

LA HIPOTECA NO INSCRITA Y SU VALOR JURÍDICO.

Comentario a la Sentencia núm. 368/2016 de 3 junio (RJ 2016, 2320)*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

Revista de Derecho Patrimonial 42
Enero – Abril 2017
Págs. 287-308

SUMARIO: I. LOS HECHOS: LA DOBLE HIPOTECA SOBRE UN MISMO BIEN. II. TRAMIENTO JURÍDICO DE LOS HECHOS POR LA SENTENCIA. III. EL VALOR JURÍDICO DE LA HIPOTECA NO INSCRITA EN LA JURISPRUDENCIA. IV. LA TRASCENDENCIA QUE PUEDE TENER EN NUESTRO DERECHO DECIR QUE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA ES CONSTITUTIVA.

RESUMEN: El contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca existe sin su inscripción en el Registro de la Propiedad, por lo que el conocimiento del mismo puede perjudicar a terceros.

ABSTRACT: The contract or legal transaction consisting in the constitution of a mortgage exists without its registration or recording in the Land Registry, therefore its knowledge can be opposed to third parties.

PALABRAS CLAVE: Constitución de la hipoteca. Inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

KEYWORDS: Constitution of a mortgage. Registration or recording of the mortgage in the Land Registry.

I. LOS HECHOS: LA DOBLE HIPOTECA SOBRE UN MISMO BIEN

El 28 de julio de 2008 se otorgó una primera escritura de constitución de hipoteca sobre una finca propiedad de la compañía «Sotosaga Inversiones, S.L.», en garantía de las obligaciones contraídas por otra compañía, «Azase

* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica* (DER 2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España.

Ingenieros, S.L.», por razón de un préstamo de 600.000 euros concedido a esta por la Caja General de Ahorros de Granada. Aunque el asiento de presentación de la referida escritura se practicó el mismo día del otorgamiento, dicho asiento caducó.

El 19 de agosto de 2008 se otorgó una segunda escritura de constitución de hipoteca sobre la misma finca, en garantía ahora del pago de tres pagarés, por importe total de 571.000 euros, que instrumentaban una deuda que «Azase Ingenieros, S.L.» tenía con la compañía «Esfogran, S.L.», y que iban a ser descontados por la Caja General de Ahorros de Granada (dos de cuyos apoderados intervinieron también en el acto). Según la nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón que acompañaba a la escritura, al cierre del diario del 18 de agosto de 2008 no figuraban cargas ni gravámenes sobre la finca (por tanto, no se había inscrito todavía la primera hipoteca).

La misma tarde del 19 de agosto, la Notaría envió por telefax esta segunda escritura al Registro de la Propiedad de Villaviciosa, en Asturias. A primera hora del día siguiente, el Registro se puso en contacto con la Notaría para comunicarle el error, ya que no era competente para la inscripción. Inmediatamente, la Notaría envió la referida escritura al mismo número de fax al que había pedido la nota simple informativa; que resultó corresponder al Registro de Pozuelo de Alarcón n.º 2. La mañana del día siguiente, 21 de agosto, la Sra. Notaria, extrañada de no recibir la confirmación del asiento de presentación, se puso en contacto con el referido Registro y envió la documentación, esta vez por vía telemática (10 horas 41 minutos). Al tener constancia por vía telefónica de la incompetencia del Registro de Pozuelo, envió finalmente la escritura por vía telemática al Registro competente, el de Villaviciosa de Odón, en el que tuvo entrada a las 11 horas 17 minutos de ese día 21 de agosto de 2008. Pero a las 9 horas 40 minutos de ese mismo día, había quedado inscrita en ese Registro la escritura de constitución de la primera hipoteca (la participación en el acto de formalización de la segunda hipoteca de los apoderados de la Caja General de Ahorros de Granada les había alertado de la falta de inscripción de la primera hipoteca y habían actuado con celeridad para remediarla).

La representación de la compañía «Esfogran, S.L.» interpuso demanda contra la Sra. Notaria, pidiendo que se declarara su responsabilidad por no haber realizado correctamente las gestiones para que la copia de Escritura tuviera el asiento de presentación el mismo día de su otorgamiento, ya que se le habían generado daños que cifraba en un importe de 630.156,12 euros (571.000 euros del importe total de los tres pagarés; los gastos de su devolución por la Caja General de Ahorros de Granada, que los había descontado, 31.405 euros; y 27.751,12 euros de intereses del descubierto).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque «Esfogran, S.L.», al tiempo del otorgamiento de la escritura de hipoteca, tenía conocimiento de que la finca había sido hipotecada con anterioridad; y porque no apreció negligencia en la Notaría ya que al parecer el Registro de la Propiedad de

Villaviciosa de Odón (que resultó finalmente competente para la inscripción), surgió por segregación del Registro de Pozuelo de Alarcón, resultando que en el momento del otorgamiento de la escritura pública ambos Registros compartían teléfono y fax; y, por otra parte, remitida la documentación oportuna para el asiento de presentación, el Registro de la Propiedad que la recibió, no comunicó su incompetencia de forma inmediata lo que afianzó la convicción de la Notaria de haber remitido la documentación al Registro competente.

La Audiencia Provincial dictó Sentencia en la que confirmó el fallo (aunque declaró que la Notaria incurrió en negligencia en su actuación profesional) porque no consideró probado que se hubiera consumado la producción del daño cuya indemnización se pedía. Frente a esta Sentencia la demandante interpuso recursos de infracción procesal y de casación, que ahora resuelve la STS comentada (ponente: Pantaleón Prieto).

