra clasificación, sin componer un patrón puro y uniforme en ningún caso, se basa en los efectos de la inscripción registral⁵⁴. Existen tres posibilidades:

– *Inscripción obligatoria, pero declarativa*. La transferencia de derechos sobre la propiedad inmobiliaria se produce fuera del Registro, pero la Ley impone a determinadas personas, bajo la amenaza de multas y de responsabilidad por daños, la obligación de inscribir. Así sucede en Francia (también en Bélgica, Luxemburgo, Italia o Suecia), donde, desde 1955, los Notarios, Procuradores y titulares de oficios públicos deben cumplir con ese deber en el plazo de tres meses desde la fecha de otorgamiento del documento⁵⁵. Se busca que el Registro sea lo más completo posible, también a través del principio de inoponibilidad, de forma que lo no publicado por el Registro no puede alegarse frente a terceros.

– *Inscripción constitutiva*. La constitución, modificación y transmisión de derechos reales sobre inmuebles sólo se produce tras la necesaria inscripción (§ 873 BGB). Antes no ha nacido el derecho real a partir del puro contrato. Es el sistema existente prácticamente en Alemania, Austria, Países Bajos, Finlandia o Grecia⁵⁶. También en Inglaterra desde la nueva *Land Registration Act 2002* (LRA), que establece un Registro de inscripción constitutiva y electrónica, como se examinará después; con anterioridad, el Derecho inglés ya había establecido la inscripción obligatoria para toda finca enajenada desde el 1 de diciembre de 1990; pero mientras antes de la LRA de 2002 el contrato ya creaba un

⁵⁴ Aunque a lo largo de este trabajo se tomarán en consideración también los sistemas registrales de los nuevos Estados miembros de la UE desde mayo de 2004, la mayoría de las referencias se focalizan en los Estados anteriores a la ampliación. Para mayor información sobre la normativa registral en Croacia, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Hungría, pueden consultarse los ensayos contenidos el número 01 de 2003 de *Eastlex* (disponible en «http://eastlex.juris.de/ausgabe_01/html/EASTLEX.2003.01.inh.htm»; fecha de consulta: 15 de junio de 2004).

⁵⁵ Artículo 33 del Decreto de 4 de enero de 1955. En Suecia lo impone el artículo 3, capítulo 20 del *Land Code* de 2000 (si no se presenta en el registro en tres meses se podrá imponer una multa, aunque la compraventa produce sus efectos y la propiedad se transmite).

⁵⁶ Respecto los dos últimos países, véase la información ofrecida por la *Verein für rechtsvergleichendes Grundbuch- und Hypothekenrecht* en la página web: «<http://www.eurojurislawjournal.net/Hypothekenrecht/Uebersicht-Grundstuecksregister-fr.htm>» (fecha de consulta: 29 de diciembre de 2003), y allí, los trabajos, presentados a *The Third Real Estate Forum: Mortgage Lending in Europe*, Bruxelles, 27 de febrero de 2001, por VUORENPÄÄ, E., «Law of Land Registration and Mortgages in Finland», y COTSAKI, C., «Law of Land Registration and Mortgages in Greece», y otras contribuciones sobre la materia.

derecho real, defendible sólo en Equidad (*property interest in Equity*), la nueva legislación requiere para el surgimiento del derecho la «inscripción electrónica». Debe repararse en que *el sistema de inscripción constitutiva es compatible con el sistema causalista*, como demuestra la coexistencia de ambos en países como Austria, Países Bajos o Suiza, por lo que su implantación no supone asumir el negocio real abstracto de Alemania⁵⁷. Las nuevas técnicas de comunicación, además, facilitan la inscripción constitutiva, cuya clave radica en buscar la máxima adecuación del Registro con la realidad, como ha puesto de manifiesto la *Law Commission* inglesa⁵⁸. Y este objetivo de tendencial exhaustividad se traduce en el principio positivo de que lo que publica el Registro es la única realidad jurídica existente y en el negativo de que lo que no consta allí se entiende inexistente. Debe tenerse presente, no obstante, que en estos sistemas la inscripción constitutiva sólo se requiere para las modificaciones jurídicas mediante negocios *inter vivos* sobre inmuebles, por lo que existen mecanismos de corrección de la inexactitud, por ejemplo para transmisiones *mortis causa*.

– *Inscripción voluntaria y declarativa*. En sistemas como el español, conectado en este punto con su tradición histórica desde el siglo XVI⁵⁹, o el polaco (*ex* Ley de 25 de octubre de 1991), el principio de inoponibilidad de lo no inscrito se formula sin introducir la inscripción obligatoria ni la constitutiva⁶⁰, *salvo respecto a las hipotecas*. Cabe resaltar, en este sentido, la tendencia generalizada en los países europeos de exigir inscripción constitutiva para la hipoteca, cualquiera que sea el sistema de inscripción vigente

⁵⁷ JEREZ DELGADO, C., *Hacia la inscripción constitutiva*, CER, Madrid, 2001, pp. 117 y 200 ss., quien propone la incorporación de ese sistema en España; PAU PEDRÓN, «Efectos de la inscripción...», cit., p. 388., *vid.*, *ad exemplum*, § 4 de la *Grundbuchgesetz* austríaca (inscripción constitutiva) y §§ 424 y 425 GBG y 421, 451 y 481 ABGB (causalidad); artículos 657 y 665 del ZGB suizo (contrato causal traslativo).

⁵⁸ «(...) under the system of electronic dealing with land it seeks to create, the register should be a complete and accurate reflection of the state of the title of the land at any given time, so that it is possible to investigate title to land on line, with the absolute minimum of additional enquiries and inspections» (LAW COMMISSION AND H.M. LAND REGISTRY, *Land Registration for the Twenty-First Century. A Conveyancing Revolution* [Law Com núm. 271], London, 2001, § 1.5).

⁵⁹ Así, la Real Pragmática de 1539 y la Pragmática-Sanción de 1768 sobre los Oficios o Contadurías de Hipotecas» (*vid.* MANZANO SOLANO, A., «Las instituciones registrales en los países occidentales», en DÍAZ FRAILE, J. M. [dir.], *Estudios de Derecho privado europeo*, CER, Madrid, 1994, p. 615).

⁶⁰ Precisamente en este rasgo, esto es, compaginar la eficacia plenamente aseguradora de la inscripción con su carácter declarativo y voluntario, se cifra lo realmente original y genuino del sistema registral español en el espectro comparado: así, por todos, GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro...», cit., pp. 11 ss. Desarrollando los rasgos de esta originalidad, *vid.* GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema...», cit., pp. 21-81, esp. pp. 64 ss.

(con excepción de Francia y Bélgica)⁶¹. En el sistema español nadie está obligado a inscribir los derechos reales transmitidos sobre inmuebles (ni las partes, ni el Notario); sin embargo, esta inscripción resulta imprescindible para obtener la plena eficacia frente a terceros. Esto explica el elevado número de inscripciones practicadas y la eficiencia del Registro en este país, recomendado desde 1996 por el Banco Mundial como un buen modelo para países que pretenden implantar un Registro de la Propiedad⁶², dados los serios efectos que la inscripción procura para la seguridad jurídica, a causa de la depuración de titularidades practicada *ex ante* por el Registrador.

En conclusión, pese a las importantes disparidades de estructura y funcionamiento, cabe concluir que el papel de la inscripción registral como formalidad adicional necesaria para la plena eficacia del contrato traslativo de derechos reales inmobiliarios es crucial en todos los sistemas: si el contrato tiene por objeto la creación de una hipoteca, la inscripción se erige en la mayoría de los sistemas como necesaria para el nacimiento del derecho (constitutiva); si el contrato busca la transmisión de la propiedad o de otros derechos reales, en los sistemas de inscripción constitutiva, la inscripción es el requisito formal que da efectos plenos al contrato incluso entre las partes; si la inscripción es declarativa (sea obligatoria o voluntaria), sólo al hacerla el contrato despliega plenos efectos frente a terceros –aunque la transmisión del derecho ya se haya

⁶¹ § 873 BGB alemán; §§ 431 y 451 ABGB austríaco (y §§ 13-18 de la Ley del Registro de la Propiedad); artículo 1875 CC español (y art. 145 LH); artículo 2808 CC italiano; artículo 687 CC portugués (y art. 6 de la Ley del Registro de la Propiedad); seccs. 4.1.g y 93.2 LRA inglesa de 2002; Países Bajos (arts. 3:89, 3:98 y 3:260 NBW); artículo 16.1 de la Ley de Propiedad finlandesa (*Code of Real Estate* de 12 de abril de 1955/540). También en el artículo 799 ZGB suizo.

⁶² Informe del Banco Mundial, *From Plan to Market*, Oxford University Press, World Bank, Oxford, 1996, p. 3. Resaltan el dato y el modelo español, exportado en parte a diversos países de Europa Oriental DE ANGULO, L.; CAMACHO, J., y CASTILLA, M., *Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro. Estudio comparativo del sistema de Registro de la Propiedad español y del sistema norteamericano de seguro de títulos*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p. 13. Resalta ARNAIZ EGUREN, R., «La publicidad registral en el panorama mundial actual», en HERNÁNDEZ MORENO, *Anales [1] 1996/1997*, cit., p. 60, los convenios al respecto de España con Armenia, Letonia y otros países del Este europeo. Sobre los diversos informes internacionales en relación con los sistemas registrales, *vid. infra*, apartado VI.1. Crítico con las alabanzas de los organismos internacionales respecto al sistema de Registro de titularidades como modelo de exportación a países en vías de desarrollo, cuando éstos no tienen implantado ningún sistema registral (*vid. infra ibid.*), se muestra ZEVENBERGEN, J., «Is Title Registration really the Panacea for defective land administration in developing countries?», en *Proceedings International Conference on Land Tenure in Developing World*, Cape Town, 1998, pp. 579-580 (disponible en <<http://www.gtz.de/orboden/capetown/cape60.htm>>; fecha de consulta: 28 de junio de 2004).

producido—, con lo que ha podido incluso hablarse de su carácter «constitutivo» o «cuasiconstitutivo» hacia los terceros⁶³.

3. LA FORMA CONTRACTUAL QUE ACCEDE AL REGISTRO

Si bien es principio extendido respecto a los contratos en general la libertad de forma⁶⁴, cuando éstos versan sobre constitución o transferencia de derechos sobre inmuebles los ordenamientos legales oscilan entre requerir la forma escrita⁶⁵ y exigir que ese documento sea además una escritura pública, bien como requisito de validez del contrato, bien como requisito para la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad⁶⁶. En la mayoría de los Derechos continentales (quizás con la aislada excepción de Italia⁶⁷) al Registro de la Propiedad sólo acceden documentos públicos (notariales, judiciales o administrativos), mientras que en Gran Bretaña, Irlanda y los países escandinavos

⁶³ Vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., I, pp. 330-331 y, en detalle, pp. 583-607 (quien defiende —con cita de apoyo de hipotecaristas clásicos como Jerónimo GONZÁLEZ, Bienvenido OLIVER, Ramón DE LA RICA, Manuel VILLARES, Manuel GÓMEZ GÓMEZ, etc.— la llamada «tesis de la inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva»: la inscripción no es meramente declarativa, sino «conformadora de la plenitud de eficacia del derecho real», por lo que podría hablarse, según GARCÍA GARCÍA —p. 584— de «inscripciones constitutivas propiamente dichas», que determinan el nacimiento o existencia del derecho real, y de «inscripciones cuasiconstitutivas», que no determinan ese nacimiento, sino que configuran el derecho real como «pleno en sus efectos *erga omnes*»); también, ARNAIZ EGUREN, R., «La publicidad registral...», cit., p. 41. Vid. la exposición de motivos de la reforma de 1944 de la LH (*supra*, nota 30) y la explicación de la inscripción como *formalidad* contractual en el apartado III.1. Para la crítica de la tesis de la inscripción cuasiconstitutiva, GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro...», cit., pp. 66, 128-129 y especialmente pp. 213-225. A juicio de PAU PEDRÓN (*La convergencia...*, cit., p. 56), «los Derechos europeos convergerán en el futuro en un sistema de inscripción constitutiva».

⁶⁴ Reflejada en los artículos 11 y 29.1 del Convenio de Viena de 1980 (pero cfr. art. 12); art. 2.101 (2) PECL (*Principles of European Contract Law*); arts. 1.2 y 3.2 de los Principios sobre contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, y art. 5.4 del Anteproyecto de Código europeo de contratos (GANDOLFI/Academy of European Private Lawyers, Giuffrè, Milano, 2001). Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Forma, objeto y causal/*consideration*», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., pp. 417 ss.

⁶⁵ Por ejemplo, el Derecho inglés: s. 53 (1) *Law of Property Act 1925*. Los requisitos de un documento o *deed* (estar firmado, emitido y entregado) se enuncian en la s. 1 (2), *Law of Property (Miscellaneous Provisions), Act 1989*. Los documentos electrónicos para la transmisión de la propiedad inmobiliaria tendrán el valor de un *deed* (s. 91 LRA 2002).

⁶⁶ Cfr. artículos 2146-2156 CC francés. El caso español es un poco peculiar y se encuentra en medio de estos extremos: existe libertad de forma contractual (arts. 1254, 1256 y 1278 CC). La creación y transmisión de derechos reales sobre inmuebles deben constar en escritura pública (art. 1280.1), pero esa obligación sólo significa que una parte contractual puede exigir a la otra la elevación a escritura pública del contrato que no tuviese esa forma (art. 1279), que es válido y eficaz *inter partes*. En cualquier caso, para inscribir los derechos en el Registro (y obtener así plena protección frente a terceros) es preciso presentar escritura pública del contrato o el documento público que acredite el derecho (art. 3 Ley Hipotecaria).

⁶⁷ MANZANO SOLANO, *op. cit.*, pp. 587 y 605.

se admiten también documentos privados. El Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), fundado en 1972 en Argentina y ubicado desde 1982 en España, en uno de sus últimos congresos internacionales sentó como conclusión para la armonización de los sistemas registrales la recomendación de que la ley exija que los derechos reales inmobiliarios que deseen registrarse consten en documento público⁶⁸. La razón fundamental de este extendido requisito para propiciar el acceso del derecho real al Registro estriba, entre otras, en la presunción de veracidad que adorna al documento público, así como sus eminentes funciones probatorias. Las consideraciones antes vistas sobre la tradición instrumental como factor de convergencia tampoco pueden ser obviadas.

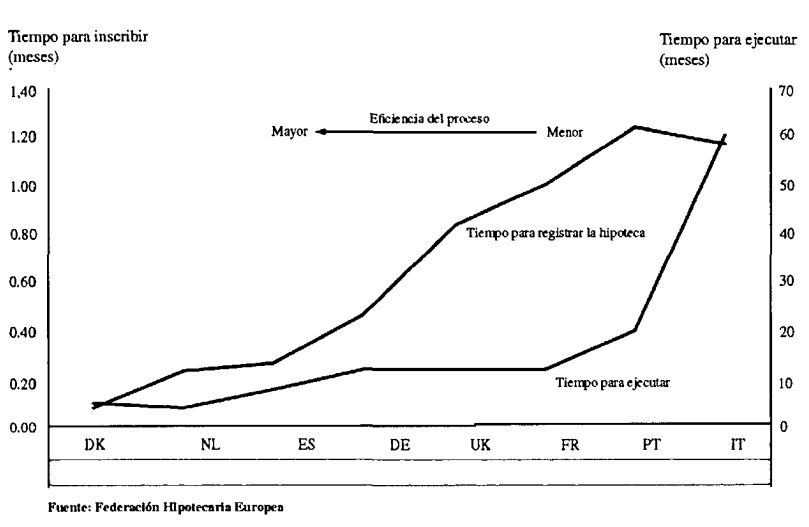
4. EL MOMENTO DE INGRESO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EL «LAPSO REGISTRAL» O *REGISTRATION GAP*

Como se ha visto, la eficacia *erga omnes* de los contratos sobre derechos reales respecto a inmuebles se consigue a través de dos etapas, como son la celebración del contrato con su plasmación documental y la inscripción del contenido de ese documento contractual. El período de tiempo que media entre esas dos formalidades contractuales (la firma del documento y la entrada en el Registro), que la doctrina inglesa denomina *registration gap*⁶⁹, con los riesgos que existen mientras tanto, es la mejor prueba de la importancia de la inscripción en el proceso contractual. Ese interregno se produce en los tres sistemas de inscripción (voluntario, obligatorio o constitutivo). Su dilación varía mucho según los países, incluso respecto a los contratos de creación de una hipoteca, donde existe coincidencia en el carácter constitutivo de la inscripción, como ya se expuso. Así puede apreciarse en el siguiente cuadro, donde se aprecia que va de unos pocos días en Dinamarca (con sistemas automatizados), Países Bajos o España, a prácticamente un mes en Italia y Portugal.

⁶⁸ *XII Congreso Internacional sobre Derecho Registral*, Comité II, undécima conclusión. Una crítica a la exigencia de documentos públicos para la inscripción en el Registro puede verse en DE JUAN DE CASTRO, R., «El Registro de la Propiedad como institución abierta a la presentación de toda clase de documentos, privados y públicos», en *La Ley*, 2001, 5, pp. 1767-1770; el autor argumenta a partir de la admisión de documentos privados para otros asientos distintos del principal, como la «anotación preventiva» (o la *Vormerkung* en Alemania).

⁶⁹ Para la explicación histórica y económica del concepto dentro del proceso contractual, puede verse, entre otros, POTTAGE, A., «The Originality of Registration», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 15, pp. 371-401.

Tiempo medios de inscripción registral y ejecución de la hipoteca



La cuestión, desde un punto de vista económico no es menor, pues uno de los factores, entre otros, que inciden en la variación de precios que existe entre los países para la constitución de una hipoteca se debe a costes derivados del tiempo que cuesta inscribir⁷⁰.

Desde el punto de vista jurídico y ya en relación con todos los contratos sobre inmuebles, los problemas que plantea el «lapso registral» o *registration gap* son múltiples, tanto por la creación de derechos por terceros como por el transmitente en ese tiempo, y van desde los plazos para la usucapión de terceros al establecimiento de la prioridad de derechos (v. gr., dos hipotecas sobre la misma finca)⁷¹: en concreto, actos fraudulentos transmisivos del transmitente, adquisición de derechos por terceros (usucapión, terceros hipotecarios), derechos que ganan prioridad en el intervalo, lapso entre el pago y la adquisición del derecho real, etc. Pero, sobre todo, donde más claramente se aprecia es en la *doble venta* del inmueble y en la venta por quien no es su titular, cuando el adquirente pretende la inscripción de un inmueble ya registrado en favor de otra persona.

⁷⁰ MERCER OLIVER WYNAM AND EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Study on the Financial Integration of European Mortgage*, octubre de 2003, disponible en «<http://www.hypo.org>», p. 56. La figura reproducida en el texto procede de ese estudio, p. 45.

⁷¹ Otros problemas en sistemas de inscripción constitutiva como el alemán son la pérdida o limitación de la capacidad de obrar en el interregno, la muerte del disponente, la limitación de su poder de disposición (v. gr., por una situación concursal), el cambio del régimen jurídico entre el acuerdo real y la inscripción, etc. Sobre ellos, BAUR, F.; BAUR, J. F., y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 17.^a ed., C. H. Beck'sche, München, 1999, § 19.32-39, pp. 209-212.

Un ejemplo⁷² comparando el Derecho alemán, el francés y el español, paradigmáticos de los diversos sistemas registrales, revelará los diferentes resultados sobre la eficacia del contrato.

Caso (Rasgos del sistema)	Alemania Sistema abstracto y de tradición, con inscripción constitutiva	Francia Sistema consensual y causalista, con inscripción declarativa pero obligatoria	España Sistema causalista y de tradición (título/modo), con inscripción declarativa y voluntaria
1. A vende el inmueble primero a B, que no inscribe su derecho. Después A lo vende a C, quien inscribe	La venta a B no tiene efectos. La venta a C será oponible frente a todos	<i>La venta a B será inoponible frente a C</i>	<i>La venta a B será inoponible frente a C. C es el propietario</i>
2. A vende el inmueble dos veces, a B y a C, que inscriben sus derechos	Es propietario el que inscribe primero. La segunda inscripción se rechazará o cancelará	La venta con fecha de inscripción más antigua será oponible al otro adquirente. Responsabilidad notarial. La segunda venta será inoponible a los terceros	Es propietario el que inscribe primero. La segunda inscripción se rechazará o cancelará
3. A vende el inmueble dos veces, a B y a C. Ninguno inscribe su derecho	Ni B ni C adquieren la propiedad	<i>El contrato de fecha más antigua prevalece</i>	Adquiere la propiedad quien primero posea el inmueble con buena fe. Si no hay posesión, es propietario quien presente el contrato de fecha más antigua, con buena fe
4. A, que no es propietario, pero figura como titular en el Registro, vende el inmueble a B	B adquiere el bien (si es de buena fe: no si conocía por otros medios la falta de titularidad de A) •	El acto será nulo	B adquiere el bien (si es de buena fe: no si conocía por otros medios la falta de titularidad de A) •

Como puede verse, en los casos 2 y 4 la coincidencia entre el Derecho alemán y el español proviene de la fuerte eficacia de la

⁷² Tomo la base de los casos y de la comparación entre Francia y Alemania de los resultados generales ofrecidos por la *Verein für rechtsvergleichendes Grundbuch- und Hypothekenrecht* en la página web antes citada («<http://www.eurojurislawjournal.net/>» [...]). Para mayor detalle de la comparación entre Alemania, Francia e Inglaterra (antes de la LRA 2002), WAGEMANN, S. T., *Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern. Eine Rechtsvergleichende Studie zum Liegenschaftsrecht von Deutschland, England un Frankreich*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, pp. 144-152.

publicidad registral (esa información se presume exacta, sanando las deficiencias del título en favor del tercero de buena fe). El Derecho francés da otra solución por los efectos más débiles de su Registro (un Registro de documentos, no de titularidades; *vid. infra*, VI), que no publica al titular actual de la finca, sino los contratos de todos los posibles titulares. En los *casos 1 y 3* la distinta solución del Derecho alemán respecto a la solución afín entre Derecho español y francés tiene su raíz en el carácter constitutivo de la inscripción (no necesariamente ligada al principio de abstracción, pues se da también en países causalistas distintos de España).

En la práctica, estos graves problemas de merma de la eficacia del contrato por falta de inscripción se tratan de resolver por distintas vías. En *Alemania* viene siendo práctica habitual formalizar al mismo tiempo e incluso ante el mismo Notario y en el mismo documento tanto el negocio abstracto de disposición como el consentimiento para la inscripción (consentimiento material y formal, *Auflassung* –§§ 925 y 873 BGB– y *Eintragungsbewilligung* –§§ 19, 20, 28 y 29 GBO)⁷³; para que el transmitente reciba el pago cuando el adquirente ya ha obtenido la inscripción se usan varios medios, como el mandato irrevocable de pago por el banco, el depósito del dinero ante el Notario o la reserva del consentimiento para inscribir hasta que se produzca el pago; la protección del adquirente se puede obtener al menos por tres vías: mediante la irrevocabilidad del consentimiento para inscribir (§ 19 GBO), el derecho a que se otorguen las escrituras necesarias para consumir el proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 51 BeurkG) y, sobre todo, la *Vormerkung* (§ 883 ss. BGB), que impide la vulneración unilateral de la expectativa real del adquirente⁷⁴. En *Francia* el desfase temporal entre el pago y la plena efectividad de adquisición suele ligarse a la responsabilidad del Notario, encargado de esta gestión, en caso de que la adquisición se frustre por deficiente investigación de las titu-

⁷³ Más precisamente, es muy usual reunir en una misma escritura pública el negocio obligacional (§ 313 BGB), el acuerdo real de transmisión formal de la propiedad o *Auflassung* (§ 925 BGB), el consentimiento a la inscripción o *Eintragungsbewilligung* (§ 19 GBO) y la solicitud misma de inscripción o *Eintragungsantrag* (§ 13 GBO): BAUR/BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 250 (§ 22.II.2). Anota también lo recomendable de esta unidad documental MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ Sobre estas medidas de protección del enajenante y el adquirente durante lapso registral en Alemania, MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.*, pp. 158-162, y, específicamente sobre la *Vormerkung*, pp. 163-191; sobre ésta, desde un punto de vista comparado, ARROYO I AMAYUELAS, E., «Sicherungsrechte im Immobilienrecht. Ein rechtsvergleichender Überblick über die spanische «Anotación Preventiva» und die deutschen Institute der Vormerkung und des Widerspruchs», en SCHULZE, R. y AJANI, G. (dirs.), *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts. Studien eines Forschungsnetzwerks*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 179-208

laridades; la práctica contractual trata de hacer coincidir el acceso del contrato al Registro con la entrega del precio al disponente. En los *Países Bajos* incluso se prevé en el Código civil que el precio debe pagarse al vendedor una vez obtenida la inscripción de la escritura, asumiendo así la práctica notarial usual⁷⁵. En *España* el remedio se busca desde 1994 a través de la íntima conexión por vía telemática y fax entre el Notario y el Registro en los momentos o días previos a la formalización de la escritura de transmisión, para evitar la aparición de cargas inesperadas⁷⁶. En *Inglaterra y Gales* se pretende poner remedio a los problemas del *registration gap* con la inscripción obligatoria y constitutiva de las transmisiones a través de un Registro completamente electrónico⁷⁷. En otros países extracomunitarios, donde el lapso registral es muy amplio, más que atajarse el problema se trata de paliar mediante el recurso al aseguramiento de los riesgos de este período, con compañías aseguradoras especializadas o instituciones crediticias⁷⁸.

IV. INFORMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS COMO POSIBLE CAMINO HACIA LA ARMONIZACIÓN

1. REGISTROS ELECTRÓNICOS Y DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS EN RELACIÓN CON LAS DIRECTIVAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y FIRMA ELECTRÓNICA

La mayoría de los países de la Unión Europea aún no cuenta con un Registro de la Propiedad plenamente informatizado y

⁷⁵ Algunas de estas reflexiones prácticas pueden verse en BLANQUER, «La realidad del tráfico inmobiliario...», cit., pp. 3-4.

⁷⁶ Artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial, según reforma por RD 2537/1994, de 29 de diciembre (cfr. arts. 418 y 353 RH).

⁷⁷ En otros países estos problemas tratan de atajarse mediante el llamado certificado de reserva de prioridad o de cierre (así, en Argentina, o en Australia los *caveat*s), que se intentaron implantar en España en la reforma hipotecaria de 1909, sin incorporarse finalmente. Sobre los mecanismos de la «retroprioridad» y las variantes de la «reserva de prioridad» (certificado argentino o anglosajón, *Vormerkung* alemana, *trascrizione del contratto preliminare* italiana, etc.), así como sobre el sistema español de información continuada y coordinación entre Notarios y Registradores, así como algunos recursos negociales, vid. el completo estudio de DE REINA TARTIÈRE, G., *La prioridad en el Registro de la Propiedad inmobiliaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 48-85.

⁷⁸ Es el caso de algunas regiones de Alaska (Alberta, Saskatchewan y Manitoba), Puerto Rico (que con un Registro similar al español padece grandes retrasos en la calificación registral, por lo que gran número de documentos presentados e inscritos en el libro diario, con lo que ya han ganado prioridad, deben esperar la calificación y fijación en el libro de inscripciones; la validez del asiento de presentación es de cuatro años y las aseguradoras suelen cubrir ese período): ARRUÑADA, B., «El seguro de títulos de propiedad», en *RCDI*, 2004, núm. 681, p. 104.

menos aún consultable por Internet⁷⁹. Pasar la información del papel a los ordenadores es una labor lenta y costosa; en Suecia, por ejemplo, costó 22 años⁸⁰. Para conseguir esa implantación de Registros de la Propiedad puramente electrónicos es prerequisite imprescindible que, dado que la mayor parte de los Estados miembros requieren documentos públicos para que el contrato y los derechos accedan al Registro, el ordenamiento legal admita la válida emisión de documentos públicos electrónicos⁸¹. *La Directiva sobre firma electrónica (Directiva 1999/33/CE)* nada dice sobre el tipo de documentos (públicos o privados) que pueden ser acreditados por este medio, y rehúsa a armonizar «aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afecta a las normas y límites que rigen el uso de documentos»⁸². En esta línea, debe recordarse que la *Directiva sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE)* «no se aplicará a las actividades de los Notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública» (art. 1.5.d). Ambas menciones normativas parecen dejar claro que, si los aspectos legales del documento público electrónico quedan fuera de los márgenes actuales de la armonización, más aún queda fuera lo relativo a la pura contratación electrónica de derechos reales sobre inmuebles y la inscripción registral electrónica.

Pero quizás suponga una valiosa muestra de la rapidez con que los diversos marcos legales se mueven en relación con los cambios tecnológicos que pueden afectar a la contratación el curioso caso de la transposición española de la Directiva sobre firma electrónica. España realizó una rápida y criticada «transposición anticipada» de esa Directiva (de 13 de diciembre de 1999) mediante el RDL 14/1999, de 17 de septiembre, que suponía una transposición bastante literal sin mención expresa de los documentos públicos elec-

⁷⁹ Según la EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Recommendations for the Improvement of the Efficiency of the Mortgage Collateral*, 2003, p. 6 (disponible en «<http://www.hypo.org>»), sólo Alemania, Austria, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos y, en parte, Italia, tienen un Registro de la Propiedad consultable a través de Internet.

⁸⁰ JENSEN, U., «International Registers and the European Real Estate Market», en *Eulis Seminar on Conveyancing Practices*, Lund, 15-16 de mayo de 2003, p. 6 (disponible en «<http://www.eulis.org>»; fecha de consulta: 21 de enero de 2004).

⁸¹ De acuerdo con MOTEL («A European View on Notaries...», cit., pp. 4-5) una firma digital ha sido atribuida a cada Notario (para asegurar los documentos que envían) en Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia y Países Bajos.

⁸² Artículo 1 de la Directiva 1999/93/CE; *vid.* considerando 17. Pero el considerando 12 indica que «los servicios de certificación pueden ser prestados tanto por *entidades públicas* como por personas físicas o jurídicas» (cfr. art. 2.11: el tenor literal es sólo «entidad o persona física o jurídica»).

trónicos (que durante un tiempo se han entendido excluidos del marco legal). En cambio, en la nueva Ley 59/2003, de 19 de diciembre (art. 3.6) expresamente se contempla que el documento electrónico avalado con firma electrónica será soporte de documentos públicos (notariales, judiciales o administrativos) o de documentos privados; lo cual vino posibilitado ya por la introducción del artículo 17 bis en la Ley del Notariado por efecto de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (art. 115)⁸³. También en Francia se admite el documento público electrónico en la nueva redacción de los artículos 1316 y 1317 del propio CC (según la reforma operada por la Ley de 29 de febrero de 2000). En Derecho inglés ha sido la *Electronic Communications Act 2000* (s. 8) la norma cuyo desarrollo ha de permitir «la conclusión de contratos válidos y escrituras (*deeds*) en forma electrónica», como paso previo a la inscripción electrónica.

2. TRANSMISIÓN ELECTRÓNICA DE DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES E INSCRIPCIÓN REGISTRAL ELECTRÓNICA EN LA *LAND REGISTRATION ACT 2002* INGLESA

Precisamente la *Land Registration Act 2002* («Ley de inscripción registral de inmuebles»), de 22 de febrero de 2002 (LRA), en vigor en Inglaterra y Gales desde el 13 de octubre de 2003, supone una revolución pionera para eludir el ya analizado lapso registral o *registration gap* y permitir la máxima transparencia en la información del Registro, a través de medios electrónicos. Esta ley podría erigirse en un modelo para un eventual Registro de transmisiones de derechos reales sobre inmuebles en el contexto europeo⁸⁴, en relación con una negociación transfronteriza cada vez más frecuente, pese a su marginación, por el momento, de Directivas como la de comercio electrónico, firma electrónica o comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Hasta la entrada en vigor de la LRA 2002, el sistema inglés y galés exigía rigurosamente el cumplimiento de varios requisitos formales para la transmisión de la propiedad⁸⁵. Todos los contratos

⁸³ Sobre esta modificación y sobre la incorporación al notariado de las nuevas tecnologías, por todos, RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001* (conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 2002), «Escritura Pública», Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 1-95 —con análisis comparado del documento electrónico en Italia (donde aún no existe la escritura pública notarial, p. 41), Francia y Alemania en pp. 38-43—. *Vid.* también la Instrucción de la DGRN de 18 de marzo de 2003, respecto al artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

⁸⁴ *Vid.* NASARRE AZNAR, S., «La reforma del Derecho registral inglés. Un modelo de registro flexible para una Eurohipoteca», en *RCDI*, 2004, núm. 683, pp. 1285-1311.

⁸⁵ Un resumen en DE LA PUENTE ALFARO, F., «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», en *RCDI*, 670, marzo-abril de 2002, pp. 605-638, esp. pp. 607 ss. Otro

con este contenido debían ser realizados en un *deed* (s. 52, *Law of Property Act* 1925, modificada en 1989), firmado por las partes y los testigos y emitido. Entonces el documento en papel debía ser remitido al Registro de la Propiedad; hasta su entrada en él no se constituía el derecho ni se transmitía la propiedad. La inscripción era obligatoria⁸⁶ en el plazo de dos meses para toda transmisión de la propiedad absoluta (*fee simple absolute in possession; freehold*) o de la propiedad a término (*lease; leasehold*) superior a veintinueve años (con la LRA 2002, superior a siete años). Si el adquirente no inscribía, o mientras no lo hacía, no recibía la transmisión legal de la propiedad (*legal title*), aunque quedaba como beneficiario de una titularidad protegible por las reglas de la equidad (*equitable interest*) en el que el transmitente devenía fiduciario (*constructive trustee*).

La nueva LRA pretende reducir al máximo el número de derechos existentes fuera del Registro de la Propiedad a través de su polémico artículo 93, por el que la creación y transmisión de derechos sobre inmuebles «sólo tendrá eficacia» si han sido inscritos electrónicamente⁸⁷. Por lo tanto, la única forma posible de crear esos derechos reales (*proprietary rights*) es la inscripción electrónica. Ni siquiera existirá la alternativa, en cuanto se pongan los medios técnicos adecuados, de pretender registrar derechos documentados en papel. Como la doctrina ha señalado, «dejar de cumplir las formalidades electrónicas imperativas ni siquiera originará la creación de un derecho de equidad, y mucho menos uno reconocido por el Derecho estricto. No hay red de seguridad, ningún derecho capaz de vincular a las partes *inter se*, ninguna distinción entre los derechos legales y los de equidad»⁸⁸. Algunos autores proponen que los tribunales hagan uso de la medida del *proprietary estoppel* para dar validez al menos entre las partes al acuerdo carente de esas formalidades en los contratos inmobiliarios⁸⁹, como vía

estudio en español que repasa sumariamente este sistema desde sus hitos históricos más relevantes, en PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, P., «Ideas en torno al sistema hipotecario de Inglaterra y Gales», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 77, noviembre de 2001, pp. 3074-3086.

⁸⁶ La obligatoriedad de inscribir se inició lentamente, por áreas territoriales en 1965 y devino general para toda Inglaterra y Gales desde el 1 de diciembre de 1990: *vid.* MEGARRY, R. y WADE, W., *The Law of Real Property*, 6.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 208 ss., § 6-013 ss., sobre los derechos de obligatoria inscripción.

⁸⁷ El número de *overriding interests* (derechos reales no inscritos que perjudican a los inscritos; *vid. infra*, ap. VI.2) ha sido también notoriamente reducido.

⁸⁸ DIXON, M., «The Reform of Property Law and the Land Registration Act 2002: A Risk Assessment», en *Conveyancer*, 2003, 67, p. 154.

⁸⁹ COOKE, E. (dir.), «Proprietary Estoppel and Formalities in Land Law and the Land Registration Act 2002: A Theory of Unconscionability», en *Modern Studies in Property Law*, 2003, 2; DIXON, *op. cit.*, pp. 154-155.

para eludir las claras consecuencias de la ley. Lo cierto es que, como afirma la *Law Commission* inglesa, «será el hecho de la inscripción y sólo la inscripción de la titularidad lo que confiera la titularidad»⁹⁰, de manera que, en una frase ya célebre entre los juristas ingleses, «la inscripción de la titularidad va a ser reemplazada por la titularidad a través de la inscripción»⁹¹. Es decir, un sistema de inscripción constitutiva y exclusivamente electrónica. Curiosamente, un nuevo formalismo —que siempre entraña cierta nueva rigidez— se implanta en busca de mayor agilidad del sistema. Si a los rasgos de la inscripción constitutiva y electrónica se añade el hecho de potenciar, como hace la ley, la inmatriculación obligatoria, el resultado es claro: una «inscripción universal»⁹², con un Registro en el que la coincidencia entre la realidad registral y la extrarregistral es sumamente alta y en el que se consigue la práctica eliminación del lapso registral.

Un dato más y muy importante. El acceso a este sistema electrónico, ubicado en una intranet segura, sólo se reserva a quienes tengan una licencia de acceso especial (*Network Access Agreements*) —abogados, agentes de la propiedad inmobiliaria, intermediarios inmobiliarios acreditados y concedentes de créditos hipotecarios— para preservar la seguridad y el nivel de la negociación inmobiliaria. Por ello, los particulares no podrán ni realizar una transmisión inmobiliaria mediante contrato en papel ni acudir por sí solos a los medios electrónicos, sino que necesariamente deben recurrir a los servicios de unos intermediarios profesionales⁹³, para la redacción del contrato electrónico, el envío al Registro, su cotejo allí y posible rectificación, la firma electrónica del documento y la definitiva transmisión de los derechos con la inscripción definitiva. El tiempo dirá si la experiencia inglesa y los costes de su implantación erigen a este ambicioso sistema en un modelo para evitar el «lapso registral» y para dar publicidad a derechos sobre inmuebles (incluida una eventual eurohipoteca)⁹⁴ en un mercado interior europeo.