II. TRAMIENTO JURÍDICO DE LOS HECHOS POR LA SENTENCIA

Para valorar la resolución impugnada, y confirmarla, la STS toma en cuenta dos argumentos:

a) Uno, primero, que resulta definitivo y sobre el que poco comentario vamos a hacer: para reclamar una indemnización se requiere la existencia probada del daño, y en el caso la Sentencia de apelación «no ha declarado que la negligencia profesional de doña Gema no haya causado a Esfogran daño alguno: ha declarado “no probado que se haya consumado la producción” de los concretos daños y perjuicios cuya indemnización pidió la actora en su demanda. Normalmente, constituye ya un daño el que la propia hipoteca haya quedado pospuesta a otra inscrita con anterioridad; y un daño que bien puede valorarse pericialmente en dinero: la cantidad que el acreedor hipotecario que inscribió la suya antes pediría (razonablemente, atendidas las circunstancias del caso concreto) por consentir la permuta de los respectivos rangos. Pero no fue aquel el daño, ni esa la cuantía, que Esfogran pidió en su demanda que se condenase a doña Gema a indemnizar: pidió el importe de los pagarés, junto con el de unos gastos e intereses que con toda probabilidad se habrían producido y devengado igualmente a su cargo, si su hipoteca hubiera quedado registrada antes que la de la Caja de Granada».

Es decir, sea cual sea el rango de la hipoteca que garantiza la deuda, los gastos, daños y perjuicios reclamados en la demanda no pueden estimarse producidos, y es absurdo que la Notaria, aunque se hubiera acreditado su negligencia profesional, deba asumir unos daños puramente hipotéticos. Tal como explicaba la Sentencia de apelación al referirse a esta cuestión, sería necesario que el acreedor hubiera agotado los medios para cobrar del deudor con la ejecución del bien hipotecado o con cargo a otros bienes del mismo, y parece que no ha sido así; es decir, debería haber acreditado que la deuda era totalmente incobrable de modo que su total importe, y los gastos e intereses derivados del incumplimiento constituyen el daño efectivo derivado de la pretendida negligencia en que incurrió la Notaría¹. Es obvio que el acreedor ha querido seguir

1. SAP Granada núm. 204/2014 de 15 julio (JUR 2014, 252444).

la vía fácil de reclamar a la persona que, por sí o por su seguro profesional, estima más solvente, pero se ha olvidado de lo más importante, que era probar la existencia de daños.

b) Otro argumento, segundo, que puede resultar dogmáticamente más atractivo por controvertido, consiste en que la conducta de la Notaria no ha producido un resultado antijurídico. Parte este aserto del valor que haya que dar a la hipoteca no inscrita, y será la materia de la que nos ocuparemos fundamentalmente en este comentario, pese a que su importancia para la resolución del caso es algo menor, pues cabalmente el litigio ha quedado ya resuelto con las consideraciones del anterior párrafo a). No obstante, estamos ante un argumento que refuerza esta solución de un modo muy importante:

«no quiere esta Sala dejar de expresar su discrepancia con la Audiencia a quo en la manera en la que ésta se ha referido al conocimiento por Esfogran, previo al otorgamiento de la escritura de 19 de agosto de 2008, de que la misma Finca se hallaba ya “hipotecada” –rectius: había sido objeto de la escritura de fecha 28 de julio de 2008– a favor de la Caja de Ahorros de Granada.

El Juzgado declaró probado ese previo conocimiento, con razones que revelan que, muy probablemente, el 19 de agosto de 2008 no fue intención de Esfogran que su hipoteca se antepusiera a la de la Caja. La Audiencia a quo, sin negar lo primero, ha declarado que, “aunque [Esfogran] hubiese conocido la existencia previa de dicha escritura [de 28 de julio de 2008], también sabía que cuando se otorgó la suya aquélla aún no había accedido al Registro”. El mensaje que parece implícito en esa declaración –que Esfogran habría hecho bien en intentar que su hipoteca quedara inscrita antes que la de la Caja– ha de ser rechazado por esta Sala.

No sólo eso. Nos cumple señalar que el resultado que ha producido la actuación profesional de doña Gema declarada negligente en la sentencia de la Audiencia –que la hipoteca de la Caja prevalezca sobre la de Esfogran– es el querido por el Derecho. En efecto:

Es doctrina firme de esta Sala, sobre la “doble venta” de inmueble que contempla en párrafo segundo del artículo 1473 CC, que la adquisición de la propiedad por el segundo comprador que haya inscrito primero su título en el Registro requiere buena fe por su parte; buena fe, que es incompatible con el conocimiento, incluso si no acabado, por el segundo comprador de la primera venta [STS 392/2012, de 27 de junio (Rec. 1884/2009), y las en ella citadas].

No hay razón para no aplicar la misma doctrina al supuesto de “doble contrato de constitución de hipoteca”. Esta Sala ha dicho muchas veces, y no pone ahora en cuestión, que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en el sentido de que el derecho real de hipoteca no nace ni se adquiere sino si y en momento en que la correspondiente escritura se inscribe en el Registro; pero eso no significa que el contrato o negocio jurídico

de constitución de hipoteca, así formalizado, no exista sin la inscripción [STS 1108/2007, de 18 de octubre (Rec. 4494/2000)], ni que el conocimiento de tal contrato o negocio jurídico no pueda perjudicar a terceros [STS 638/1986, de 31 de octubre]. Nótese, en fin, que, en la «doble venta» de una cosa mueble, el segundo comprador primero en la posesión sin buena fe no triunfa, a tenor del artículo 1473.I CC, sobre el primer comprador, aunque éste, por falta del requisito del modo o tradición de la cosa, no había adquirido todavía la propiedad de ésta (arts. 609.II *in fine* y 1095 *in fine* CC). Y lo mismo sucede, conforme al párrafo tercero del repetido artículo 1473, en la “doble venta” de inmueble “cuando no haya inscripción”. Y aun cuando haya inscripción del segundo comprador sin buena fe, también triunfa el primer comprador, aunque no haya adquirido antes la propiedad por no haberle entregado el “doble vendedor” el inmueble de que se trate.