⁹⁰ LAW COMMISSION, *Report No. 271*, cit., en § 1.10.

⁹¹ «Registration of title is to be replaced by title by registration»; COOKE, E., «The Land Registration Bill 2001», en *Conveyancer*, 2002, 66, p. 16.

⁹² COOKE, «The Land Registration...», cit., pp. 12-13.

⁹³ Algunas voces han calificado el cambio como una vulneración del derecho fundamental a disponer de la propiedad. En cualquier caso, tampoco esos profesionales están satisfechos con la reforma, al menos en su actual fase de implantación, debido a los costes de tiempo, aprendizaje, equipamiento y otros cambios. Un estado de la cuestión, con datos económicos, puede verse en CARTON, A., «E-Conveyancing - Is it going to Help the High Street Lawyer?», en *Computers and Law*, 2002, 13.3, pp. 3-5; también, sobre todo en relación con la implantación de las firmas electrónicas adecuadas y los costes, PERRY, R., «E-Conveyancing: Problems Ahead?», en *Conveyancer*, 2003, 67, pp. 215-224.

⁹⁴ Esto es defendido por NASARRE, «La reforma...», cit., *passim*.

3. EL PROYECTO COMUNITARIO EULIS

De momento, en el seno de la Unión Europea existe un programa más modesto, aunque igualmente audaz y valioso, denominado *European Land Information Service* (EULIS, enero 2002-junio 2004)⁹⁵ enmarcado en el programa *eContent* de la Unión Europea. Varios países con Registros de la Propiedad ya informatizados lo integran⁹⁶. Su objetivo es eliminar las barreras a un acceso internacional a la información contenida en los Registros inmobiliarios y los Catastros. Sus previsiones son que a este acceso unificado puedan acceder *on line* todos los usuarios interesados para obtener una información fiable para negociar en otro país. Por supuesto, un proyecto como éste, de creación de un registro *on line* paneuropeo, reclamado desde instancias como la Federación Hipotecaria Europea, cuenta con numerosos escollos de tipo jurídico, como los relativos a la normativa sobre la protección de la intimidad, y también de tipo práctico, como el problema del lenguaje: contar con completa información registral en otro idioma puede ser de escasa utilidad⁹⁷ y prestarla en un idioma uniforme no deja de ser problemático, máxime en un contexto como el del Derecho de cosas, con una terminología aún tan específica en cada sistema nacional. Este problema trae ecos de la propia desatención al idioma por parte de algunas Directivas de protección del consumidor en relación con ciertos deberes de información.

Repárese, por comparación, que el Proyecto EULIS tan sólo pretende permitir la consulta del estado jurídico de una finca o inmueble por Internet, pero no, como ocurre en la LRA 2002 inglesa, la completa negociación con inmuebles por medios telemáticos⁹⁸.

4. EL CONVENIO (UNIDROIT) DE CIUDAD DEL CABO RELATIVO A GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE EQUIPO MÓVIL DE 2001 Y SU SISTEMA REGISTRAL

4.1 Planteamiento

La Conferencia diplomática de Ciudad del Cabo, celebrada entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001 bajo los

⁹⁵ Más información en «<http://www.eulis.org>».

⁹⁶ Austria, España, Finlandia, Inglaterra y Gales, Noruega, Lituania, Países Bajos y Suecia.

⁹⁷ JENSEN, «International Registers...», cit., p. 8.

⁹⁸ NASARRE, «La reforma...», cit., p. 1307.

auspicios de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), alumbró un exitoso y ambicioso «Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», en vigor desde el 1 de abril de 2004⁹⁹. El principal objetivo del Convenio y los Protocolos correlativos es facilitar la financiación de la adquisición y uso de equipamiento mobiliario de gran valor, en particular aeronaves y material aeronáutico, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial (satélites); para ello, el Convenio rehuye la regulación de un derecho de conflicto uniforme y, en cambio, regula a lo largo de 62 detallados artículos el régimen sustantivo de una serie de derechos reales y garantías internacionales para asegurar los derechos de los acreedores de tales operaciones financieras; derechos y garantías que encuentran su clave de protección frente a cualesquiera terceros, tanto en relación con procedimientos de insolvencia como con otras preclusiones crediticias, a través de un novedoso Registro internacional absolutamente electrónico, con los rasgos propios de cualquier Registro jurídico de titularidades reales.

Ciertamente, por dos razones, podría parecer que este nuevo Registro internacional diseñado por UNIDROIT excede de los márgenes trazados para el presente ensayo, pues se trata de un Registro de garantías sobre bienes muebles y además es internacional, supracomunitario. Sin embargo, conviene prestarle una especial atención por su triple interés para los objetivos de este estudio:

– Por un lado, este Registro constituye un intento internacional de homogeneización y uniformización de sistemas registrales sobre derechos reales (de garantía); si se tiene en cuenta que en materia de suministro de información pública mediante inscripción registral los principios que rigen la fe pública registral pueden ser

⁹⁹ Sesenta y ocho Estados y 14 organizaciones internacionales asistieron a la Conferencia diplomática; 53 Estados firmaron el acta final, entre ellos España (que por el momento no se cuenta entre los 28 Estados que han firmado el Convenio). Para un análisis detallado del Convenio cabe recomendar cuatro fuentes: el comentario oficial –a cargo de su ponente–, GOODE, R., *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, UNIDROIT, Roma, 2002; también, GOODE, R., «The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing», en *Uniform Law Review*, 2002, 4, pp. 3 ss.; el *Explanatory Report and Commentary on the draft Convention on International Interests in Mobile Equipment and the draft Aircraft Protocol*, documento DCME-IP/2 de 11 de mayo de 2001, disponible en <<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/conference2001/conferencedocuments/ip-2-e.pdf>> (fecha de consulta: 16 de junio de 2004); y también DAVIES, I. (dir.), *Security Interests in Mobile Equipment*, Dartmouth/Ashgate Publ. Ltd., Aldershot, 2002, y el número especial dedicado al Convenio por la *ERPL*, 2004, 1. Para una relación bibliográfica detallada, <<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/bibliography/bibliography1.htm>>, en cuyo sitio puede encontrarse también el texto del Convenio y los Protocolos.

muy similares entre los Registros de muebles y de inmuebles¹⁰⁰, cabe concluir que el nuevo sistema registral internacional merece atención como hipotético modelo para la armonización registral europea.

– Por otro lado, se trata de un Registro completamente electrónico, con unas características de organización y publicidad muy destacables (folio real, de titularidades y no de documentos, etc.) para su examen en el marco armonizador comunitario como contrapunto al recién examinado sistema registral electrónico de Inglaterra.

– Por último, con bastante probabilidad, la Unión Europea entrará a formar parte del Convenio de Ciudad del Cabo en breve, al amparo de la posibilidad de firmarlo, aceptarlo o aprobarlo como «organización regional de integración económica» *ex* artículo 48 del Convenio. La Comisión Europea, dirimidas algunas críticas competenciales realizadas por varios Estados miembros, lo tiene en su agenda más próxima¹⁰¹.

4.2 Causas, estructura, fines y régimen sustantivo del Convenio

Para situar el funcionamiento y principios del sistema registral internacional creado, y sin ánimo de examinar el Convenio en su integridad, procede realizar unas sumarias consideraciones sobre las causas, estructura, fines y régimen sustantivo de las garantías de este Convenio. Los *motivos* de su aprobación son de índole económica y legal: de una parte, se pretende potenciar la financiación para poder adquirir o usar equipos móviles costosos; para ello se refuerzan las garantías de los prestamistas en tales operaciones de adquisición de material aeronáutico, ferroviario o espacial, de forma que se reduzcan los riesgos de esos acreedores, lo cual redundará en beneficio de todos, con un abaratamiento de costes y, particularmente, propiciará la adquisición de tal material tecnológico de carácter mobiliario mediante créditos a países en vías de

¹⁰⁰ Así, VAN ERP, S., «The Cape Town Convention: a Model for a European System of Security Interests Registration?», en *ERPL*, 2004, 1, pp. 92-93 y 109. En España, como subrayan GARCÍA SOLÉ, F y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 160, la Ley 28/1998 (ventas a plazos de muebles) «introduce principios propios de los Registros inmobiliarios en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (hoy ya Registro de Bienes Muebles)»; amén del consabido trasvase de los principios hipotecarios del Registro de la Propiedad a los Registros mobiliarios regulados (Ordenanza de 19 de julio de 1999 sobre el citado Registro –para ventas a plazos y *leasing* mobiliario–, *ibid.*, p. 120; Ley de hipoteca mobiliaria de 1954, etc.).

¹⁰¹ POULAIN, B., «La Communauté européenne et la Convention du Cap», en *Uniform Law Review*, 2003, 8, pp. 377-386; HONNENBIER, B. P. y MILO, J. M., «The Convention of Cape Town: The Creation of International Interests in Mobile Equipment», en *ERPL*, 2004, 1, pp. 4-5.

desarrollo¹⁰². De otra parte, desde el punto de vista legal, la *lex rei sitae* que viene aplicándose a los derechos reales sobre bienes muebles se ha manifestado inadecuada para los derechos de los acreedores en los equipos móviles cuya actividad es claramente tranfronteriza, en particular por las profundas diferencias del Derecho de cosas en los distintos países (con importantes restricciones a la creación y reconocimiento de derechos reales atípicos en algunos). Por ello, desde el grupo de trabajo de UNIDROIT se trabajó en la creación, publicidad y prioridad de una titularidad internacional –autónoma respecto de cualquier normativa nacional– que ha sido acogida como garantía internacional por el Convenio de Ciudad del Cabo.

En cuanto a la *estructura y aplicación* de este Convenio, debe precisarse que sus 62 artículos comprenden la definición de su ámbito material y espacial, los requisitos de constitución de las garantías internacionales (art. 7), las medidas ante el incumplimiento de las obligaciones (arts. 8-15), el sistema de inscripción internacional (arts. 16-26), la organización registral y su responsabilidad (arts. 27-28), los efectos contra terceros de las garantías internacionales (arts. 29-30), la cesión y subrogación de derechos y garantías (arts. 31-38), la eficacia de algunos derechos no inscritos (cfr. arts. 39-41), cuestiones de jurisdicción (arts. 42-45) y una serie de normas relativas a relaciones con otros convenios, firmas, declaraciones estatales, protocolos y otra serie de disposiciones finales. De ahí se aprecia que prácticamente una cuarta parte del Convenio (al menos, puramente los arts. 16 a 30) se dedica a regular el Registro internacional, el cual, en palabras del Informe Explicativo oficial, «yace en el corazón del sistema de prioridades del Convenio», y «ocupa un papel central» en él¹⁰³. El Convenio es genérico en cuanto a los equipos móviles que comprende, dentro de los tres antes mencionados (art. 2). En la Conferencia diplomática se estimó que algunas reglas debían ser modificadas para adaptarlas a concretos sectores industriales, por los que se han redactado *Protocolos* a medida. Y también está previsto que bajo cada

¹⁰² Aparte de los documentos oficiales, enfatizan esta idea GOODE, R., «The International Interest as an Autonomous Property Interest», en *ERPL*, 2004, 1, p. 20; STANFORD, M. J., «The New Regimen: its History and Future after South Africa», en *ERPL*, 2004, 1, p. 9. Evidentemente, también los países productores de estos equipos y los países financiadores salen beneficiados, de forma que el administrador de la *Federal Aviation Administration* de los Estados Unidos (M. C. BLAKEY) ha declarado, el 18 de mayo de 2004, ante la correspondiente comisión del Senado estadounidense, que «this Treaty is a “win-win-win” proposition. It is a fine example of how international legal cooperation can benefit all parties» («<http://testimony.ost.dot.gov/test/Blakey2.htm>», fecha de consulta: 16 de junio de 2004).

¹⁰³ *Explanatory Report...*, cit., p. 6, § 22; p. 33 § 1.

Protocolo se desarrollen las reglas reglamentarias específicas para la creación y funcionamiento de *Registros Internacionales específicos para cada tipo de bienes móviles*. Por lo que, propiamente, no habrá un sólo Registro internacional para las garantías reales sobre equipos móviles, sino tantos Registros internacionales como categorías de bienes. Está previsto que sean tres: Protocolo [y Registro internacional] «sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico», Protocolo [y Registro internacional] sobre material rodante ferroviario, y Protocolo [y Registro internacional] sobre bienes de equipo espacial. Por el momento, tan sólo se ha puesto a firma el primero ¹⁰⁴ y se trabaja en el Reglamento del Registro internacional sobre titularidades internacionales relativas a equipos aeronáuticos ¹⁰⁵. Por ello, aunque el Convenio ha entrado en vigor el 1 de abril de 2004, tras la ratificación de tres Estados ¹⁰⁶, sólo es válido respecto a las categorías de objetos a las que se aplica un Protocolo que entre en vigor (art. 49.1 Convenio). En consecuencia, el Convenio no puede operar con independencia de un Protocolo y el aeronáutico será el primero tras la ratificación de ocho Estados (art. XXVI.5 Protocolo), por lo que se espera que Convenio y Protocolo entren en vigor a mediados de 2004 ¹⁰⁷. En definitiva, en lo que atañe a los Registros internacionales, el Convenio fija el marco de principios registrales y cada Protocolo y ulteriores Reglamentos adaptan esos principios a los bienes muebles sobre los que recaen los derechos inscritos en sus respectivos Registros. Convenio y Protocolo deben interpretarse como un solo instrumento, pero en caso de discordancia prevalece el Protocolo (art. 6 Convenio).

¹⁰⁴ Ha sido firmado por 28 Estados, ratificado por tres y aprobado por uno. Su texto y estado de firmas, ratificaciones y aprobaciones, puede verse en «<http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-aircraftprotocol.html>». Se prevé celebrar una Conferencia diplomática en 2005 para aprobar el Protocolo sobre material rodante ferroviario (según K. BHATIA, secretario adjunto para aviación y asuntos internacionales del Gobierno de los Estados Unidos de América, en comparecencia ante la Comisión de transportes del Congreso estadounidense el 28 de abril de 2004; fuente: «<http://testimony.ost.dot.gov/test/Bhatia1.htm>»; fecha de consulta: 16 de junio de 2004). Se prevé que el Registro internacional de garantías sobre equipos aeronáuticos esté operativo a finales de 2004 (BHATIA, *ibid.*).

¹⁰⁵ Su borrador puede verse como anexo en el *Third Report of the International Registry Task Force*, DCME-IP/4, de 19 de octubre de 2001, agrupación constituida en marzo de 2000 para elaborar el desarrollo normativo del Registro internacional sobre la materia, disponible en «<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/conference2001/conferencedocuments/ip-4-e.pdf>» (fecha de consulta: 16 de junio de 2004).

¹⁰⁶ Panamá, Etiopía y Nigeria (los mismos que han ratificado el Protocolo), más la aprobación por Paquistán en enero de 2004 (que también ha aprobado el Protocolo). La entrada en vigor del Protocolo se ha producido «el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión» (art. 49.1 Convenio).

¹⁰⁷ HONNEBIER/MILO, *op. cit.*, p. 6.

Cabe resumir los *finés* del Convenio ¹⁰⁸ y su *régimen sustantivo* en las siguientes notas sucintas. El Convenio de UNIDROIT persigue:

a) *Crear una garantía internacional* sobre los elementos de equipo móvil mencionados (art. 2.3: células de aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial) sobre un objeto inequívocamente identificable, reconocible en todos los Estados contratantes en virtud de uno de estos tres contratos: un contrato constitutivo de garantía, una venta condicional con reserva de dominio o un arrendamiento (financiero) ¹⁰⁹. Para la aplicación del Convenio es preciso que el deudor esté situado en un Estado contratante en el momento de celebrar el contrato que contiene la garantía internacional (arts. 3 y 4). Para que la garantía se constituya con el carácter internacional que prevé el Convenio debe cumplir varios requisitos (art. 7): tener forma escrita el contrato, referirse a un objeto del que el otorgante, el vendedor condicional o el arrendador pueden disponer, ser identificable el objeto y que el contrato determine las obligaciones garantizadas.

b) Establecer en favor del acreedor varios *remedios básicos de carácter dispositivo en caso de incumplimiento contractual* y medidas provisionales rápidas (conservación, posesión o control, inmovilización del objeto, arrendamiento o gestión, etc.). Entre las medidas que tiene a su disposición el acreedor garantizado, que deben aplicarse de forma comercialmente razonable (art. 8.3), cabe citar la recuperación de la posesión o el control del objeto gravado, su venta o alquiler y el derecho a percibir todo beneficio proveniente de la gestión o explotación de dicho objeto (art. 8.1); incluso se permite la validez de una suerte de pacto comisorio, bien previamente acordado, bien establecido por resolución judicial (art. 9; según el art. 54.2 los Estados parte pueden declarar la necesidad de resolución judicial para esta transferencia de propiedad como satisfacción de la deuda).

c) Asegurar con cada *Protocolo* que las necesidades concretas de cada sector industrial se cumplen.

d) Dar a los posibles acreedores más *seguridad jurídica* a la hora de otorgar créditos para las operaciones relativas a estos equipamientos móviles, reduciendo así los costes de los préstamos en beneficio de los intervinientes y los usuarios finales. A tal efecto, se regulan también de forma detallada las cesiones de las garantías

¹⁰⁸ Enunciados en el *Explanatory Report* (cit., p. 2).

¹⁰⁹ El artículo 2.2 del Convenio enuncia esos tres contratos y en la versión oficial española se alude sólo al «arrendamiento», mientras la versión, también oficial, inglesa emplea el término *leasing*. El *Explanatory Report* (cit., p. 20) aclara que el *leasing agreement* cubre *leases* y *sub-leases*, con o sin opción de compra.

internacionales, de los derechos accesorios y las subrogaciones (arts. 31-38).

e) Crear un *Registro electrónico internacional*¹¹⁰ para dar noticia a los terceros de la existencia de las garantías internacionales y permitir a los acreedores preservar su prioridad frente titularidades no registradas en él, o registradas posteriormente y frente a la masa de acreedores en caso de procedimiento de insolvencia.

3. EL REGISTRO INTERNACIONAL DE GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE EQUIPO MÓVIL

Si hubiese que sintetizar los *rasgos esenciales* de este nuevo Registro internacional, de acuerdo con la tradición terminológica del Derecho registral, cabría decir que es *un registro electrónico de carácter jurídico, de cargas, y, eventualmente, de titularidades, sin aporte documental, de inscripción no constitutiva para la que rige el principio del consentimiento, que sigue el sistema de folio real sobre ciertos bienes muebles identificables, con preferencia de rango ordenada por prioridad cronológica de inscripción, de carácter internacional y accesible universalmente on line sin restricciones subjetivas, con eficacia para terceros con independencia de la buena fe (oponibilidad, que fija la prioridad frente a derechos concurrentes y situaciones de insolvencia posteriores), a cargo de un Registrador «pasivo» e independiente.*

Para desglosar estas líneas maestras del Registro internacional será oportuno analizar fundamentalmente las reglas, en vigor, contenidas en el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001¹¹¹, pero teniendo a la vista, donde sea procedente, el régimen proyectado en el Protocolo de la misma fecha sobre garantías internacionales sobre equipos aeronáuticos o las especialidades más relevantes de los futuros Protocolos sobre material rodante ferroviario y equipos espaciales. Debe recordarse (*vid.* apartado anterior) que está prevista la creación de tantos Registros interna-

¹¹⁰ Específicamente sobre el Registro internacional, puede consultarse: CUMING, R. C. C., «Considerations in the Design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment», en *Uniform Law Review*, 1999, 4-2, pp. 275 ss.; ID., «The registry system of the (draft) Convention on International Interests in Mobile Equipment and the (draft) Aircraft Equipment Protocol», en *Revue du Notariat*, 2001, 103, pp. 33-50; MOONEY, C. W., «Relationship between the Prospective UNIDROIT International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and National Civil Aviation Registries», en *Uniform Law Review*, 1999, pp. 335-346; VAN ERP, «The Cape Town Convention...», cit.

¹¹¹ Los números de los artículos que a continuación se citan corresponden al texto consolidado del Convenio; en el caso de referencias a Protocolos o borradores normativos distintos, se hará constar expresamente.

cionales como categorías de bienes sometidos a garantías internacionales (art. 16.2). En consecuencia, cabe distinguir las siguientes reglas de tal(es) Registro(s) internacional(es):

a) *Objeto de la inscripción.* Se inscriben (art. 16.1) garantías internacionales, garantías internacionales futuras y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción [cfr. arts. 23, 39.1.a) y 40: garantías o privilegios crediticios legales declarados prioritarios, con o sin inscripción internacional, por un Estado contratante; *v. gr.*, créditos refaccionarios, garantías salariales o por impago de impuestos]; cesiones y cesiones futuras de garantías internacionales (cfr. arts. 31 ss.); subrogaciones legales o contractuales en éstas; avisos de garantías nacionales (*v. gr.*, cuando todas las partes están en un Estado contratante y éste ha declarado que no se registrarán por el Convenio; el aviso también ganará prioridad registral), y acuerdos de subordinación de rango de todas las garantías citadas. En cambio, el Convenio, en principio, no se aplica a las titularidades derivadas de compraventas perfectas y consumadas normales (no condicionales ni sometidas a reserva de dominio) «porque éstas no implican el otorgamiento de ninguna garantía o titularidad real frente al deudor»¹¹², por lo que no pueden aplicárseles algunas reglas del Convenio (como el capítulo III, sobre las medidas ante el incumplimiento). Sin embargo, el artículo 41 deja abierta la puerta a que el Protocolo permita su inscripción, como efectivamente lo ha hecho el Protocolo sobre equipos aeronáuticos¹¹³.

b) *Requisitos de la inscripción.* El artículo 18 se remite al Protocolo y al Reglamento para especificar estos requisitos, entre los que cabe subrayar dos: la identificación y el consentimiento para inscribir de los interesados. En cuanto a la *identificación*, el proyecto de Reglamento para el Registro internacional para equipo aeronáutico (en adelante, Reglamento), siguiendo el sistema de folio real¹¹⁴ prevé un folio separado para cada aeronave, fuselaje,

¹¹² *Explanatory Report*, cit., p. 8, § 30. *Vid.* también p. 58 y p. 7 § 25.

¹¹³ Artículo V del Protocolo en aplicación del artículo 41 del Convenio («El presente Convenio se aplicará a la venta o a la venta futura de un objeto de conformidad con lo previsto en el Protocolo y sus modificaciones», sin que conste en el artículo 2 la venta normal como punto de partida de una inscripción). Así, el *Explanatory Report* (cit., p. 58) aclara que con esa redacción del artículo 41 se busca autorizar que el Protocolo permita a los compradores definitivos obtener el beneficio de un sistema de inscripción y de prioridad asegurado por el Registro internacional. En cambio, respecto a los trabajos que se están llevando a cabo para regular el Registro internacional relativo a materiales ferroviarios, existen serias dudas en la comisión de expertos a cerca de la posibilidad de inscribir ventas normales, que parece que les inclinarán a mantener tan sólo la inscribibilidad de garantías internacionales y no de compraventas (así, *vid.* ROSEN, H., «The Regimen of the Railway Rolling Stock Protocol», en *ERPL*, 2004, 1, p. 32).

¹¹⁴ No obstante, se prevé que el Registro estará compuesto por *archivos de datos personales* (personas y entidades, con nombre, dirección física y electrónica, etc.; caps. 2

helicóptero o motor con su identificación, en la que se contengan estos datos: tipo de aeronave, nombre del fabricante, número de serie del fabricante, marca del registro y Estado del Registro (cap. 4 del Reglamento). Respecto al *consentimiento*, se requiere transmisión por vía electrónica del consentimiento escrito de las partes implicadas en la garantía internacional, tanto acreedor como deudor [arts. 18.1.a) y 20: con reglas sobre quién debe emitir el consentimiento en caso de subordinación, cancelación, subrogación, avisos, etc.]; sin embargo, «el Registrador no estará obligado a verificar si efectivamente el consentimiento para la inscripción en virtud del artículo 20 ha sido dado o si es válido» (art. 18.2). Dado que también puede suponer mayores requisitos adicionales para la inscripción, cabe mencionar que tanto el Convenio (art. 18.5) como el Protocolo aeronáutico (art. XIX; y cap. 15 Reglamento) prevén la posibilidad de que un Estado contratante pueda designar en su territorio una o varias entidades como *puntos de acceso* o puertas de entrada al Registro internacional, a través de las cuales se transmitirá a éste la información necesaria para la inscripción. Cabe pensar que, de esta forma, cada Estado podría mantener sus propios requisitos de calificación, legalidad, identificación, etc., mientras se respetasen los mínimos del Convenio y el Protocolo. Con esta ingeniosa solución —que genera, no obstante, asimetría en los requisitos de acceso y de depuración de la información— se conseguiría que con la inscripción de una garantía o titularidad nacional, de forma automática y prácticamente simultánea, al operarse desde el Registro o punto de entrada nacional la solicitud de inscripción en el Registro internacional, dicha garantía o titularidad alcanzase también la reforzada protección internacional del Convenio de Ciudad del Cabo¹¹⁵. En España se ha sugerido que el punto de acceso habría de ser el Registro Central de Bienes Muebles¹¹⁶. En cualquier caso, estas entidades que actúan como puntos de entrada no son parte del Registro internacional, sus operaciones se gobiernan en exclusiva por el Derecho nacional y, si bien el Estado contratante puede imponer que sean puntos de acceso para inscribir en el Registro internacional (con previa inscripción en el nacional), no puede imponer que sean el único punto para la consulta del Registro diseñado por el Convenio y el Protocolo; la consulta, esto es, la solicitud de información registral debe

y 3 Reglamento), que deben mantenerse siempre confidenciales por no estar en los folios de los objetos registrados (cap. 11 del Reglamento y art. 18.1.c del Convenio) y *archivos de objetos aeronáuticos* (caps. 2, 4 y 5), que son propiamente los que constituyen el objeto de la publicidad registral.

¹¹⁵ Vid. *Explanatory Report*, cit., pp. 6-7 § 23, p. 36 §4 y p. 84.

¹¹⁶ GARCÍA SOLÉ/GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, p. 224.

ser posible *on line* desde cualquier punto conectado con el Registro internacional disponible para el solicitante¹¹⁷.

c) *Validez y fecha de la inscripción.* El Convenio distingue entre el momento en que la inscripción es válida, cuando cumple los requisitos anteriores y en particular el de la emisión del consentimiento para la inscripción del artículo 20, y el momento en que «si es válida, quedará completa, al incorporarse la información requerida en la base de datos del Registro internacional de forma que pueda ser consultada» (art. 19.2). Por lo tanto, la eficacia de la inscripción, esto es, la fecha en que se entiende producida a todos los efectos, no sigue ni la teoría de la emisión ni la de la recepción del consentimiento/solicitud emitidos, sino que es el momento en que la información registral de ese objeto está accesible al público. Dado el carácter enteramente electrónico y automatizado del Registro, que se pretende que funcione sin intervención humana (*vid. infra*), los lapsos que se prevén son muy breves, tras la asignación de un número de expediente en orden secuencial y la conservación de la información de forma duradera. Una regla muy importante para el funcionamiento del Registro internacional y el efecto de prioridad que produce es la *inscripción de «garantías internacionales futuras»*; cuando se inician las negociaciones para crear sobre un objeto una garantía internacional en el futuro, supeditada a que ocurra un hecho cierto o incierto, es posible inscribir esa garantía proyectada, por supuesto con consentimiento del futuro y eventual deudor; en caso de que la garantía internacional futura llegue a convertirse en una efectiva garantía internacional, el Convenio establece que no es preciso realizar ninguna inscripción adicional y ésta se considerará inscrita desde el momento de la inscripción de la garantía futura (arts. 18.3, 19.4 y 22.3). Este curioso mecanismo, trasvasado a las categorías registrales españolas, funciona como una suerte de anotación preventiva de un derecho real aún no nacido, que se transforma en inscripción registral plena, de forma automática y retroactiva, a partir de la constitución del derecho real. Por lo tanto, los terceros deberán prestar igual atención a la inscripción, a efectos de rango y prioridad, bien de una garantía internacional en sentido estricto bien de una futura, pues el certificado de consulta no discriminará sobre si el acreedor ha adquirido o tiene el propósito de adquirir dicha garantía (art. 22.3). Por lo demás, la *duración* de la inscripción de cualquier garantía internacional tiene lugar hasta su cancelación o hasta la expiración del período especificado en ella (art. 21). La *cancelación* debe hacerse por el titular registral, «sin demora injustificada ante la

¹¹⁷ *Vid. Explanatory Report, ibid.*; y *vid.* artículo XIX.2 del Protocolo.

petición escrita del deudor» cuando las obligaciones garantizadas se hayan extinguido; la misma cancelación a petición del futuro deudor que no llegó a serlo debe realizarse por el titular registral, si éste no llegó a adelantar fondos o se comprometió a hacerlo (art. 25.1-2) ¹¹⁸.

d) *Publicidad formal.* (i) Desde el punto de vista del *sujeto activo* que busca información en el Registro internacional, no existe ninguna restricción ni necesidad de aportar interés legítimo alguno. El Convenio es tajante: «cualquier persona puede» consultarlo (art. 22) y «no se negará a nadie el acceso a las oficinas de inscripción y de consulta del Registro internacional por ningún motivo, salvo la falta de cumplimiento de los procedimientos prescritos» (art. 26) ¹¹⁹. Es posible intuir como razones para no exigir alegación de interés legítimo en la información: que impediría el acceso electrónico automático de las búsquedas, que la información registral es limitada en su naturaleza y que, de imponerse tal requisito, el Registrador debería ser más activo y podría verse sometido a litigios en caso de denegar el acceso ¹²⁰. (ii) Desde el punto de vista del *objeto* de la información, la publicidad sí está restringida a ciertos datos. De entrada, el Registro internacional no da necesariamente información completa de la propiedad de los bienes ni de todos los derechos reales que recaen sobre ellos, sino sólo de las garantías internacionales. Los datos de carácter personal permanecen confidenciales (cfr. cap. 11.1 Reglamento). De hecho, los criterios de consulta sobre un objeto aeronáutico que fija el Protocolo son el nombre de su fabricante, el número de serie del fabricante y su designación de modelo (art. XX.1 Protocolo y cap. 9.4 Reglamento) ¹²¹. (iii) La *forma* en que la información se suministra a quien consulta es mediante un *certificado de consulta*. Se expide por el Registro a través de medios electrónicos, de forma automatizada. Tiene valor probatorio de los hechos de los que da fe (art. 24); en concreto, en él consta bien toda la información inscrita sobre el objeto, fecha y hora de inscripción de esa información o bien que en el Registro internacional no existe ninguna información relativa al objeto (art. 22.2). (iv) La emisión de los certificados *no es gratuita*, sino que se cobran unas tasas (art. 16.2 Reglamento) con las

¹¹⁸ En todo caso, como indica el *Explanatory Report* (cit., p. 42), la cancelación no implica eliminación de ninguna entrada en el Registro, sino una anotación acerca de que la titularidad registrada ya no existe.

¹¹⁹ Con fórmula asaz terminante lo establece también el (proyecto de) Reglamento del Registro: «el acceso al Registro para búsquedas está abierto a cualquier persona y no requiere el establecimiento de un interés específico» (cap. 9.1).

¹²⁰ VAN ERP, «The Cape Town Convention...», cit., p. 101.

¹²¹ Incluso en el sector ferroviario es insistente la manifestación del temor de los empresarios a que cualquier competidor, sin alegación de interés legítimo, pueda conocer quién les financia recabando el nombre del acreedor del Registro (*vid. ROSEN, op. cit.*, p. 33).

que, principalmente, se pretenden sufragar los costes del seguro de responsabilidad civil que debe suscribir el Registrador ¹²².

e) *Publicidad material*. Como se ha indicado, el Registro internacional no da información completa positiva del estado legal del equipo móvil (aunque al permitir el Protocolo la inscripción de las ventas –*vid. supra* ap. a)– puede conseguir un contenido más completo), pero si no existe una garantía o titularidad internacional inscrita da una información negativa limitada de que el bien no está gravado con ese derecho real ¹²³. El Convenio ha pretendido «trazar un pequeño número de reglas simples, objetivas y completas, y evitar algunas de las complejidades que se encuentran en los sistemas legales nacionales» ¹²⁴. La publicidad material o fe pública registral (distinta de la del ordenamiento español y otros sistemas, sin exigencia de buena fe) se recoge en el capítulo VIII del Convenio con el rótulo de «efectos contra terceros de las garantías internacionales» y comprende los dos artículos capitales para explicar la fuerte protección que comporta la inscripción en este Registro internacional: por un lado, el «rango de las garantías concurrentes» (art. 29) o prioridad y, por otro lado, los «efectos de la insolvencia» (art. 30). (i) La regla es que una garantía inscrita tiene *prioridad* sobre cualquier otra inscrita con posterioridad y sobre una garantía no inscrita (sea o no inscribible) ¹²⁵, según el artículo 29.1. Además, *esta prioridad se aplica «aun cuando la garantía mencionada primeramente haya sido constituida o inscrita teniendo en cuenta el conocimiento de la otra garantía»* y aun respecto a todo adelanto de fondos que haya efectuado el titular de la garantía primeramente registrada teniendo en cuenta dicho conocimiento (art. 29.2). El mismo precepto aplica el principio al comprador de un objeto, al comprador condicional o al arrendatario, que lo adquieren gravado con las garantías inscritas al adquirir sus derechos y libres de toda garantía no inscrita, aun cuando tuvieran conocimiento de la misma (art. 29.2-3). Por lo demás, el rango de todas las garantías o derechos concurrentes puede modificarse mediante acuerdo de sus titulares (art. 29.5). Lo más llamativo de estas reglas es la *eliminación del principio de*

¹²² *Third Report of the International Registry Task Force*, cit., §§ 18, 19 y 24, donde se ponen de manifiesto los problemas habidos para poder cuantificar cuánto costará poner en funcionamiento el Registro, principalmente por la indefinición de las compañías aseguradoras, más que por el material informático.

¹²³ VAN ERP, «The Cape Town Convention...», cit., p. 100, abundando en la diferencia entre registros positivos y negativos.

¹²⁴ *Explanatory Report*, cit., p. 45 § 1.

¹²⁵ Ténganse presentes los artículos 23 y 39.1 del Convenio en cuanto a las únicas garantías no inscritas (pero declaradas por los Estados y consultables en el Registro internacional como lista), que son los llamados «derechos o garantías no contractuales» [*vid. supra* apartado a)] que pueden tener prioridad sobre las internacionales inscritas.

buena fe (extrarregistral) para que opere la oponibilidad del Registro internacional, que constituye un pilar básico de muchos sistemas registrales nacionales, incluido el español¹²⁶. La principal razón para arrumbar el principio de buena fe, erigiendo así al Registro en la única realidad jurídica atendible para el principio de prioridad, ha sido evitar disputas fácticas acerca de si el segundo acreedor conocía o no la titularidad anterior¹²⁷. (ii) En relación con los *procedimientos de insolvencia contra el deudor*, una garantía internacional tiene efecto si la garantía fue inscrita antes del conocimiento de dichos procedimientos (art. 30, y cfr. art. 37); sin embargo, las reglas del Convenio y la eficacia del Registro internacional no afectan a las normas que se apliquen a los procedimientos de insolvencia sobre transferencias en fraude de los derechos de los acreedores, ni a la invalidación de una transacción mediante un arreglo preferencial ni a la supervisión del administrador de la insolvencia.

f) *Organización registral*. El establecimiento, gestión y responsabilidad en relación con este Registro internacional absolutamente electrónico corresponde a una estructura de dos entidades con competencias deslindadas según el artículo 17 y concordantes del Convenio: la autoridad supervisora y el Registrador. Entre las diez funciones establecidas para la *autoridad supervisora* [art. 17.2.a-j)] cabe destacar que establecerá el Registro, nombrará al Registrador, asegurará el funcionamiento efectivo y continuo del Registro en caso de cambio de Registrador, aprobará los reglamentos de funcionamiento del Registro internacional, establecerá los procedimientos administrativos para que se le presenten las quejas de funcionamiento, fijará la estructura tarifaria, etc. La autoridad supervisora tiene personalidad jurídica internacional, goza de inmunidad y de exención de impuestos en el Estado anfitrión donde se instale (art. 27). Cabe destacar que, si bien la autoridad supervisora vigila el funcionamiento del Registro y da orientación al Registrador cuando éste lo solicite, el *Registrador* goza de autonomía en su gestión. Su misión es asegurar el funcionamiento eficiente del Registro (art. 17.5), del que se ocupará durante un período de cinco años desde la entrada en vigor del Protocolo (art. XVII.5 Protocolo). El Registrador, en cambio, no goza de inmunidad y está *sujeto a responsabilidad civil* indemnizatoria

¹²⁶ Para el Registro de venta a plazos de bienes muebles, artículo 29 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999; para inmuebles, el artículo 34 LH.