La procedencia de desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por Esfogran no precisa de las consideraciones que se acaban de exponer. Pero sí corroboran la plena conformidad a Derecho de la desestimación de la demanda. Siendo querido por el Derecho el resultado de que la hipoteca de la Caja prevalezca sobre la de Esfogran, no cabe que doña Gema responda civilmente por haber causado dicho resultado, aun con culpa o negligencia. No es sólo que no quepa considerar tal resultado uno de los que pretendía evitar la norma de cuidado infringida: comportaría una contradicción flagrante en el ordenamiento. Se trata, ya derechamente, de que el interés de Esfogran en la prevalencia de su hipoteca sobre la de la Caja no es digno de protección jurídica: la lesión de ese interés no es, pues, un daño que merezca ser indemnizado».

III. EL VALOR JURÍDICO DE LA HIPOTECA NO INSCRITA EN LA JURISPRUDENCIA

El criterio de la Sentencia acerca del valor jurídico de la hipoteca no inscrita que acabamos de reproducir (que el contrato de constitución de la hipoteca existe sin su inscripción en el Registro de la Propiedad, por lo que el conocimiento del mismo puede perjudicar a terceros, aunque todavía no se pueda estimar constituida el derecho real de hipoteca) nos parece que permite llegar a una solución adecuada del supuesto. Carecería de sentido, en efecto, la solución contraria: considerar que el segundo acreedor hipotecario pudiera hacer valer ante los Tribunales un pretendido derecho a que su hipoteca logre la condición de primera en rango, del que derivaría el deber de indemnizar los daños producidos por quien ha causado la pérdida de esta posición. Y no es posible, simplemente, porque el segundo acreedor, conociendo como conoce la existencia del gravamen hipotecario previo al que pretendería adelantar, no puede prevalerse del juego ciego de la prioridad registral. Por tanto, en lo substancial estamos de acuerdo con el resultado al que llega la STS; otra cosa es que compartamos todas y cada una de las afirmaciones que realiza, o que su pronunciamiento guarde total coherencia con la doctrina jurisprudencial

previa (que no la guarda, al menos con alguna Sentencia; de lo cual, en realidad, hay que felicitarse).

Veamos con más detalle las afirmaciones anteriores. Hemos dicho que la STS llega a una solución que compartimos: se basa en el argumento de que el contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca existe sin la inscripción, de manera que su conocimiento efectivo perjudica a los terceros; puede ser más discutible, en cambio, que se siga diciendo que el derecho real de hipoteca no nace sino con la inscripción. En cuanto a lo primero, se trataría de aplicar a la hipoteca la doctrina sobre la doble venta desarrollada a partir del art. 1473 CC; aplicación que se haría en virtud de analogía². No obstante, el paso más difícil desde el punto de vista dogmático no se nos explica. Nos referimos a la identidad de razón que estaría en la base de esta aplicación analógica, que puede ser más problemática y discutible de defender, ya que el contrato de hipoteca, en virtud del requisito exigido por el art. 1857.2 CC parece ser legalmente considerado real *quoad effectum*, de modo que la analogía del mismo con la compraventa resultaría un tanto forzada, por cuanto en esta última el contrato solamente produce obligaciones, cosa de la que no hay rastro normativo en la hipoteca³.

Se han propuesto dos soluciones doctrinales para explicar la identidad de razón que está en la base de la analogía: que en el caso de la constitución de la hipoteca la inscripción sustituye a la *traditio* (cosa difícil de aceptar por cuanto legalmente no se exige *traditio* para constituir la hipoteca; y, en cambio, se requiere la titularidad como requisito del contrato); o que, supuesto que legalmente se haya establecido que en la hipoteca existan dos elementos constitutivos (escritura e inscripción), esta última vendría a equivaler funcionalmente a la *traditio*⁴. Claramente se percibe que estos forzados argumentos no dejarían de ser rodeos para eludir la consecuencia que derivaría de la doctrina del valor constitutivo de la inscripción registral para la existencia del derecho real de hipoteca, que se quiere seguir manteniendo, aunque evitando sus defectos aplicativos. En definitiva, el hecho de aplicar a la constitución de hipoteca una norma pensada desde la protección de la apariencia, como nos parece que es el art. 1473 CC⁵, no deja de ser una prueba de que no se desean

2. Así lo afirmó JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada, Comares, 1999, p. 209.
3. «La tajante dicotomía derecho real/contrato causal aplicada mecánicamente al régimen de los requisitos constitutivos de la hipoteca es ajena a la sistemática del Código o, por lo menos, es más incongruente con la misma que la visión unitaria de considerar el propio contrato de hipoteca como productor inmediato del efecto jurídico-real»: RAMOS CHAPARRRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 171. Ya que la sistemática codicial «no contempla la hipoteca más que como contrato, sin distinguir tajantemente unos requisitos relativos al plano contractual y otros necesarios sólo para el plano jurídico-real», *op. cit.*, p. 215.
4. Se pueden ver referencias, y la tesis del autor que defiende esta segunda explicación de la analogía, en JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 23 y ss., y especialmente p. 34.
5. Nos remitimos, en este concreto particular al desarrollo y argumentación de esta tesis, a la explicación de GORDILLO CANAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su

asumir hasta el final los efectos prácticos que tiene la tesis de la constitución registral de la hipoteca. En este sentido, nos parece que la STS se sitúa en una línea muy interesante, que es despojar a dicho valor constitutivo de la inscripción de todas sus consecuencias injustas (es decir aquellas consecuencias en realidad no impuestas expresamente por ninguna norma); y pensamos que es una doctrina que debe seguir rindiendo frutos en otros conflictos prácticos en que la hipoteca aparece como protagonista. El resultado de este tipo de pronunciamientos nos parece que podría llegar a reducir el debate en cuanto a la naturaleza o valor de la inscripción a una discusión meramente terminológica, cuando fuéramos capaces de ponernos de acuerdo en los efectos jurídicos que pueda tener la hipoteca no inscrita y en los que de ningún modo pueda tener⁶. Naturalmente, será necesario explicar ulteriormente en qué consiste este significado constitutivo de la inscripción, o, mejor, a qué queda reducida esta tópica afirmación.

Antes de abordar esta última materia, lo que haremos en el apartado IV de este comentario, es preciso detenerse sobre el análisis jurisprudencial que realiza la STS sobre sus pronunciamientos previos acerca de la hipoteca no inscrita. A nuestro juicio, la jurisprudencia sobre hipotecas no inscritas se podría clasificar del siguiente modo, atendiendo al tipo de conflicto que resuelve:

a) Conflictos relativos a una doble adquisición en la que están implicadas dos hipotecas. Es llamativo que nuestra STS núm. 368/2016 de 3 junio (RJ 2016, 2320) haya omitido hacer una referencia a la STS núm. 30/2000 de 26 enero (RJ 2000, 121)⁷, pues el pleito del que se ocupó esta última enfrentaba también el valor respectivo de los derechos de dos acreedores hipotecarios de un mismo inmueble; es decir, aunque no eran los mismos casos en ambas SSTs, los intereses que se enfrentaban sí lo eran. En aquel litigio existían dos hipotecas constituidas sobre una misma finca registral para garantizar dos diferentes deudas de su propietario en favor de dos entidades bancarias; la escritura de fecha anterior accedió al Registro con posterioridad a la segunda, aunque en esta última escritura se hacía constar la existencia de la deuda y la hipoteca anterior. La STS mantuvo entonces que «hay que partir de la base del

contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», ADC, 2001, pp. 182 y ss.

6. En este sentido afirma 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», cit., p. 102: «no es sólo que la necesidad de la inscripción en la hipoteca carezca de justificación teórica en nuestro Derecho; es que, además, su imposición como requisito de existencia o elemento constitutivo de la hipoteca crearía problemas prácticos, la mayoría de los cuales han tenido que ser resueltos por la jurisprudencia apartándose –más o menos declaradamente– de lo que exigiría la opinión común y establecida». En mi opinión el examen de la jurisprudencia que hacemos a continuación demuestra lo acertadas que siguen siendo estas afirmaciones.
7. También se pronunció en el mismo sentido, en relación con un conflicto que era idéntico al de la STS 26 enero 2000, la SAP Castellón (Sección 2.ª) núm. 163/2002 de 18 mayo (AC 2002, 1964) que dirá que «la solución al caso viene impuesta por la naturaleza constitutiva de la inscripción registral para el nacimiento de hipoteca (art. 145 de la Ley Hipotecaria y art. 1875 del Código Civil), y por el principio de prioridad registral».

principio registral de la prioridad en el tiempo –“prior in tempore, potior in iure”– que supone, lisa y llanamente, que el derecho inscrito anterior es preferente respecto al posterior. Ahora bien, el caso de la concurrencia de dos o más hipotecas sobre una finca, es uno de los ejemplos emblemáticos dentro de la prioridad registral; y hay que afirmar paladinamente que la hipoteca inscrita anteriormente prevalece sobre la inscrita después; (...) y sobre todo teniendo en cuenta que la inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva, según se determina en el artículo 1875.1 del Código Civil y el artículo 145 de dicha Ley Hipotecaria. Quedando fijada la posterioridad en la inscripción de la hipoteca a favor de la parte recurrente, será preciso, ya se anunció, constatar si hubo un negocio jurídico de posposición de hipoteca bajo la forma de reserva de rango. Sin embargo, no se ha probado en momento alguno que el acreedor que, en el presente caso, hubiera tenido que posponer, lo haya admitido expresamente, requisito ineludible que establece para esta actividad negocial el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. Y se dice lo anterior porque el dato de hacer constar en la segunda escritura de hipoteca que ya había otra anterior de préstamo hipotecario no implica, en caso alguno, un negocio jurídico de posposición de rango, como certeramente señala la Sentencia de primera instancia. En resumen que la entidad recurrente inscribió tardíamente la hipoteca a su favor y, por ello, es posterior en su rango, y debe sufrir las consecuencias de tal retraso, puesto que fue debido a causas, solamente, a ella imputables».

En definitiva se sostuvo a ultranza, con estas palabras acabadas de reproducir, el mejor rango de la hipoteca que primero accedió al Registro, con base en el principio de la prioridad registral y en la necesaria inscripción de la hipoteca para su constitución; pese a que todo ello conducía a una solución carente de toda lógica en nuestro ordenamiento por cuanto en el mismo para proteger a un adquirente (en este caso el segundo acreedor hipotecario) es necesaria la buena fe, que en este caso evidentemente faltaba⁸.