¹²⁷ *Explanatory Report*, cit., p. 45 § 3 y p. 7 § 25, que aduce también que esta regla, acogida por su simplicidad, refleja el principio de que se presume que todos los acreedores conocen una titularidad registrada.

por la pérdida que sufra una persona como resultado directo de un error u omisión suyo o de sus funcionarios o empleados, o del mal funcionamiento del sistema de inscripción internacional, excepto cuando éste se deba a un hecho inevitable e irresistible. Dado que en el diseño del Convenio se pretende que la responsabilidad del Registrador sea objetiva, sin dependencia alguna de su culpa, a salvo casos muy excepcionales de fuerza mayor que quedan por delimitarse con mayor exactitud¹²⁸, el artículo 28.4 impone la obligación de que el Registrador cuente con un seguro o una garantía financiera que cubra su responsabilidad. Ciertamente, las copias de seguridad de los archivos y mecanismos de sistemas de red subsidiarios para casos de emergencia se contemplan como medidas preventivas para evitar los perjuicios. En cambio, dado el sistema de inscripción voluntaria, sin calificación previa por el Registrador, se establece que el Registrador no será responsable por la inexactitud fáctica de la información que recibió o transmitió en la forma en que fue recibida (art. 28.2). Un punto vital para la continuidad del Registro internacional, como es la propiedad (especialmente la intelectual) de los archivos y bases de datos – que se declaran inviolables, no susceptibles de secuestro ni de procedimientos judiciales o administrativos– se ubica sin ambages por el Convenio en la autoridad supervisora (arts. 17.4 y 27.4). Como autoridad supervisora del Registro internacional sobre garantías internacionales respecto a equipos aeronáuticos se ha designado a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)¹²⁹, con sede en Montreal, y ésta ha seleccionado como Registrador a *Aviareto*, una entidad con sede en Dublín¹³⁰. Determinar que la sede del Registrador es Irlanda tiene su importancia de cara a fijar que sólo los Tribunales de Dublín tendrán jurisdicción exclusiva para otorgar indemnizaciones o dictar órdenes contra el Registrador (art. 44 Convenio).

¹²⁸ *Explanatory Report*, cit., p. 44 § 1.

¹²⁹ Más dificultades está planteando la designación de la Autoridad Supervisora para el Registro internacional sobre garantías internacionales sobre bienes de equipo espacial, pues aunque se ha propuesto al COPUOS existe un gran debate sobre si debería tratarse de otra agencia internacional o de Naciones Unidas. Asimismo se discute la posibilidad de emplear la analogía con el Protocolo y los Reglamentos relativos a equipos aeronáuticos. Sobre todo ello, DE FARAMINÁN GILBERT, J. M. y CAPARRÓS DEL MORAL, R., «Análisis general del Convenio de Unidroit relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil: especial referencia al proyecto preliminar de protocolo conexo sobre cuestiones concretas relacionadas con la propiedad espacial», en *REDI*, LV, 2003, 1, pp. 501-505, esp. pp. 502-503.

¹³⁰ Según anuncio de 2 de junio de 2004 de la OACI (disponible en «http://www.icao.int/cgi/goto_m.pl?icao/en/nr/2004/pio200406_e.pdf»; fecha de consulta: 16 de junio de 2004).

4. BALANCE CRÍTICO

Desde el punto de vista de la armonización del Derecho privado europeo y de la posibilidad de que el Registro internacional de garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil pueda servir como modelo para la armonización de los sistemas registrales inmobiliarios de la Unión Europea¹³¹, como acto necesario para una eventual armonización sustantiva del Derecho de propiedad y de hipotecas, cabe hacer las siguientes apreciaciones críticas, aparte de las reflexiones ya vertidas al exponer el régimen de este nuevo Registro internacional.

Primera: el *carácter absolutamente informatizado y electrónico de este Registro reúne* en este solo rasgo *tanto su grandeza y posibilidades como sus carencias y limitaciones*, al menos tal y como está diseñado. Ciertamente se consigue con él mantener a un bajo coste un Registro internacional que puede afrontar gran volumen de información con importantes efectos hacia terceros. Pero el objetivo del carácter económico del Registro se consigue a través de tres factores que, si bien pueden verse positivamente, pueden entrañar, a mi modo de ver, deficiencias sobre la calidad de la publicidad registral, esto es, relativa fiabilidad de la información contenida en el Registro; un Registro con importantes efectos frente a terceros (incluso pese a la mala fe extrarregistral del titular registral), que, sin embargo, decaen si los datos inscritos no fuesen en realidad ciertos. Esos tres factores de eficiencia y reducción de costes son¹³²: (i) En este sistema electrónico y *on line* la inscripción y las búsquedas serán «automáticas por ordenador y no supondrán intervención humana». Por ello el «Registro es accesible 24 horas al día, 7 días a la semana excepto para mantenimiento (realizado fuera de períodos punta) o problemas técnicos» (art. 1.2 Reglamento y art. XX.4 Protocolo). (ii) Los datos contenidos en el Registro provienen de declaraciones formuladas electrónicamente por el titular registral solicitante, pero *no se archivan ni se presentan en él documentos contractuales ni copias* de éstos. Quien quiera más información deberá acudir al titular registral. (iii) El sistema registral no se preocupa por datos externos a los datos transmitidos; así, no es preciso dar pruebas de que el consentimiento para inscribir se ha dado efectiva y válidamente (ni el Registrador lo comprueba), ni tampoco se tiene en cuenta la buena fe del titular

¹³¹ Como algún autor, como VAN ERP («The Cape Town Convention...», cit., pp. 93 y 108-110), ha sugerido con entusiasmo.

¹³² Según se derivan de diversos pasajes del *Explanatory Report* (cit., p. 6 § 23, p. 33, p. 36 § 2 y p. 85).

registral (su conocimiento de la existencia de garantías constituidas con anterioridad a la suya).

Segunda: en consecuencia, *la publicidad material* del Registro internacional no queda plenamente garantizada, pues el principio de legitimación (cfr. art. 38 LH española) y su presunción de exactitud no pueden ser tan firmes como en un sistema en el que exista una *calificación registral* seria que compruebe, en los documentos –normalmente públicos– aportados por el solicitante de la inscripción, que las titularidades reales que acceden al Registro existen en la realidad como manifiesta quien pretende erigirse en titular registral. Y esta calificación registral, que sin duda encarecería el sistema con grave riesgo de hacerlo inviable a nivel internacional, técnica y jurídicamente resulta posible hoy en día con los documentos públicos electrónicos y la firma electrónica (*vid. supra*, ap. IV.1). El principio de legalidad (cfr. art. 18 LH), que en los sistemas germánicos y español, los sistemas de inscripción de titularidades (*vid. infra*, ap. VI.1), se verifica *ex ante* por el Registrador, justificando los vigorosos efectos frente a terceros de la información registral, en el Registro internacional se trata de respetar y verificar *ex post*: la inscripción es válida sólo si cumple los requisitos del artículo 20 (art. 19.1), por lo que si se hizo por persona sin derecho a ello es inválida y no puede afectar a tercero (*v. gr.*, inscripción sin consentimiento escrito del deudor, o sin poder de disposición). La seguridad jurídica preventiva del sistema registral internacional, aunque salvaguardada con estas reglas, puede ser menor que en los sistemas de inscripción de titularidades con «control de entrada de la información», generadores de menor conflictividad. Ello explica también –junto con su carácter de Registro fundamentalmente de cargas– que su publicidad no sirva para fundar adquisiciones *a non domino* de terceros de buena fe, como en los citados sistemas de titularidades con fe pública registral.

Tercera: el *sistema de «puntos de acceso» nacionales* para practicar la inscripción (no para consultar el Registro, ubicado en Internet) es un sistema muy digno de consideración de cara a la eventual armonización de los Registros inmobiliarios europeos. Con ello se aprovecharían, al menos en una primera fase, las estructuras registrales existentes y los requisitos del Derecho nacional, siempre que quedasen cubiertos los mínimos de la inscripción internacional (o europea). Sin embargo, tal como está diseñado por el Convenio y el Protocolo cuenta con dos inconvenientes: por una parte, en los sistemas de registro de documentos, como el francés, por ejemplo, este sistema obligaría a una absoluta reestructuración, bien de lo que se presenta al Registro por el soli-

citante, bien de las funciones del Registrador, que habría de extraer de los documentos sólo los datos y titularidades que se publicarían en el Registro internacional. Por otra parte, los diferentes requisitos de inscripción según los Estados miembros a través de la criba de legalidad más rígida o más flexible producida desde sus puntos de acceso nacionales al Registro internacional produce una asimetría en la calidad de la información transmitida según los Estados. Ciertamente, constituye una buena red de seguridad la regla que establece que las inscripciones practicadas impropia- mente en el Registro internacional (por carecer de los requisitos legales) no perjudican a terceros; en especial para paliar los proble- mas de la información proveniente de los sistemas con un control de entrada menos exigente.

Cuarta: el Registro internacional es un *registro fundamentalmente de cargas*, aunque el diseño del Protocolo permite que se inscriban también otras *titularidades* reales (procedentes de ventas). Sin embargo, su finalidad no es ser tendencialmente completo (como ocurre con los Registros inmobiliarios), sino tan sólo dar la máxima seguridad a las garantías internacionales, de forma que quien va a financiar sepa si alguien ya ha financiado antes. No obstante, su carácter de Registro de ordenación de cargas no elimina de suyo la posibilidad de servir de modelo por este aspecto para un Registro de la Propiedad europeo, pues también las «Contadurías de Hipotecas» establecidas en España en 1768 eran registros de gravámenes –salvando todas las distancias con el Registro internacional– y fueron el embrión del registro de titularidades que hoy es el Registro de la Propiedad español¹³³. Para evitar errores, conviene constatar que el Registro internacional, en la tradicional clasificación de los sistemas registrales (*vid. infra*, apartado VI.1), propiamente *no es ni un registro de documentos ni de titularidades*. Lo más discordante con el primer sistema registral (*registration of deeds*) ha sido puesto de relieve en el párrafo anterior. Y aunque en el Registro internacional se inscriben titularidades y no documentos, tampoco coincide con el sistema de Registro de titularidades (*registration of titles*), pues algunos rasgos importantes de éste, como el sistema de calificación, el principio de buena fe, la necesidad de presentar documentos para avalar las inscripciones pretendidas, no se requieren en el Registro

¹³³ Más aun: igual que los Registros surgieron a partir del siglo XVI con el florecimiento de la actividad bancaria y la liberalización de la propiedad, de forma que el crédito territorial necesitó libros registrales para proteger no sólo a los prestamistas sino también a los adquirentes (PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 17-18), nada obsta a que el Registro internacional como eventual modelo para un registro inmobiliario europeo se le imprimiese este giro en beneficio de la protección de terceros (*vid. conclusión quinta, a continuación*).

internacional. Es, por tanto, un sistema con principios propios (de un sistema de *notice filing*) que busca la máxima sencillez y economía para permitir su carácter electrónico y *on line* sin renunciar a los importantes efectos de la inoponibilidad y la prioridad, pero sin acoger el principio de fe pública registral.

Quinta: el Registro internacional *acomoda sus fines a la protección de los acreedores, más que a la protección de los terceros*. Aunque éstos también obtienen seguridad con la inoponibilidad de lo que no conste inscrito, los realmente beneficiados son los acreedores previsores que inscriben voluntariamente con base en su sola declaración y en el presunto consentimiento del deudor. El principio de rogación resulta tan potenciado que en realidad erige a los pretendidos titulares registrales en los protagonistas de toda la tramitación registral¹³⁴ (ellos practican la inscripción electrónicamente en formulario oficial tal y como después ésta es publicada), dejando relegado al Registrador a un papel puramente pasivo. El Registrador sólo velará por el funcionamiento del sistema, pero no tendrá un papel activo de verificar, en beneficio de terceros, la exactitud o legalidad de lo publicado.

Sexta: los mayores incentivos para potenciar la inscripción voluntaria en el Registro internacional radican en sus fuertes efectos de prioridad fundados exclusivamente en la realidad registral y también, muy particularmente, en la *primacía* que el Convenio internacional da a las *garantías inscritas en este Registro internacional, frente a las garantías inscritas en cualesquiera Registros nacionales* y, por supuesto, frente a garantías no inscritas, sean o no inscribibles. La protección del Registro internacional es mayor, por lo tanto, que la protección registral nacional¹³⁵.

Séptima: el esquema de superposición de un Registro internacional, con sus propios principios formales y materiales, sobre los Registros nacionales relativos a los mismos derechos y objetos, sin eliminación de tales Registros domésticos, constituye un punto de partida interesante para la eventual armonización comunitaria¹³⁶. La *coordinación de ambas estructuras registrales*,

¹³⁴ A la inversa que el sistema propuesto por algunos autores para el ámbito comunitario, basado en la inscripción voluntaria por parte de los deudores que buscan obtener financiación y para ello se adhieren a un sistema de archivo que publique su oferta: *vid.* DOLAN, J. F y VEGTER, J. B., «A voluntary filing system for secured financing transactions in the European Union», en *ERPL*, 1998, 6, pp. 195-224.

¹³⁵ *Explanatory Report*, cit., p. 5 § 17.

¹³⁶ En cambio, GARCÍA SOLÉ/GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, p. 224) defienden que «el Registro debería haberse configurado como una mera conexión informática o telemática entre los Registros de Bienes Muebles de los Estados miembros (...); «(...) no se estructura el Registro como un mero centro coordinador de los Registros nacionales, sino como un Registro específico al que deben remitirse las garantías internacionales desde cualquier Estado miembro».

internacional y nacional, con prelación de sus eficacias y flujo de información mediante puntos de acceso, tal y como se propone en el Convenio y el Protocolo, si bien no resulta fácil aplicada a los Registros inmobiliarios, puede resultar más factible y pragmática que la pretensión de constituir un único Registro paneuropeo que sustituyese a los Registros nacionales o que la hipótesis de una armonización legal mediante Directivas de los sistemas registrales existentes.

5. UNA BREVE CONCLUSIÓN

A la vista de las Directivas sobre comercio y firma electrónica, la reforma registral inglesa, el proyecto Eulís y el Registro internacional de garantías sobre bienes de equipo móvil, cabe concluir que la armonización del *acceso a la información* facilitada por los Registros de la Propiedad de los Estados miembros («publicidad formal») podría ser un objetivo realizable a medio plazo pese a sus dificultades e inconvenientes y puede prestar un importante servicio al afianzamiento del mercado interior. En cambio, la *armonización de los efectos de los Registros de la Propiedad* (en definitiva, la armonización de su esencia: el valor de la inscripción) parece algo por el momento lejano y prematuro, por su enraizamiento en la médula del Derecho de cosas de cada ordenamiento jurídico, con muchos conceptos técnicos muy dispares entre ellos; aunque, precisamente, por su carácter técnico y no ideológico o emotivo permite albergar cierta esperanza para la convergencia futura. Sólo el diseño de un nuevo Registro comunitario, con reglas propias, superpuesto y coordinado con los Registros nacionales –para lo cual puede suponer un valioso, aunque no único, primer modelo el Registro internacional del Convenio de Ciudad del Cabo de 2001– podría llegar a alcanzar también a la armonización de la publicidad material garantizada, más allá de la oferta de una mera información útil sin fuerza vinculante para terceros.

V. DIRECTIVAS COMUNITARIAS, DERECHO UNIFORME Y SISTEMAS REGISTRALES: UN CABALLO DE TROYA

¿Cuál es la incidencia real del requisito formalista de la inscripción registral en el *acquis communautaire* y viceversa? Ya se comprobó (epígrafe II) que el Derecho primario comunitario, a través de varias de las libertades fundamentales, permite cierta contem-

plación, desde este ángulo, de los contratos sobre derechos inmobiliarios, incluso con alguna sentencia aislada del TJCE –como el caso *Trummer*– sobre la inscripción. Sin embargo, la atención de las Directivas comunitarias hacia este fenómeno ha sido muy escasa. Sólo por vía negativa suele encontrarse su alusión, para excluirlo del ámbito de la armonización. Esta postergación, si bien obedece a razones perfectamente atendibles, oculta un auténtico caballo de Troya para el proceso armonizador: como se verá en el último apartado (VI), el grado de divergencia de los sistemas registrales es tan grande en lo relativo tanto a los efectos jurídicos de lo publicado por cada Registro de la Propiedad como a lo que accede al mismo (contratos o derechos depurados), que tal fenómeno no unificado pone en riesgo cualquier intento de armonización de contratos relativos a derechos sobre inmuebles. Sin embargo, la desatención de los contratos que recogen estos derechos en el *acquis communautaire*, parece estar empezando a cambiar, a tenor de las últimas Directivas, como enseguida se verá.

Para responder a la pregunta planteada sobre la incidencia de las Directivas en la inscripción y de ésta en aquéllas es útil dividir las normas comunitarias entre las que regulan derechos registrables, las que excluyen expresamente los contratos sobre derechos sobre inmuebles y, desde el punto de vista inverso, las que inciden en la práctica registral. También cabe trasladar la misma pregunta al *Soft Law* y al Derecho uniforme.

1. DIRECTIVAS QUE REGULAN DERECHOS REALES SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN

Son fundamentalmente tres Directivas: la *Directiva 2000/35/CE*, de 29 junio 2000, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y la *Directiva 94/47/CE*, de 26 octubre de 1994, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (multipropiedad) y la *Directiva 2002/65/CE* sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. La primera admite la *reserva de dominio* pactada por las partes (art. 4), como «la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio» (art. 2.3). Como se puede apreciar, ni esta regla ni la que define las «operaciones comerciales» (art. 2.1) hablan de otra cosa que de «bienes», sin excluir los inmuebles. Y, sin duda, pocos derechos reales sobre inmuebles andan tan necesitados de inscripción como los que suponen retener la propiedad del bien hasta que se produzca el pago total; sin esa información a terceros, para

evitar que se consume la adquisición de una transmisión fraudulenta realizada por el comprador que aún no es titular, el derecho del vendedor queda demasiado desprotegido frente a algunos terceros: ante tal incumplimiento sólo una regla de responsabilidad (indemnización) le ampara, pero no una regla de propiedad frente a los terceros de buena fe que consiguen inscribir su derecho. Parecidas consideraciones cabe hacer respecto a la «reserva de dominio» en la venta de bienes muebles a plazos, para las cuales también existen Registros *ad hoc*. Si bien esta Directiva ya supone en sí un paso revolucionario al regular un derecho real en la normativa comunitaria, la forma de las reglas adoptadas es muy débil a efectos de armonización; ni siquiera recoge, respecto a la protección de terceros –como sí hacía la propuesta de Directiva–, que «[l]os Estados miembros deberán prever una oponibilidad a terceros de la cláusula de reserva de dominio incluso en caso de quiebra del deudor»¹³⁷.