Decíamos hace años, al criticar la solución de esta STS 26 enero 2000 que, sin necesidad de entrar en la espinosa cuestión del carácter de la inscripción registral de la hipoteca, la hipótesis había encontrado en la doctrina una mejor solución sobre otra base diferente: la hipoteca no inscrita es oponible frente a aquellos terceros que efectivamente la conocieron⁹. Había sido esta última una posibilidad recordada por aquel entonces por Jordano Fraga, quien, aceptando el carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca, afirmaba

8. «Este tercero es llamado correctamente “de mala fe”, porque no ignora la inexactitud registral que supone la falta de inscripción, y por ello no puede gozar de la protección del Registro, ni siquiera en este aspecto negativo y mínimo de la inoponibilidad de lo no inscrito. Sin embargo, hay autores tan constitutivistas que han llegado al extremo de negar la relevancia de la buena o mala fe subjetiva del tercero frente a los supuestos de hipoteca escriturada pero no inscrita. Partiendo del apriorismo de que antes de la inscripción no existe el derecho de hipoteca, se concluye que carece de trascendencia conocer situaciones «inexistentes» o que no tienen efectos legales. Pero este planteamiento hace supuesto de la cuestión y es una simple petición de principio»: RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 227.
9. «Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero del 2000», en CLEMENTE MEORO, *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, pp. 187-198.

que «algunas de las consecuencias que en la doctrina (y alguna jurisprudencia) se han derivado de ese (innegable) carácter constitutivo de la inscripción registral, no son efecto necesario del mismo (...) no prejuzga (abocándolos, fatalmente, a una determinada solución, insatisfactoria o injusta) la justa y adecuada resolución de importantes problemas prácticos. Como, en suma, solución *neutra*, no condicionante (y mucho menos, en el sentido peor de los posibles) de la de esos otros problemas»¹⁰. La clave de esta opinión estaba en distinguir, de un lado, el contrato de hipoteca, y, de otro, la constitución del derecho real de hipoteca. La inscripción registral sólo sería precisa para lograr este segundo efecto; no, sin embargo, para que el contrato como tal fuera perfectamente válido, y oponible frente a terceros: «el contrato de hipoteca no inscrito... [no] dejaría de ser oponible para quienes, aun siendo terceros, extraños a él..., conocieron o pudieron diligentemente conocer su existencia anterior»¹¹.

Como puede advertirse con facilidad, la STS que ahora comentamos habría venido a recoger esta interpretación doctrinal alternativa, incluso haciéndolo sobre la base de la regla general del art. 1473 CC, como propuso también en su día Jordano Fraga¹².

Ciertamente ya hemos dicho que el caso al que se enfrenta la STS 3 junio 2016 es parcialmente diferente a aquel, porque en el supuesto actual el decurso temporal de las inscripciones registrales no viene sino a confirmar el orden cronológico de las dos escrituras de constitución de las hipotecas. Además el litigio no se plantea entre los acreedores hipotecarios, sino entre uno de ellos y la Notaria quien, con su actuación, había impedido que la segunda escritura se inscribiera antes que la primera, produciendo un daño al acreedor (daño no probado, sin embargo). Pero el principio jurídico que ha de aplicarse para resolver ambos litigios es exactamente el mismo (el valor que tenga la hipoteca no inscrita), como afortunadamente ha sido correctamente interpretado y aplicado en la actualidad. En definitiva, nos debemos ahora felicitar de que el Tribunal Supremo, frente a lo que entonces hizo, haya terminado reconociendo que el contrato de hipoteca no inscrito, aun aceptando que no haya dado lugar todavía al nacimiento del derecho real, puede ser oponible frente a quien efectivamente lo conoció. Otra cosa es que, una vez adoptada esta solución, mucho más adecuada que la empleada en el año 2000, queden bastantes dudas acerca del significado que haya que dar a la afirmación del carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca¹³. Es decir, al insertarse este efecto de la oponibilidad del contrato

10. *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., p. 2.

11. JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., p. 234.

12. *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 209 y ss.

13. La doctrina sostenida por la STS 3 junio 2016 también se habría podido apoyar en la STS núm. 258/1996 de 6 abril (RJ 1996, 2881) aunque no la cita. En este caso la garantía hipotecaria no pudo inscribirse, y los hipotecantes terminaron dando en pago las mismas fincas a otra persona, pero en esta segunda escritura se hacía expresa referencia a la existencia de la carga hipotecaria, y la parte adjudicataria se subrogaba expresamente en ella y en la deuda que garantizaba. La indicada escritura de dación en pago si accedió

en un sistema de protección a la apariencia, y requerirse en los terceros las características generalmente exigidas a los mismos para ser protegidos, no se advierte diferencia alguna entre afirmar el carácter constitutivo de la inscripción o sostener, simplemente, que la eficacia de esta última en la hipoteca no difiere de la propia de cualquier otra inscripción.

También pudiera haberse hecho alguna referencia en nuestra STS 3 junio 2016 al supuesto de hecho siguiente: el adquirente de una finca por compra-venta inscribió su adquisición y otorgó escritura de constitución de hipoteca sobre la misma. Días después de la fecha de esta escritura fue presentada contra el comprador/hipotecante una demanda de retracto legal de colindantes, que causó su anotación preventiva con anterioridad a la fecha de inscripción de la hipoteca. El juicio de retracto estimó la demanda, pero, solicitada por el colindante la cancelación de la hipoteca, el Registrador la denegó, con base en que *«no pueden perjudicar al acreedor hipotecario las consecuencias de un pleito que aún no existía ni se había anotado cuando se otorgó el contrato de hipoteca cuya inscripción se pretende cancelar sin el consentimiento de dicho acreedor»*. La RDGRN 29 octubre 1946 (RJ 1946, 1399) resolvió el recurso contra esta calificación con la siguiente afirmación: *«uno de los más esenciales efectos de la anotación de la demanda de retracto es el de permitir la adquisición de la finca objeto del derecho, libre de las cargas y gravámenes inscritos con posterioridad a la anotación, y ello, unido a que la hipoteca alcanza plena efectividad erga omnes mediante su inscripción, produce como resultado que la expresada anotación de demanda prevalezca con todas sus peculiares consecuencias sobre una inscripción posterior»*. De nuevo, creemos que el argumento demuestra que la eficacia de la inscripción de la hipoteca se movería dentro de los parámetros generales de nuestro sistema: ninguna diferencia existiría si el derecho real constituido a favor del tercero fuera, por ejemplo, una servidumbre u otro derecho real¹⁴.

al Registro, sin que lo hubiera efectuado todavía la hipoteca. El acreedor demandó al adjudicatario para que otorgara la escritura que permitiera la correcta inscripción de la hipoteca. Para la STS el carácter constitutivo de la inscripción no impide que *«obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a “subrogarse en la hipoteca que grava a las fincas adjudicadas y en la deuda que garantizan”, no puede beneficiarse ni enriquecerse por el error, sino que ha de colaborar a su subsanación para alcanzar el fin contractual pretendido por todos, a lo que le obligan los preceptos citados por la Audiencia y para lo que asiste acción personal al acreedor –como ocurre en los supuestos de promesa de constituir hipoteca (art. 1862 del CC)– que la ejercita al efecto, para que la garantía a la que se comprometió la demandada y que, sin duda, asumió, nazca con la plenitud de los efectos propios de su naturaleza de derecho real, que no tiene hasta el momento, pero que puede adquirir, por constar todos los datos necesarios, bien con la colaboración voluntaria de la demandada, ya con la sustitución de su consentimiento por la declaración judicial»*.

14. Prescindiremos de analizar el otro argumento de la RDGRN 29 octubre 1946 (RJ 1946, 1399): que *«el derecho de retracto legal como limitación del dominio obra siempre con la máxima eficacia frente a los terceros adquirentes del inmueble, hasta el punto de que respecto del mismo no actúan ciertos principios hipotecarios, básicos en nuestro sistema, como el de fe pública registral, que se paraliza, y en definitiva quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva de ordinario consigo, todo lo cual constituye la excepción unánimemente reconocida y declarada por el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º»*. Sobre lo cual, Vid. JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., p. 220.

b) Conflictos en relación con los hipotecantes no deudores. Este sería el supuesto de la STS núm. 1108/2007 de 18 octubre (RJ 2007, 8623) que sí resulta citada por la STS ahora comentada, para buscar apoyo a la distinción entre los efectos de la hipoteca como derecho real y los simples efectos del contrato de hipoteca. Otra cosa es que la solución de esta otra STS nos parezca muy desafortunada, y, en realidad, no preste un apoyo argumentativo a la solución de nuestro conflicto. El caso es el siguiente: los codemandados, los esposos D. Benjamín y D.^a Melisa, otorgaron dos contratos de constitución de hipoteca en una escritura pública que nunca llegó a inscribirse por la existencia de defectos subsanables, y más tarde porque enajenaron la finca. Dichas hipotecas garantizaban las cantidades máximas que fueren debidas por Cartonajes Campoó, S.L., codemandada, a dos empresas que le suministraron materiales, y que son las demandantes. En la demanda se reclamó la resolución del contrato de constitución de hipoteca y la condena a los demandados, sociedad deudora, pero también a los hipotecantes no deudores, al pago de las cantidades insatisfechas. Las sentencias de instancia desestimaron la demanda, por entender que la inscripción es requisito constitutivo para la existencia tanto del derecho real como del contrato de hipoteca que lo sustenta: no procedía, pues, la resolución. En cambio la STS afirmó que si bien la «hipoteca, como derecho real, no llegó a perfeccionarse por falta de su inscripción en el Registro de la Propiedad, elemento constitutivo del mismo (artículo 1875 CC). Sin embargo, debe distinguirse el negocio jurídico de constitución de hipoteca, formal o solemne, del derecho real. La inscripción en el Registro de la Propiedad es elemento constitutivo del derecho real de hipoteca. Pero aquel contrato constitutivo de hipoteca queda perfeccionado cuando han concurrido sus elementos, incluida la forma y desde tal momento, las partes quedan obligadas: se ha formado la relación jurídica que les vincula entre ellos y sin alcanzar a tercero (artículos 1255 y 1257 del Código civil). En el caso presente, el matrimonio demandado se constituyeron garantes (superposición de garantía) de las obligaciones de pago resultantes de las relaciones comerciales entre las sociedades demandantes (PAPELERA y ONDUPACART) y la demandada en rebeldía (CARTONAJES) en que las primeras suministraban material a la segunda y como garantía se obligaron a constituir hipoteca sobre una finca de su propiedad, “como superposición de garantía” cuya hipoteca no llegó a nacer porque no se inscribió por razón de defectos subsanables que no se subsanaron y, más adelante, vendieron la finca a tercero. Por tanto, inter partes los codemandados quedaron obligados a garantizar las obligaciones de pago y frente a terceros, no se constituyó el derecho real de hipoteca. Al haberse producido el impago de estas obligaciones es claro que quedan obligados aquéllos».