En cuanto a la *Directiva sobre multipropiedad*, sólo se refiere a «ciertos aspectos de los contratos relativos, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido» (esto es, información contractual y «derecho de resolución»), como indica su título. Sin embargo, la posibilidad de que ese derecho quede configurado como un derecho real o incluso de que pueda establecerse su inscripción sin ese carácter en algunos países implica la aparición de la importante desarmonización registral en un ámbito armonizado. El artículo 1 deja a los Estados miembros la competencia para «determinar la naturaleza jurídica de los derechos», que debe indicarse en el contrato [anexo de la Directiva, punto *b*)]. En la transposición de la Directiva al Derecho español, a diferencia de lo que se ha hecho en la mayoría de los demás países, se ha optado por determinar una estructura jurídica concreta al derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles: se configura o bien como un derecho real limitado o como un arrendamiento de temporada. Uno de los motivos fundamentales para esa decisión fue la garantía que ofrece el Registro de la Propiedad, que acoge ambos derechos; la falta de posesión continua por el titular del derecho de uso avala el recurso a la publicidad del Registro¹³⁸. En la ley española de trans-

¹³⁷ Artículo 4.3 de la Propuesta modificada de la Directiva contra la morosidad, COM (1998), 615 final («DOCE», C 374/4, de 3 de diciembre de 1998). Véase MILO, J. M., «Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title», en *ERPL*, 2003, 3, pp. 379-393, esp. p. 392.

¹³⁸ MUNAR BERNAT, P., «Publicidad comercial y publicidad registral del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre», en *Presente y Futuro del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*, CER, Madrid, 2000, pp. 72-73.

posición (Ley 42/1998, de 15 diciembre) se incluyen reglas muy detalladas para la correcta inscripción de este nuevo derecho (arts. 4 y 6). Lo más destacable para esta exposición es que en España la escritura pública en que consta el régimen del aprovechamiento debe ser inscrita *obligatoriamente* en el Registro de la Propiedad y su comercialización no puede empezar hasta que no haya realizado la inscripción. Sin embargo, en todos los proyectos de ley figuraba que la inscripción tuviese carácter constitutivo, es decir, que hasta que no hubiera accedido al Registro de la Propiedad, el régimen no existía legalmente ni tenía eficacia. La ley finalmente aprobada sólo deja claro el carácter obligatorio de la inscripción, pero no su carácter constitutivo, que es objeto de debate en la doctrina ¹³⁹.

Aparte de estas dos Directivas ¹⁴⁰, la *Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, permite contratar, entre estos servicios, «los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble» o los créditos para «la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles», con la única particularidad de que se admite que los Estados miembros puedan excluir el derecho de «rescisión» de este tipo de créditos o préstamos [art. 6.3.a-b)]. Muchas delegaciones nacionales preferían que el derecho de desistimiento nunca se aplicase a estos contratos y apostaron, sin éxito, por eliminar el carácter facultativo de esa regla para los Estados miembros ¹⁴¹. La razón de la eliminación del derecho de desistimiento, en lo que respecta a los Registros de la Propiedad objeto de esta exposición es clara: permitir la eficacia inmediata del desistimiento del consumidor cuando el derecho real (*v. gr.* hipoteca) ya ha ingresado en el Registro y, por tanto, debe cancelarse, comporta una grave inseguridad jurídica en

¹³⁹ Según MUNAR BERNAT, *op. cit.*, pp. 73-74, la nueva ley, desgraciadamente, sólo impone inscripción obligatoria. En contra, COSTAS RODAL, L., *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Comares, Granada, 2000, pp. 219-238, defiende la naturaleza constitutiva de la inscripción en el tenor literal de la ley. Contraargumenta frente a dicha tesis del carácter constitutivo de la inscripción, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «De nuevo, sobre la multipropiedad: la exigencia constitutiva de escritura pública y su obligatoria inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno (una réplica cordial)», en *RCDI*, 2003, núm. 680, pp. 3145-3169.

¹⁴⁰ Aún podría mencionarse como Directiva con incidencia en el ámbito de la propiedad y los derechos reales la Directiva 1993/7/CE, *relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro*, en la que se regula el derecho a la restitución de bienes culturales robados y exportados ilegalmente (art. 1.2), incluso frente a quien pueda ya ser considerado propietario en el lugar donde se encuentre el bien.

¹⁴¹ Así, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia y Luxemburgo. *Vid.* FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «Comercialización a distancia de servicios financieros», en *La Ley*, núm. 5623. 1 de octubre de 2002. nota 20.

relación con terceros que contratan confiados en las cargas que publica el Registro. En cualquier caso, esta Directiva puede suponer un importante paso hacia la contratación electrónica de hipotecas¹⁴² y otros derechos reales sobre inmuebles¹⁴³.

De hecho, tanto la segunda Directiva bancaria (Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, anexo, núm. 2), como la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, sobre acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, ya permitían la concesión de créditos hipotecarios por entidades de crédito en cualquier país comunitario usando las técnicas financieras de su propia legislación nacional¹⁴⁴; esta habilitación, imprescindible para poder regular la contratación electrónica de créditos hipotecarios, se estableció en estas dos normas a través del expediente del mutuo reconocimiento de las técnicas financieras, como ya se planteaba en la abandonada Propuesta de Directiva sobre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario de 1987¹⁴⁵, rehusando,

¹⁴² Particularmente contrario a la regulación comunitaria de la hipoteca electrónica (así como de los créditos hipotecarios) se muestra DÍAZ FRAILE, «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la "hipoteca electrónica")», cit., pp. 985 y *passim*, que fue miembro de la Delegación española en la elaboración de la Directiva. Para dicho Registrador la hipoteca electrónica (y la constitución electrónica del conjunto de derechos reales sobre bienes inmuebles, p. 998) presenta numerosas contraindicaciones jurídicas y vulneraría, a su juicio, muchas normas y principios tanto comunitarios como nacionales que enumera en siete, de los cuales, al objeto de este estudio, cabe destacar dos: «el régimen de publicidad registral de los derechos reales inmobiliarios, incluida la hipoteca, en los Estados Miembros de la Unión Europea» (pp. 993-994) y «el orden público inmobiliario y la cláusula de mínimos en las Directivas sobre protección de consumidores» (p. 995). Por lo demás, DÍAZ FRAILE (*op. cit.* pp. 999 y 1000) propone que, de admitirse en España el derecho de desistimiento en la transposición, se permita el reflejo del derecho claudicante mediante nota marginal a imagen de las hipotecas unilaterales (art. 141 LH).

¹⁴³ Para la descripción y crítica de la formalización electrónica de operaciones de crédito con garantía real y, en especial, créditos hipotecarios en España, bien a través de la plataforma «e-notario», bien al amparo de las previsiones de la Ley 24/2001 (en la que la escritura pública requerirá no una, sino dos escrituras debido a la falta de presencia coetánea de las partes), *vid.* MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., «La contratación por vía electrónica en el mercado de crédito», en MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 437-439; además, *vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, pp. 93-95, y MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E., «Contratación electrónica de operaciones crediticias», en *La Ley*, núm. 5204, 13 de diciembre de 2000, pp. 1-6, esp. pp. 4-5.

¹⁴⁴ Pese a lo cual todavía pueden encontrarse en algunos Códigos nacionales reglas de dudosa legalidad de acuerdo con la normativa comunitaria, como el artículo 2128 del CC francés: «Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens en France», que, en principio, obstaculizan la idea de hipoteca electrónica.

¹⁴⁵ Esta propuesta de Directiva se entendió innecesaria por subsumida en la segunda Directiva bancaria citada. La Comisión Europea presentó la Propuesta de Directiva sobre «la libertad de establecimiento y la prestación libre de servicios en el ámbito del crédito hipotecario» el 24 de enero de 1985. Se convirtió en Propuesta Modificada de Directiva del Consejo en 1987 (COM/87/255 final - syn 39, «DOCE», C 161, de 19 de junio de 1987, pp. 4 ss.) y fue objeto de estudio por un grupo de expertos hasta que, con el inicio de la discusión de la citada segunda Directiva bancaria, se abandonó por entender que quedaba englobada en ésta.

por tanto, la armonización legislativa en este punto. No obstante, en estas dos Directivas bancarias se impone con claridad la diferencia entre el elemento obligacional del préstamo y el elemento del derecho real de garantía de la hipoteca, incluyendo el primero y excluyendo el segundo del principio de mutuo reconocimiento ¹⁴⁶; y lo mismo cabe decir de la técnica armonizadora del primero (el contrato) y la exclusión del segundo (la hipoteca) en la examinada Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Finalmente, cabe hacer mención del *Reglamento 1346/2000/CE del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia*, en el cual se establecen normas de conflicto uniformes que sustituyen las reglas nacionales de Derecho internacional privado. Si bien el principio del que se parte es que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia es la del Estado miembro en que se abra dicho procedimiento (art. 4), se establecen algunas excepciones, relativas precisamente a derechos reales de garantía (art. 5.1), a pactos de reserva de dominio (art. 7.1), a contratos sobre bienes inmuebles (art. 8) y a los «derechos del deudor sobre un inmueble, buque o aeronave que estén sujetos a inscripción en un registro público» (art. 11). En estos cuatro supuestos, que excepcionan la regla, tales derechos se regirán por la Ley del Estado donde se encuentre radicado el inmueble sobre el que recaen (o, en el caso del art. 11, por la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el Registro). De esta forma, se prescinde de cualquier idea de armonización sobre los derechos reales o los sistemas registrales, pues el Reglamento busca proteger la posición jurídica que cada Estado miembro atribuye a los titulares de un derecho real o de una reserva de dominio ¹⁴⁷. A los efectos de esta exposición resulta interesante tener en cuenta cuatro reglas del Reglamento comunitario: a) Como lógica prolongación del respeto a la ley del Estado miembro donde radique el inmueble sobre el que recae el derecho real, el artículo 14 aborda la protección de los terceros adquirentes, en los siguientes términos: «cuando el deudor, por acto celebrado después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, dispusiere a título oneroso de un bien inmueble, de un buque o de una aeronave sujetos a inscripción en un Registro público, o de valores negociables cuya existencia suponga una inscripción en un registro determinado por ley, la validez de dicho acto se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien inmueble, o bajo

¹⁴⁶ Vid. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 992.

¹⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Derechos de garantía sobre bienes muebles», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., p. 980.

cuya autoridad se lleve el registro». *b)* Tras enumerar los derechos reales (art. 5.2: el derecho a realizar el bien y ser pagado con el producto, «en particular, en virtud de prenda o hipoteca», el derecho exclusivo a cobrar un crédito, el derecho a reivindicar y el derecho real a percibir los frutos), que se registrarán por la ley del Estado miembro en el que radiquen, el artículo 5.3 establece que «se asimilará a un derecho real el derecho, inscrito en un Registro público y oponible frente a terceros, que permita obtener un derecho real en el sentido del apartado 1». *c)* Se consagra la facultad del síndico a publicar el contenido de la decisión por la que se abra el procedimiento de insolvencia (art. 21) y, en particular, se establece expresamente en el artículo 22 que el Síndico podrá solicitar que esa decisión se inscriba en el Registro de la Propiedad y en otros Registros; en la regla del artículo 22.2 planea la divergencia de los diversos sistemas registrales, al constatar que cualquier Estado miembro podrá prever la inscripción obligatoria. *d)* Por último, el Reglamento prevé que los gastos ocasionados por las medidas de publicación y de Registro se considerarán gastos del procedimiento de insolvencia (art. 23). Como se puede apreciar, *es probablemente este Reglamento la norma comunitaria que más presente ha tenido la trascendencia del Registro de la Propiedad en relación con los contratos inmobiliarios, si bien ha rehusado cualquier intento armonizador, aplicando escrupulosamente el principio de la lex rei sitae*¹⁴⁸.

2. DIRECTIVAS QUE EXCLUYEN LOS CONTRATOS SOBRE DERECHOS SOBRE BIENES INMUEBLES

Es posible distinguir tres grupos de Directivas, que permiten obtener conclusiones distintas sobre la exclusión de los contratos sobre derechos reales inmobiliarios:

a) Dos Directivas *excluyen directamente de su ámbito de aplicación* los «contratos relativos a la construcción, venta y alqui-

¹⁴⁸ Principio del que parte también la *Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera*, para determinar como ley aplicable para decidir si el acuerdo de garantía financiera entre entidades financieras se ha concluido correctamente y es válido ante terceros la ley del país en que se encuentra dicha garantía (considerando 8). Pero en aras de la agilidad de tales garantías (definidas en el art. 2) sí realiza un labor armonizadora en el sentido de prohibir que la constitución, validez, perfección, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba de un acuerdo de garantía financiera pueda ser sometido a la realización de acto formal alguno (arts. 3 y 4.4, considerando 9-12), incluido «el registro en un organismo oficial o público, o la inscripción en un registro público» (considerando décimo; cfr. art. 2.3: «toda referencia de la presente Directiva a la expresión “por escrito” incluye el registro por medios electrónicos y en cualquier otro soporte duradero»).

ler de bienes inmuebles, así como a los *contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles*»: son la Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre de 1985, sobre *contratos negociados fuera de establecimientos comerciales* [art. 3.2.a)] y la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, sobre *crédito al consumo* [art. 2.1.a): contratos de crédito «destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto»]. Sin embargo, tan tajante exclusión debe moderarse (sólo un poco) a la luz de la jurisprudencia del TJCE, cuya amplia interpretación en el caso *Heininger* de 13 de diciembre de 2001 sobre la interrelación de ambas Directivas ha permitido aplicar el derecho de desistimiento de la primera también a un préstamo garantizado con hipoteca sobre un inmueble¹⁴⁹.

b) *La Directiva 99/44/CE, sobre venta y garantías de los bienes de consumo*, por su propia definición de «bienes de consumo» como «cualquier bien mueble corpóreo» [art. 2.b)] deja fuera del ámbito de los derechos de reparación o sustitución del objeto, reducción del precio o resolución del contrato a los supuestos de adquisición de una propiedad inmueble adquirida con «falta de conformidad con el contrato». De esta forma, en la actualidad está sucediendo que el consumidor, dentro de este mercado interior, está obteniendo una mayor protección en la compraventa de un bien mueble de escaso valor que en la que puede ser la mayor inversión de su vida, la compra de un inmueble. Pero dado que el artículo 8 de la Directiva establece que ésta contiene una protección mínima, por la que se permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones con una protección más elevada, también en este campo cabe detectar las diferencias nacionales en lo relativo a derechos sobre propiedad inmobiliaria, que, sin embargo, pueden llegar a una «armonización espontánea» según la transposición que se haga. Así, cabe mencionar como ejemplos los casos de Alemania, España y Por-

¹⁴⁹ La sentencia *Heininger* (asunto C-481/99, *Heininger* [2001], ECR, I-234) declara que cuando «el préstamo debe estar asegurado por una carga sobre propiedad inmobiliaria, ese rasgo no es suficiente para que el acuerdo sea considerado como un derecho concerniente a una propiedad inmobiliaria para los propósitos del artículo 3(2)(a) de la Directiva de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. (...) el objeto de un contrato de préstamo (...) es la concesión de fondos (...). El hecho de que el contrato de préstamo esté garantizado con una carga sobre propiedad inmobiliaria no hace menos necesaria la protección que se reconoce al consumidor cuando ha concluido ese contrato fuera de los establecimientos mercantiles del empresario» (trad. mfa). Sobre la argumentación, su impacto en el Derecho de cosas y las consecuencias en la sentencia del BGH alemán de 9 de abril de 2002 y los subsiguientes cambios del CC alemán, *vid.* SCHMID, «European influences...», cit., pp. 5-10.

tugal. En la reforma del BGB de 2001, el legislador alemán decidió aplicar las nuevas garantías de la Directiva a todas las compraventas, de muebles y de inmuebles, para evitar la división del Derecho contractual en varios regímenes (así, § 433, en relación con las excepciones del § 474 ss.)¹⁵⁰. El legislador español ha transpuesto la Directiva en una ley especial (Ley 23/2003, de 10 de julio) que sólo se aplica a los bienes muebles, pero no ha derogado la regla existente sobre garantías en las ventas de consumo «de bienes duraderos», contenida en el artículo 11.2 de la Ley 26/1984, de protección de los consumidores (y en el art. 12 de la Ley 7/1996). Esta regla, que permite la reparación, sustitución, resolución e indemnización, se aplica también a los inmuebles (al menos para uso de vivienda: RD 1507/2000, de 1 septiembre). En Portugal, el «Decreto-Lei núm. 67/2003, de 8 de abril», de transposición de la Directiva incluye en las compraventas de bienes de consumo no sólo los bienes muebles, sino también los inmuebles (cfr. art. 1), para los cuales, el plazo de garantía por falta de conformidad es de cinco años, en lugar de dos (arts. 3.2 y 5). Esta ampliación del ámbito de la Directiva tiene como efecto que estos países, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, asumen la posibilidad de interpretación de tales disposiciones más amplias también por el TJCE, por lo que podemos asistir a un curioso cuerpo de jurisprudencia comunitaria sobre garantías en la venta de inmuebles ¿restringida a tales países? Parece que sí restringida a ellos en cuanto al supuesto de hecho (inmuebles), no en cuanto a la interpretación de los derechos (reparación, etc.) y otros extremos. Estas transposiciones permiten también repensar en la importancia de la inscripción en esta esquina del *acquis communautaire*, pues si el consumidor opta por la sustitución o la resolución en una compraventa no conforme de un inmueble, habrá de producirse como requisito para la plena eficacia del ejercicio del derecho la inscripción, en algunos casos con carácter obligatorio o incluso constitutivo; también la cancelación de la titularidad sobre el inmueble sustituido o devuelto habrá de tomarse en consideración.

¹⁵⁰ SCHMID, «European influences...», cit., p. 10; cfr. BÜDENBENDER, U., «Der Kaufvertrag», en DAUNER-LIEB, B.; HEIDEL, T.; LEPA, M., y RING, G. (dirs.), *Das neue Schuldrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, pp. 225, 229 y 252. El § 433 ss. (con las nuevas garantías del § 437) se aplica tanto la compraventa de bienes muebles como de inmuebles, en tanto que se reservan algunas reglas especiales de la Directiva en el § 474 ss. a las ventas de consumo sobre muebles (plazos, prescripción, carga de la prueba, acción de regreso del empresario e información sobre la garantía).

c) Por último, existen otras tres Directivas de objetivos afines que también excluyen este tipo de contratos, si bien cabe indicar tres matices de interés.

– En primer lugar, la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, sobre contratos a distancia descarta imperativamente su aplicación, según el artículo 3.1, a los contratos «celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles ni a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arriendo». En cambio, cabe detectar una flexibilización, que probablemente se incrementará en el futuro, primero en la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, en la que se establece que los Estados miembros *podrán no aplicar* la garantía de no poner obstáculos a la «eficacia y validez jurídica» de los contratos electrónicos (contenida en el art. 9.1 Directiva sobre comercio electrónico) cuando se trate de «contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento» (art. 9.2, y *vid.* art. 9.3 y anexo, 3.1-2); más allá va la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, ya mencionada, que permite a los Estados excluir el derecho de desistimiento en los créditos para adquirir inmuebles o en los garantizados por hipotecas (art. 6.3), a los que sí se aplica la Directiva. La evolución tecnológica y su mayor seguridad, probablemente, nos deparará futuros cambios admitiendo más abiertamente la inclusión de estos contratos (cfr. art. 9.3 Directiva sobre comercio electrónico).