La condena a los hipotecantes no deudores al cumplimiento de la obligación garantizada no nos puede convencer, pues estos sujetos quedaron simplemente vinculados por el contrato de hipoteca; pero esto no significa, salvo que se nos haya escapado algún pacto del contrato de hipoteca que claramente lo impusiera, que asumieran una responsabilidad personal por la deuda garantizada que pueda sustentar ahora la condena judicial a su satisfacción; es decir, el compromiso y los límites de la garantía se refieren en general al bien hipotecado, exclusivamente, porque del contrato de hipoteca no deriva para el hipotecante no deudor una responsabilidad personal por la deuda garantizada, como en

cambio parece entender esta STS¹⁵. En cualquier caso, la cita de esta STS, aunque efectivamente distinga entre efectos personales y reales de la hipoteca, resulta inconducente a los efectos de apoyar la solución que se debe adoptar en el conflicto objeto de la STS núm. 368/2016 de 3 junio (RJ 2016, 2320).

c) Conflictos de la hipoteca con terceros «civiles». El contrato de hipoteca produce efectos frente a terceros «civiles» que lo pudieron conocer. El resultado acabado de indicar se estableció en la STS 31 octubre 1986 (RJ 1986, 6022) que también es citada en la STS comentada. Se trataba de un arrendamiento posterior a la escritura de constitución de la hipoteca, aunque anterior a la inscripción. A tenor de esos hechos *«no puede deducirse que el arrendamiento haya de superponerse a la hipoteca (...) pues implica desconocer que como dice el ordenamiento (artículos mil ochocientos setenta y seis del Código Civil y ciento cuatro y ciento cuarenta y cinco de la Ley Hipotecaria) la hipoteca se «constituye» en escritura pública, y desde entonces surte efectos para los otorgantes y sus causahabientes (artículos mil doscientos dieciocho y mil doscientos veinticinco del Código Civil), aunque no quede válidamente constituida “erga omnes” hasta que no se inscriba en el Registro (...) Es cierto que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo del derecho real, pero ello no autoriza para que los otorgantes y sus causahabientes (entre los que se halle el recurrente) desconozcan esa fecha de la escritura y se constituya un arrendamiento posterior que pretende dejar ineficaz al efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor. Luego el recurrente cuando constituyó el arrendamiento con su fallecido padre sabía que la finca estaba hipotecada y podía suponer que tenía limitadas sus facultades como tal arrendatario si se llegaba a resolver el derecho del arrendador concedente, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo»*.

Las afirmaciones reproducidas son dogmáticamente confusas, porque en el texto se afirma simultáneamente la fuerza constitutiva que tiene, respecto de la hipoteca, tanto el otorgamiento de la escritura pública como su inscripción. Los autores que se hacen fuertes en el carácter constitutivo de la inscripción destacan que para aconsejar esta solución del supuesto existían dos poderosas razones: que, por herencia, el arrendatario ha pasado a ser parte del contrato de hipoteca, de modo que sobrevenidamente queda vinculado por él; y que, además, efectivamente no ignoraba la existencia del mismo¹⁶.

15. En cambio, resulta mucho más acertado entender, con la SAP Castellón núm. 375/2000, de 10 julio (AC 2000, 4947) que fue casada: que el acreedor «podía exigir a los cónyuges demandados la subsanación de los defectos que dificultaban la inscripción registral y, por ello, el nacimiento del derecho que habría de garantizar sus créditos. Pero, en primer lugar, ello exigiría que fueran achacables a los demandados tales defectos, cuando de la lectura de las notas del señor Registrador explicativas de los defectos se advierte que éstos se produjeron por la existencia de determinadas cláusulas tendentes a acentuar, si no exacerbar, las garantías y la preeminencia de la posición de las mercantiles cuyo crédito habría de garantizar la hipoteca que se quería constituir, pues se refieren aquéllas a la forma de certificar el saldo acreedor, o a la duración de la garantía. No parece, por lo tanto, que pueda achacarse la existencia de tales defectos a quienes iban a constituir la hipoteca sobre una finca de su propiedad en garantía de deudas de un tercero o, por lo menos, no se ha acreditado que sea reprochable a los demandados dicha falta de inscripción».

16. Por eso, el pronunciamiento de esta STS resulta compartido incluso para quienes entienden que la inscripción es constitutiva del derecho real de hipoteca, si es que, como JOR-

d) Conflictos con otros acreedores del deudor: el caso del concurso de acreedores. En la mejor doctrina que sostiene la eficacia constitutiva de la inscripción, se afirma que ya antes de ella existe una relación obligacional entre las partes que deriva del contrato de hipoteca: por eso, a los efectos de la apreciación de la concurrencia o no de los elementos negociales (capacidad, buena o mala fe, etc.), el momento relevante no es el de la inscripción, sino el de la escritura. Sin duda este sería el modo de resolver el problema de la escritura de hipoteca de fecha anterior al límite temporal de retroacción de la quiebra o de la rescisión concursal (cfr. hoy arts. 71 y ss. LC), cuando la inscripción se ha producido, no obstante, con posterioridad a ese momento. Pero no puede extrañar que la cuestión de la fuerza constitutiva de la inscripción interfiera en la argumentación con la que se aborda la solución de este tipo de litigios: así, por ejemplo, la STS 4 julio 1989 (RJ 1989, 9901) consideró nula esa hipoteca¹⁷; mientras que la STS 13 julio 1984 (RJ 1984, 3980) sí la consideró válida, precisamente porque aunque la hipoteca «no existe como derecho real hasta tanto no es inscrita (...), debe también afirmarse (...) que el otorgamiento de los títulos inscribibles que constituyen su antecedente (...) tuvo lugar en días (...) anteriores al momento de retroacción de la quiebra (...) y aparecen por lo tanto otorgadas dichas escrituras en tiempo en que o cuando la Sociedad estaba capacitada no sólo para obligarse a constituir la hipoteca sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma y por lo tanto en cualquier momento incluso posterior a la fecha

DANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 220 y ss. aceptan la oponibilidad del contrato de hipoteca. En verdad nos parece que la solución de la STS resulta mucho más coherente para quienes se atienen al significado general de la inscripción en nuestro sistema, como 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)», cit., p. 106: «para el tercero concededor, al igual que para los otorgantes, la hipoteca existe aunque no esté inscrita. No necesitan de la publicidad quienes tienen constancia del dato publicable».