– En segundo lugar, tanto en la Directiva sobre comercio electrónico [art. 9.2.a)] como sobre contratos celebrados a distancia (art. 3.1), permiten que se apliquen sus reglas a los *arrendamientos* de inmuebles. Sin buscar las usuales incoherencias entre Directivas [la Directiva de venta fuera de establecimiento mercantil de 1985 no se aplica a este supuesto: art. 3.2.a)], debe decirse que los arrendamientos, sí cubiertos por las Directivas sobre contratación electrónica y a distancia *también* son objeto de inscripción registral en bastantes Estados miembros ¹⁵¹.

– En tercer lugar, el anexo de la Directiva de comercio electrónico consagra una excepción a la aplicación del artículo 3.1-2, permitiendo la restricción a la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información en lo relativo a la «validez formal de

¹⁵¹ Así, en Inglaterra y Gales, todos los arrendamientos superiores a siete años, según la LRA 2002; también, todos los arrendamientos en Francia, Austria o España (art. 2.5 LH). *Vid.* POVEDA BERNAL, M. I., «La constancia en el Registro de la Propiedad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en los derechos suizo y austríaco. Análisis comparado con referencia al ordenamiento español», en *ADC*, 1999, 3, pp. 999-1055.

los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria». Lo cual se aplica claramente a la inscripción en el Registro de la Propiedad, en concordancia con las excepciones a la libre prestación de servicios consagradas en los artículos 48.4 y 55 del Tratado CE (Administración Pública y actividades relacionadas con el poder o autoridad pública).

3. DIRECTIVAS QUE INCIDEN EN LA PRÁCTICA REGISTRAL

Es posible mencionar cuatro directivas que, indirectamente, atienden al lado inverso al hasta ahora tratado. La que más claramente incide en la información que ofrecen los Registros de la Propiedad es la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al *tratamiento de datos personales* y a la libre circulación de estos datos, asá como la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002 sobre privacidad y comunicaciones electrónicas. La información que pueden ofrecer los Registros a las personas con interés en consultarlos viene tamizada por este filtro. En segundo lugar, ya se vio cómo la Directiva sobre firma electrónica, pese a no mencionar la inscripción, podrá ser de aplicación cuando, en los países en que se permita, los documentos públicos electrónicos pretendan acceder al Registro de la Propiedad y, asimismo, podrá tener incidencia cuando los Registradores de la Propiedad suministren la información solicitada a través de correo electrónico. Por último, cabe plantearse la posibilidad de aplicar la Directiva sobre cláusulas abusivas a la práctica de la inscripción y la publicidad que da el Registro, cuando los Registros de la Propiedad establezcan por medio de condiciones generales restricciones abusivas sobre ambos aspectos.

4. DERECHO UNIFORME Y *SOFT LAW*: LOS EJEMPLOS DE LA «EUROHIPOTECA» Y EL *TRUST* Y LAS PREVISIONES PARA EL CÓDIGO CIVIL EUROPEO

Ya fuera del ámbito del acervo comunitario existente, cabe destacar la trascendencia que tiene la inscripción registral en algunos ámbitos sobre los que existen propuestas de armonización en forma

de reglas de *Soft Law*. En concreto, a partir de la solicitud en el «Informe Segré» (1966) de una hipoteca uniforme alemana, la Unión Internacional del Notariado Latino envió al Consejo Europeo el 22 de mayo de 1987 un informe con una propuesta de «Euro-Hipoteca» basada en la *Briefhypothek* suiza y en la *Briefgrundschuld* alemana, de naturaleza abstracta, no accesoria, al no depender del préstamo. Parte de la doctrina ha puesto de relieve la íntima dependencia del éxito de tal iniciativa a la forma en que se practique la inscripción registral. Más aún, algún autor ha llegado a proponer incluso que los países que participasen en tal armonización debían tener también un sistema registral uniforme¹⁵², a lo que parte de la doctrina responde con que basta con que los sistemas registrales existentes sean realmente efectivos en cada país¹⁵³.

Por otro lado, ante la propuesta en 1999 de unos *Principios de Derecho Europeo de Trust* (PDET)¹⁵⁴ cabe preguntarse por la posibilidad (y eficacia) de una inscripción de las diversas titularidades fiduciarias. La pregunta, que no contestan los *Principios*, es importante, puesto que mientras en algunos países se contempla legalmente esa posibilidad (Países Bajos, Liechtenstein), en otros es obligatorio y en otros el silencio claramente puede ser un obstáculo a la inscripción registral (España). En los sistemas en que se admite, la práctica rehuye en muchos casos la inscripción, en busca del secreto (Escocia), mientras que la garantía de la publicidad se busca en otros. Una regulación europea del *trust* debería aclarar este extremo y concretar (no lo han hecho los PDET) si el acceso al Registro debe hacerse a nombre del fiduciario o *trustee* en su calidad de tal, o «de cualquier otra forma en que se ponga de manifiesto la existencia del *trust*», como bien señala el Convenio de La Haya sobre el derecho aplicable al *trust* y a su reconocimiento, de 1 de julio de 1985 (art. 12). La subsistencia de la regla común sobre el adquirente de buena fe (*bona fides purchaser*) frente al beneficiario de un *trust* sólo puede resultar efectiva, cuando el *trust* recae sobre inmuebles, con la publicidad del Registro¹⁵⁵.

¹⁵² VAN ERP, «A comparative analysis...», cit., p. 86; ID., «The Cape Town Convention...», cit., pp. 108 ss.

¹⁵³ SÁNCHEZ JORDÁN, E., «La Eurohipoteca», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., p. 1005. STÖCKER, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁴ HAYTON, D. J.; KORTMANN, S. C. J. J., y VERHAGEN, H. L. E. (dirs.), *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, W. E. J. Tjeenk Willink, Deventer/The Hague, 1999.

¹⁵⁵ Sobre estas materias, en mayor detalle, CÁMARA LAPUENTE, S., «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., pp. 1099 ss., esp. pp. 1164-1167.

En los trabajos académicos del «Grupo de estudio sobre un Código civil europeo» dirigidos por VON BAR, el diseño de la armonización registral aún no se ha incorporado a la estructura del borrador de CC europeo, en el que los contratos inmobiliarios tampoco han sido abordados por el momento¹⁵⁶. Los trabajos relativos a las garantías reales mobiliarias y a la transferencia de la propiedad sobre bienes muebles siguen, en cambio, su curso¹⁵⁷. Se prevé que, en el futuro, los equipos de trabajo integrados en este grupo puedan desarrollar reglas sobre los derechos reales inmobiliarios, por la inoperante escindibilidad del Derecho patrimonial¹⁵⁸. No en vano, la Comisión Europea constituyó el 12 de mayo de 2003 un equipo de trabajo sobre créditos hipotecarios, para examinar los obstáculos y hacer recomendaciones sobre un mercado interior efectivo en este ámbito¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Aunque parece existir propósito de incorporar el Derecho de cosas en los libros posteriores que integran la estructura de tal Código, por el momento (según consta tal estructura, a fecha de 23 de junio de 2004 en la web del grupo: «http://www.sgecc.net/media/download/04_06structure.pdf») los últimos libros a los que se hace referencia somera en el índice de materias en desarrollo son precisamente la propiedad sobre bienes muebles y las garantías mobiliarias (libros VIII-IX) y los *trusts* (libro X). Entre los contratos que específicamente se regulan, cabe destacar, por el momento, la compraventa de bienes muebles corporales (libro IV.A), los préstamos (servicios financieros, libro IV.E) y los contratos de garantías reales mobiliarias (libro IV.H). Respecto a la compraventa de bienes muebles, en las reglas provisionales propuestas se incluyen como tales bienes los buques, aeronaves y satélites (art. 1:1001[2], cap. 1, libro IV.A).

¹⁵⁷ En cuanto a la transferencia de la propiedad sobre bienes muebles, el borrador preliminar del artículo 201 acordado en junio de 2004 (*vid.* en «http://www.sgecc.net/media/download/04_06transfer_of_movables_delivery.pdf») establece los requisitos de una obligación válida de transferir y la propiedad o poder de disposición del transmitente, de forma que la transmisión se producirá o por entrega de la cosa o por acuerdo sobre el momento en que la propiedad debe transferirse.

¹⁵⁸ Indicio de ello es el encargo de la Comisión europea («DOCE», S, 136, de 16 de julio de 2002, y S, 154, de 9 de agosto de 2002) de un «Estudio relativo a los derechos reales y al derecho de la responsabilidad extracontractual en su relación con el derecho contractual», adjudicado el 21 de enero de 2003 al director del Grupo citado, C. VON BAR y a U. DROBNIG («http://ted.publications.eu.int/official/call_one_detail.dfl?Query=ND:%2218434%202003%22&TableName=TED_ES&Template=TED/result_one_detail.xsl»). El resultado ha sido publicado el 29 de junio de 2004 en forma de libro en VON BAR, C., DROBNIG, U. (dirs.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, München, 2004, 541 pp. (*vid.* recensión de S. CÁMARA LAPUENTE, en *ADC*, 2005, en prensa). Las garantías reales inmobiliarias, en concreto las hipotecas, se tratan sucinta pero precisamente por A. GAMBARO en las pp. 349-362 (donde se resumen algunos factores obstaculizadores de una mayor contratación transfronteriza de créditos hipotecarios, como los distintos procesos de ejecución, los privilegios crediticios o el monopolio notarial –*vid.* núms. 551-552, pp. 361-362–, pero no toma en consideración la inscripción registral como problema dado el carácter constitutivo que ésta tiene para la hipoteca en casi todos los países). El estudio es de libre acceso en la dirección «http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf» (fecha de consulta: 6 de julio de 2004). *Vid.* nota siguiente.

¹⁵⁹ Según dan noticia VON BAR/DROBNIG, *The interaction...*, cit., p. 10; estos autores concluyen que la armonización del Derecho contractual no es suficiente –especialmente a la vista de la contratación electrónica–, pues diversos factores de interferencia con el Derecho de cosas avalan la necesidad de armonizar el Derecho patrimonial en su conjunto, aunque sea en fases (§ 624, p. 406 y §§ 730-736, pp. 467-469).

VI. LOS DIFERENTES SISTEMAS REGISTRALES EN LA UNIÓN EUROPEA: LÍNEAS DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA

Si ya los Códigos Civiles de los países de la UE, cuyo Derecho contractual pretende armonizarse en los últimos años por la Comisión y el Parlamento europeos, proceden en su mayoría del siglo XIX, en el inicio de la era de las transacciones electrónicas sobre inmuebles debe tenerse presente que las normas nacionales sobre los Registros de la Propiedad son incluso más antiguas que algunos de esos Códigos Civiles. Así sucede, por ejemplo, en España, cuya Ley Hipotecaria es de 1861 (con claros orígenes en el siglo XVI), mientras que el Código civil es de 1889; o en Prusia (1783), o Austria (1784). En Alemania, la Ordenanza inmobiliaria («GBO») es de 1897 (siendo el BGB de 1896). El devenir histórico ha ido conformando fundamentalmente dos sistemas de Registros de la Propiedad¹⁶⁰, en función de los efectos de su publicidad, más un sistema que puede ser complementario del Registro de la Propiedad u operar en su ausencia o en caso de un Registro poco eficiente (el seguro de títulos):

1. REGISTROS DE DOCUMENTOS, REGISTROS DE TITULARIDADES Y EL SEGURO DE TÍTULOS

Los *sistemas de seguro de títulos o de transmisión privada (private conveyancing systems)*, propios del área anglosajona —así en Estados Unidos, pero no en Australia, Irlanda o Gran Bretaña, desde el primer tercio del siglo XX—, se basan en recoger datos sobre los pactos o contratos para facilitar el conocimiento acerca del titular de un inmueble y el alcance de sus derechos, pero no ga-

¹⁶⁰ Para la exposición de estos sistemas, pueden verse las siguientes obras, consultadas para la síntesis: ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, pp. 39 ss.; ARRUÑADA, B., «Property Enforcement as Organized Consent», en *The Journal of Law, Economics & Organization*, 2003, 19-2, pp. 401-444; BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, pp. 3 ss.; DE ANGULO/CAMACHO/CASTILLA, *Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro...*, cit.; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., I, en especial pp. 55 ss. y 340 ss.; GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», cit., pp. 21-81; MANZANO SOLANO, *op. cit.*, pp. 571 ss.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica de la publicidad registral», en HERNÁNDEZ MORENO, *Anales...*, cit., pp. 115-148, en especial pp. 124-125; PARDO NÚÑEZ, C., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 711-736, ahora también en GÓMEZ GÁLLIGO, F. G., *La calificación registral*, Civitas, Madrid, 1996, I, pp. 55-81; WAGEMANN, *Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern...*, cit., *passim*; ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration...*, cit., pp. 47-82.

rantizan en absoluto esa información. Por ello se complementan con un seguro de riesgo del adquirente, que le proteja frente a la posibilidad de evicción de la aparición de mejores derechos que los de su transmitente. Son conocidos también como «sistemas del seguro de títulos» por esa causa o *recording systems*. Los abogados estudian la situación jurídica que existe, usando la información del Registro tan sólo como un medio más. El particular se ve abocado a recurrir a terceros para la indagación privada de la situación jurídica del inmueble, tratando de reducir riesgos de aparición de derechos preferentes de terceros, sin que ese riesgo quede plenamente eliminado. Es un sistema prácticamente ausente de los Estados miembros de la UE (aunque en Francia, algunas compañías aseguradoras están comenzando a comercializar desde 1999 este tipo de seguros).

Los *sistemas de Registro de documentos (registration of deeds system)*, también conocidos como sistemas de «inoponibilidad», son una variante avanzada de los anteriores y están vigentes en países como Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Países Bajos o Luxemburgo. Lo que ingresa en el Registro son documentos. La inscripción se hace por personas (sistema de folio personal), no por fincas (aunque en Francia desde 1955 se lleva un Registro complementario por inmuebles, el *Fichier Immobilier*, que sigue siendo puramente accesorio). El principal efecto es que sólo los titulares que ya han inscrito su derecho en el Registro pueden oponer su situación frente a quien pretende tener otra titularidad definitiva. Quien no ha registrado su contrato no puede oponer su derecho a terceros ¹⁶¹. Tal efecto se consigue mediante una regla de prioridad, por la cual quien deposita el título antes en el Registro puede alegarlo frente a los demás. Esta ventaja estimula a las partes a realizar la inscripción cuanto antes, sobre todo para evitar pérdidas del objeto a través de segundas ventas fraudulentas, como antes se examinó. Además, tanto las resoluciones judiciales que creen o transmitan derechos reales sobre inmuebles, las hipotecas, los privilegios inmobiliarios, los arrendamientos de más de doce años y los contratos celebrados ante Notario deben ser obligatoriamente registrados, por lo que se busca que el Registro de la Propiedad sea lo más completo posible. Sin embargo, el Registro no identifica al titular cierto y último, pues no se produce una depuración *ex ante* de los documentos que deben ingresar al Registro (se admiten todos los que cumplan los requisitos formales,

¹⁶¹ Artículo 30 del Decreto francés de 4 de enero de 1955; artículo 2644 CC italiano. Por supuesto es conocido que en ambos países existen ciertas regiones donde rige el sistema de fe pública de estilo germánico: el *Registre Foncier* en el Alsacia y Lorena, en Francia, y el *Libro Fondiario* en la región italiana del Trentino-Alto Adigio.

con independencia de su adecuación a la legalidad vigente), sino que tan sólo delimita el grupo de posibles titulares, ofreciendo en su integridad los documentos aportados para su inspección. Para obtener una titularidad definitiva y segura, sistemas como el francés acuden a un sistema de «purga», por la que es preciso obtener por sentencia judicial la impugnación de la validez o subsistencia de los otros derechos inscritos. Por reducir la incertidumbre, pero al no dar una seguridad jurídica plena, en estos sistemas tienen éxito los contratos de seguro complementarios para cubrir con una indemnización la posible pérdida del bien.

Los *sistemas de Registro de titularidades* (*registration of titles system*) o «sistemas de presunción de exactitud» (o «de fe pública»), aunque pertenecen a la tradición jurídica germánica, se practican no sólo en países de este entorno (como en Austria y también en Croacia, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Polonia o la República checa), sino también en otros con diferente tradición, como Inglaterra, Gales, Suecia, Dinamarca o España. Lo que ingresa en el Registro y se publica son derechos, no los documentos en que constan éstos (que se presentan por los titulares y les son devueltos). El Registrador realiza un control de la legalidad de lo presentado y no permite la inscripción si existe una entrada en el Registro contradictoria con el pretendido nuevo derecho, sin consentimiento del titular que figura en el Registro (por ejemplo, venta por quien no figura como propietario en el Registro, aunque lo sea). El Registro se organiza por inmuebles (sistema de folio real). Su efecto esencial es que en el Registro sólo aparece una persona como propietaria en cada momento: los principios de presunción de exactitud –lo publicado por el Registro se considera la única realidad jurídica– y de prioridad –el primer derecho publicado prevalece– hacen que quien pretende contratar sobre un inmueble tan sólo necesite conocer, para su seguridad plena, el derecho publicado en el Registro. Debido a esa depuración previa de control de legalidad por el Registrador, los efectos jurídicos de este sistema son mucho más fuertes que en el sistema de Registro de documentos. Y por ello en el sistema de Registro de titularidades no existe en la práctica jurídica el complemento del «seguro de títulos», porque es absolutamente innecesario¹⁶²: quien contrata confiado en lo que

¹⁶² MÉNDEZ GONZÁLEZ, «La función económica...», cit., p. 123. DE ANGULO/CAMACHO/CASTILLA, *Garantías de los derechos reales...*, cit., p. 120 (califican de «absurdo» pretender introducir el sistema de aseguramiento de títulos en el sistema español; *vid.* argumentación en pp. 120-125). A la misma conclusión se llegó en el XII Congreso Internacional de Derecho Registral organizado por el CINDER, celebrado en Marrakech en 1998, conclusiones del tema II, novena (disponible en «http://cinder.registradores.org/es/congresos/imprimir/congreso_xii_2.htm», fecha de consulta, 21 de enero de 2004). Y tam-

publica el Registro tiene plena protección. Según el sistema civil de transmisión de los derechos reales, la inscripción producirá efectos plenos incluso entre las partes (Alemania, Inglaterra tras la LRA) o sólo respecto a terceros (España): si los derechos se crean sólo con la inscripción no puede haber situaciones contradictorias fuera del Registro (presunción siempre *iuris et de iure*), mientras que si la transmisión puede producirse fuera del Registro, la presunción de existencia de los derechos publicados en él sólo es *iuris et de iure* cuando el tercero contrata de buena fe y a título oneroso confiado en el contenido del Registro; en los demás casos es una presunción *iuris tantum*.

Por resumir en unos pocos rasgos las diferencias entre el sistema de Registro de documentos y el de derechos ¹⁶³, podemos decir que éste se basa en: (a) la organización por inmuebles («folio real»), (b) la inscripción (que es un resumen o extracto de las circunstancias esenciales del contrato o documento para su publicación), (c) la «calificación» (o control de legalidad del fondo y la forma del documento) y (d) la exactitud del contenido del Registro con plena protección a terceros. En cambio, el Registro de documentos se basa en: (a) la organización por personas («folio personal»), (b) la transcripción (copia o archivo del documento, publicado en bloque, sin alteración por el Registrador), (c) la inexistente o limitada calificación del Registrador y (d) el efecto limitado de la inoponibilidad del título no inscrito. Con estos datos, es un lugar común bastante demostrado –tanto por diversos organismos internacionales ¹⁶⁴ como por detallados análisis economí-

bién la Comisión Económica para Europa de la ONU (UNECE), a través de su *Working Party on Land Administration*, en el *Workshop on managing and developing effective land registration and cadastral services* de 7 diciembre de 1999, § 12, p. 3 (disponible en «<http://www.unece.org/env/hs/wpla/s-1999/p7-99-5e.pdf>»; fecha de consulta: 30 de junio de 2004): «title insurance is an alternative, but is generally more expensive and unnecessary once a title register is established and functioning well».

¹⁶³ MANZANO, *op. cit.*, pp. 586 y 589-590. Hemos partido de esta dicotomía, que no deja de ser algo simplista pese a ser la más extendida en el Derecho comparado, por los diversos aspectos que explica de los sistemas registrales a partir de un solo criterio. Sin embargo, esta pintura en «blanco y negro», como se la ha llamado en alguna ocasión (ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration...*, cit., pp. VII y 61-62), puede ser completada con otras clasificaciones de los sistemas registrales por sus efectos (los positivos y los negativos, si garantizan o no la corrección de lo publicado como realidad jurídica existente), por la forma de organizar la prioridad (*race* o *notice statutes*), por las características de la inmatriculación (sistemática, esporádica, bien obligatoria, bien voluntaria), por las relaciones entre Catastro y Registro, etc. (por todos, *vid.* ZEVENBERGEN, *ibid.*, pp. 63-75, quien alerta sobre la limitada importancia de las clasificaciones a la luz de la realidad registral que borra los conceptos abstractos: pp. 75-82).

¹⁶⁴ Así, WORLD BANK, *From Plan to the Market*, cit., p. 3. También, a través de los tres principios registrales que considera ideales (del espejo de la realidad, la cortina –basta la consulta del Registro para conocer titularidades y cargas– y el aseguramiento o garantía de legalidad y certeza; principios frecuentes en la doctrina anglosajona, normalmente atribuidos a RUOFF; así ya SIMPSON, S. R., *Land Law and Registration*, Surveyors Publications, Lon-

cos del derecho registral¹⁶⁵— que el Registro de documentos es menos costoso, pero el Registro de titularidades es más eficaz. Y el puro sistema de transmisión privada o de *recording* con su seguro de títulos suele ser desaconsejado por diversos organismos internacionales¹⁶⁶.

Si aplicamos estas líneas sintéticas al objeto de esta exposición, la inscripción como formalidad contractual, podemos concluir que existen: (1) sistemas que facilitan la búsqueda de las titularidades, en las cuales la inscripción no supone ninguna formalidad adicional para el contrato; (2) sistemas que acotan el área de búsqueda, en los que la inscripción sí es un formalismo para la eficacia del contrato por estar impuesta obligatoriamente para muchos casos, y (3) sistemas que ofrecen toda la información necesaria para negociar con seguridad sobre derechos sobre inmuebles, en los que la inscripción sí es formalismo necesario cuando se impone para el nacimiento del derecho (inscripción constitutiva) y también cuando sólo por vía de inscripción se consigue plena eficacia del contrato frente a terceros.

2. ÁREAS DE DESENCUENTRO

Todos los rasgos apuntados dejan bien clara la falta de homogeneidad de los diversos sistemas registrales, con las consecuencias

don, 1976, I, p. 22), la Comisión Económica para Europa de la ONU (UNECE), *Land Administration Guidelines*, doc. ECE/HBP/96, United Nations, New York/Geneve, 1996, pp. 25-28, al estimar que «it is difficult for a deeds registration system to conform with all these principles» avala el Registro de titularidades (disponible en «<http://www.unece.org/env/hs/wpla/docs/links/Land.zip>», fecha de consulta: 28 de junio de 2004).

¹⁶⁵ Desde la perspectiva analítica de que serán preferibles aquellos sistemas que disminuyan en mayor medida la incertidumbre con un menor coste relativo (costes de información, de vigilancia, de conservación, etc.), demuestran la conclusión citada: ARRUNADA, «Property Enforcement...», cit., pp. 433-437; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 4037 ss., esp. pp. 4056-4061. También, PAU PEDRÓN, «The Register as...», cit., p. 88; ID., *La convergencia...*, cit., pp. 70-79, esp. pp. 75 y 78. Más escéptico con la prevalencia de un sistema sobre otro, ZEVENBERGEN, pp. 54-62.

¹⁶⁶ Además de las conclusiones del Noveno Congreso Internacional de Derecho Registral organizado por el CINDER y de los informes de UNECE («is generally regarded as inefficient and potentially dangerous», *ibid.*) y del Banco Mundial, citados *supra*, cabe mencionar la razón esgrimida también en las conclusiones del XIII Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Punta del Este en 2001 (disponible en «http://cinder.registradores.org/es/congresos/imprimir/congreso_xiii_2.htm»; fecha de consulta: 21 de enero de 2004), conclusiones del tema I, cuarta: la seguridad económica que da el seguro de títulos, por definición, no incorpora la seguridad jurídica, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien. Además, los seguros de títulos no cubren el valor del bien, sino tan sólo todo o una parte del precio de compra, sin las plusvalías y con numerosas excepciones en las pólizas. Y la conclusión quinta añade: «El mecanismo del seguro de títulos surge allí donde se produce un déficit de seguridad jurídica, ya sea por una quiebra en las garantías o por el deficiente funcionamiento del registro».

que esto comporta para el proceso de armonización del Derecho privado europeo. Aparte de aspectos capitales de divergencia ya apuntados, como los efectos de la inscripción o la organización del Registro (por personas o por inmuebles), existen otros factores en los que las disparidades son acusadas. A modo de ejemplo, cabe citar:

– *Derechos que acceden al Registro*: la mayoría de los sistemas cuentan con un *numerus clausus* de derechos reales que pueden ingresar en el Registro de la Propiedad, aunque no existe una regla armónica. Así, por ejemplo, en Inglaterra tan sólo las dos titularidades legales sobre inmuebles, el *freehold* (cercano a la propiedad continental) y el *leasehold* (derechos cuasipropietarios durante un plazo temporal), así como otros derechos legales o *legal interests* (servidumbres, hipotecas y algunas otras cargas reales legales) pueden ser inscritos. Los derechos de equidad o *equitable interests* no son inscribibles. En otros países la lista es más rígida (por ejemplo, Alemania cuenta con un estricto sistema de encasillado) o más flexible (por ejemplo en España, donde se acentúa la labor del Registrador para calificar el derecho como *in rem* y admitirlo). Además de los derechos reales, los sistemas admiten excepcionalmente la inscripción de algunos derechos considerados como obligacionales según jurisdicciones, como los arrendamientos. Pero incluso en este punto se dan diferencias, pues en algunos sistemas sólo se admite su inscripción cuando superen un número de años que también varía según las leyes nacionales. Por lo demás, existen estudios estadísticos y económicos que demuestran que el número estimado de derechos reales es mucho mayor en las jurisdicciones con Registro de documentos que en aquellas otras con Registro de derechos ¹⁶⁷.

– *Documentos que acceden al Registro*. Ya se vio que, si bien la pauta general es exigir el documento público (notarial, administrativo o judicial) para ese fin, unos pocos sistemas jurídicos admiten también la presentación de documentos privados. E incluso en el Registro internacional de garantías sobre bienes de equipo móvil creado por el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 no se exige ningún tipo de documentos.

– *Prioridad de los derechos*. Este aspecto está muy ligado al sistema de organización del Registro, con importantes diferencias entre la estructura por personas y por inmuebles. Aunque existe la tendencia a declarar prioritario el derecho antes inscrito en el Registro, frente a los no inscritos o inscritos después, exis-

¹⁶⁷ ARRUÑADA, «Property enforcement...», cit., pp. 417-420.

ten algunas jurisdicciones que establecen determinadas excepciones entendiendo que la prioridad es por la fecha del título y no por la fecha de la inscripción. Ligado con ello está la *compatibilidad* entre derechos, que es poco importante en un sistema como el francés, donde no se determina esa compatibilidad antes de entrar en el Registro, sino *ex post*, por decisión judicial; en cambio es un aspecto muy importante en Registros como el alemán o el español.

– *Requisitos de la fe pública registral*. En los sistemas de Registro de documentos se desconoce la adquisición de buena fe de bienes inmuebles: sólo ciertos terceros pueden alegar la inoponibilidad de los actos no publicados¹⁶⁸. En cambio, en los sistemas de Registro de titularidades esta protección de los terceros de buena fe que contratan amparados en la publicidad registral es posible (así, Austria, Alemania, Suecia o Hungría¹⁶⁹), si bien los requisitos varían según los sistemas: en España el tercer adquirente no sólo debe haber inscrito su derecho y ser de buena fe (lo que significa haber confiado en que el titular que aparece en el Registro es el real y no tener conocimiento de que no lo sea), sino haber satisfecho una contraprestación por la transmisión; este requisito no existe en los otros países citados¹⁷⁰. Además, en Derecho inglés (también tras la LRA), a diferencia de los Derechos continentales basados en la buena fe como elemento de la protección del derecho, el conocimiento de la carga no inscrita no elimina la protección del nuevo titular que inscribió su derecho¹⁷¹. Aunque con otro alcance, tampoco la buena fe es requerida en el Registro internacional del Convenio de Ciudad del Cabo citado.

– *Derechos no inscritos que pueden perjudicar a terceros pese a no estar publicados en el Registro (overriding interests)*. Supo-

¹⁶⁸ VEREIN FÜR RECHTSVERGLEICHENDES GRUNDBUCH- UND HYPOTHEKENRECHT, *Übersicht über die Grundstücksregister in Europa*, en la página: «<http://www.eurojurislawjournal.net/>», cit., que añade que «la publicidad registral no es una condición de oponibilidad de los derechos a los terceros». Según GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 589 y 597), en los sistemas latinos, en particular en Francia e Italia, el principio de inoponibilidad viene a ser equivalente a la idea de la «inscripción constitutiva respecto a terceros».

¹⁶⁹ Alemania, § 892 BGB; artículo 973 CC suizo; Hungría, § 5.6 de la Ley del Registro inmobiliario 141/1997, según redacción dada en la reforma de 2000; Suecia, secc. 8, cap. 19 y secc. 6, cap. 20 de la Ley del Registro de la Propiedad de 1 de julio de 2000 (*vid. SOLCHAGA LÓPEZ DE SILANES, A.*, «Unos breves apuntes sobre el sistema registral sueco», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 99, enero de 2004, pp. 299-308, esp. pp. 302 ss.).

¹⁷⁰ Pero sí se da, también, en Suecia (secc. 1, cap. 18 del *Land Code* de 2000); y en Grecia, en cuyo nuevo sistema registral (Ley 2308/1995 y Ley 2664/1998), que abandona el sistema de corte francés de inoponibilidad para pasar a un sistema germánico de fe pública registral, se exige también título oneroso y buena fe en el tercero. Referencias en PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 82-83 y 86.

¹⁷¹ Cfr. seccs. 58 y 29-30 LRA 2002.

nen examinar lo anterior desde el punto de vista inverso. Son un problema (que, por ejemplo, se ha tratado de atajar en la LRA inglesa por su número e importancia) para la eficacia y fiabilidad de cualquier Registro.

– *El papel del Registrador*, con su *control de legalidad* o no, es muy diverso en ambos sistemas, pues mientras en el de Registro de titularidades califica los derechos y controla el cumplimiento de los requisitos y formas legales¹⁷², en el sistema de Registro de documentos su papel es menos activo, pivotando la responsabilidad para averiguar cuál es el derecho prioritario en el Notario y, en última instancia, en el Juez. Además, la formación y adscripción de los Registradores a diversas administraciones es muy diferente entre Estados. Por su parte, absolutamente pasivo es el papel del Registrador en el Registro internacional citado.

– *La consulta del Registro* entraña una enorme diversidad entre jurisdicciones, en atención a varias preguntas: ¿cuál es la información accesible? Documentos, contratos o información filtrada sobre los derechos. ¿Cómo se puede consultar la información del Registro? Bien mediante consulta directa (física en los libros o por Internet) o por las referencias elaboradas *ad hoc* por el Registrador (como certificados, en papel, por correo electrónico o como páginas web mediante bases de datos). ¿Quiénes pueden acceder a la publicidad registral? Todos los interesados o sólo determinados profesionales autorizados (v. gr., en Inglaterra los profesionales con permiso para consultar la intranet). Además existe un problema adicional, regulado muy diversamente, en relación con la duplicación de la información del Registro mediante bases de datos paralelas de empresas privadas, al estilo de las *title plants* de Estados Unidos de América¹⁷³. En este y otros aspectos mencionados debe tenerse muy presente la *Directiva* 2003/98/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre reutilización de la información del sector público¹⁷⁴.

¹⁷² Así en el área germánica (Austria, Suiza; en Alemania, algo más limitada por el carácter abstracto del sistema: cfr. §§ 925 y 873 BGB), también en España (art. 18 LH) y en los nuevos sistemas registrales de Croacia (desde su Ley de 1996, art. 55, y Reglamento de 1997), Eslovenia (desde la Ley 58/2003), Hungría (desde la Ley 141/1997, § 51) y Grecia (Leyes 2308/1995 y 2664/1998, art. 16, que ha introducido *ex novo* este control de legalidad, con el paso al sistema germánico).

¹⁷³ Sobre éstas, *vid.* ARRUÑADA, «El seguro de títulos de propiedad», cit., pp. 71 ss.

¹⁷⁴ «DOUE», L 345, de 31 de diciembre de 2003, pp. 90 ss. Sobre estas materias, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *Access to the Information of the Public Sector: Problems with Intellectual Property and Public Registers, regarding Consumer's Safeguard*, en WILHELMSSON, T. (dir.), «Consumer Law in the Information Society», Kluwer International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 307-327; y, en español, en *La Ley*, núm. 4880, 9 de septiembre de 1999, pp. 1-8.

VII. CONCLUSIONES

Los sistemas registrales existentes en las diversas jurisdicciones nacionales de la Unión Europea cuentan con muy importantes divergencias. Tanto sus efectos como su organización son muy distantes, bien se atienda a su clasificación como sistemas de Registro de titularidades o de Registro de documentos, bien a su establecimiento de la inscripción constitutiva, obligatoria o voluntaria. Al evaluar cualquier posibilidad de armonización de los sistemas registrales debe tenerse clara la distinción entre, por un lado, el acceso a la información del Registro de la Propiedad (*publicidad formal*), sobre el cual podrían alcanzarse a corto plazo algunos resultados paneuropeos, no exentos de dificultades, como demuestra el proyecto *Eulis*, enmarcado en el programa *eContent* de la Unión Europea, y, por otro lado, los efectos de la información registral (*publicidad material*), cuya posible convergencia resulta más utópica incluso a medio plazo. Las limitadas competencias de la Unión Europea sobre el derecho de propiedad y los derechos reales constituyen un límite importante, pese a la existencia de cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que permite aventurar cierta mínima expansión por dos vías: a través de la interpretación de las libertades fundamentales del TCE y a través de la aplicación de los preceptos de algunas Directivas a contratos sobre derechos sobre bienes inmuebles. La armonización del Registro de la Propiedad a partir de la base competencial de la regulación del mercado interior (art. 95 TCE) y de la protección de los consumidores (art. 153 TCE), como ha sido propuesta recientemente por algún autor¹⁷⁵, está lejos de ser incontrovertida.

Otro factor de convergencia, por ahora aún muy marginal, se está produciendo en algunas de las últimas normas aprobadas en el acervo comunitario, relativas a instrumentos legales que pueden calificarse como derechos reales susceptibles de inscripción, como ocurre con el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, la reserva de dominio o determinados servicios financieros prestados a distancia, que incluyen la creación o transmisión de derechos sobre inmuebles, incluida la hipoteca. Incluso cabe aducir como hipotético factor de armonización espontánea (parcial) la transposición de Directivas como la de garantías en las ventas de consumo con ampliación del ámbito de aplicación

¹⁷⁵ PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 21, 25 y 94. *Vid. supra* el apartado II de este ensayo.

(nacional) a los inmuebles. Pero hasta la fecha, si bien se comienza a abandonar en algunas normas comunitarias la exclusión de contratos que versan sobre derechos reales inmobiliarios, la armonización se centra tan sólo en los aspectos obligacionales de tales negocios jurídicos, sin abordar los derechos reales por ellos creados o transmitidos. Además, ninguna de tales Directivas se ocupa del factor de la inscripción registral, que sigue agazapado para producir una absoluta desarmonización posterior en ámbitos supuestamente armonizados. Debe tenerse en cuenta que la inscripción es una formalidad de los contratos que versan sobre derechos reales sobre inmuebles, necesaria para su plena eficacia legal. Sin inscripción, tanto en los sistemas en que es constitutiva, como en los que es declarativa, el contrato no tendrá garantizados sus plenos efectos frente a los terceros.

La informatización de los Registros, por un lado, y la posibilidad de utilizarlos como instrumentos para la transmisión de derechos reales inmobiliarios, por otro lado, puede suponer una fórmula interesante, digna de un análisis más detenido, para superar no sólo los problemas del «lapso registral» (*registration gap*) sino del lapso o abismo entre los sistemas registrales. ¿Será posible llegar en el futuro a algo similar a la actual convergencia europea en relación con el Registro Mercantil? La creación de un auténtico Registro de la Propiedad *on line* pan-europeo como reclaman entidades como la Federación Hipotecaria Europea (*European Mortgage Federation*)¹⁷⁶ –incluso pudiendo partirse de algunos rasgos del novedoso Registro internacional de garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil o de la inscripción electrónica inglesa o del proyecto Eulis– parece aún lejana, sobre todo si se pretende que tal Registro tenga efectos fuertes respecto a la protección de los terceros de buena fe, más allá del puro suministro de una información acumulada y no garantizada.

¹⁷⁶ A través de las conclusiones de la Federación al estudio de MERCER OLIVER WYNAM *Study on the Financial Integration...*, cit., expresadas por su presidente, SADOUN, C., *Integrating Europe's Mortgage Markets: Conclusions fo the European Mortgage Federation*, noviembre de 2003 (disponible en «<http://www.hypo.org/Content/Default.asp?PageID=63>»; fecha de consulta: 15 de abril de 2004), conclusión 5, p. 4.