17. Precisamente porque como afirmó expresamente: «en el ámbito de las hipotecas, los requisitos esenciales de sus contratos constitutivos, que figuran relacionados en el art. 1857 del Código Civil, se complementan con otro recogido en el posterior 1875, y que no es menos esencial ya que condiciona la válida constitución de la hipoteca a que el documento sea inscrito en el Registro de la Propiedad, requisito que se reitera en las correlativas disposiciones de la Ley Hipotecaria, artículos 145 núm. 2.º y 159, siendo este caso el único que, en nuestro sistema, la inscripción tiene carácter constitutivo, lo cual, obedece a la naturaleza de derecho formal de la hipoteca, que indudablemente, es un derecho de constitución registral, y el valor constitutivo de la inscripción en hipoteca ha sido constantemente reconocido en nuestra jurisprudencia. Lo así expuesto, lleva a concluir que la hipoteca de que se trata quedó constituida con absoluta validez en la fecha en que accedió al registro, 16 de febrero de 1981, y desde entonces puede afirmarse que adquirió existencia legal con plenitud de efectos jurídicos, lo que equivale a afirmar su sometimiento y sujeción a la esfera retroactiva de la quiebra, establecida en la de 1 de enero del mismo año». Añadiéndose que contra este resultado no puede «concederse eficacia obstativa a la doctrina de la Sentencia de esta Sala, de 13 de julio de 1984, citada en el motivo segundo, al tratarse de una resolución aislada». A la doctrina de esta STS se responde que «la libertad dispositiva del constituyente sólo se tiene en cuenta en el momento del acto dispositivo que es fundamento causal de la constitución hipotecaria, y no para la actividad puramente material de la inscripción registral»: JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., p. 262.

de retroacción de la quiebra, completara la creación del derecho de hipoteca, como así lo hizo, ciertamente con la posterioridad respecto de dicha fecha de retroacción de la que erróneamente se pretende deducir la nulidad (...) ya que el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la Sociedad prestataria, pudiendo ser inscrito»¹⁸. Se ha dicho que, los intentos de resolver este problema partiendo del valor constitutivo de la inscripción no pueden tener mucha coherencia, ya que si la inscripción es un acto de cumplimiento del contrato de hipoteca el deudor debería contar en ese momento de libertad dispositiva (que falta, por hipótesis en estos casos); es mucho más sencilla la justificación desde la tesis del valor meramente declarativo o publicador de la inscripción¹⁹.

e) Conflictos con otros acreedores del deudor: las preferencias entre ellos. Nos debemos referir al caso en que un acreedor que está ejecutando su crédito, obtiene una anotación preventiva que resulta ser posterior a la escritura de hipoteca, pero anterior a su inscripción. Estamos ante la colisión «más común en la práctica y la más problemática de resolver», pues «deriva de una cierta contradicción o indefinición normativa en nuestro sistema de preferencias»²⁰, ya que, partiendo de que es un conflicto de privilegios crediticios, podría resolverse en virtud de la prioridad registral, partiendo de la fuerza constitutiva de la inscripción de la hipoteca, y aplicando entonces el art. 1927.2 CC, para dar preferencia al acreedor embargante; pero también podrían aplicarse los arts. 1923.4 CC y 44 LH que impiden a la anotación preventiva de embargo ganar preferencia en este caso, ya que esta sólo actuaría «en cuanto a los créditos posteriores»²¹, y el crédito hipotecario no lo es, sino anterior.

En la jurisprudencia se ha producido una clara evolución desde la primera a la segunda tesis: desde la simple prioridad registral, que podría beneficiar al anotante de embargo, hasta la aplicación taxativa del criterio del art. 1923.4 *in fine* CC, que lo impediría²². Así la STS 21 febrero 1975 (Roj STS 85/1975 –

18. En el mismo sentido, la SAP Sevilla núm. 208/2013 de 29 abril (JUR 2013, 252709), realizó una afirmación incidental del siguiente tenor: habría que tomar en cuenta no tanto «la válida constitución de la garantía real, sino más bien cuando la parte ha realizado el acto de disposición patrimonial, que hemos de entender que se produce al formalizar la escritura, que es el que ha de reunir los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, que es cuando se produce ese acto de afectación a la masa, que pretende corregir la acción de reintegración». Se reproduce el mismo aserto en la SAP Sevilla núm. 235/2014, de 9 abril (AC 2014, 1101), sin que tampoco determine el resultado del litigio.

19. 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», cit., pp. 107-108, nota 242; con referencia a la explicación de la solución de la STS 13 julio 1984 que hizo JORDANO FRAGA, E., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 234 y ss., en especial p. 262, y texto reproducido en nuestra precedente nota 17.

20. RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 230.

21. Cfr., en este sentido, RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., pp. 230-231.

22. Se alude a ello, con cita de los hitos jurisprudenciales que aquí consideramos, en la STS núm. 397/1999 de 12 mayo (RJ 1999, 3053). A juicio de RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía*

ECLI:ES:TS:1975:85) ya adopta la idea de que el acreedor que obtenga una anotación preventiva solamente será preferido en cuanto a los bienes anotados respecto a «los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación (...) pues si hubiera que atenerse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro (...), carecería de sentido la aclaración final del número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil». La STS 19 octubre 1981 (RJ 1981, 3808) estableció ese mismo criterio: «siendo la fecha de la escritura pública [de hipoteca], en la que el crédito del recurrente consta, anterior a la de la anotación preventiva del recurrente, la preferencia entre ellos ha de decidirse por el orden de antigüedad de las fechas de la escritura y la de tal anotación», ya que la anotación preventiva no otorga preferencia respecto a créditos anteriores²³. En ese sentido, se ha quitado virtualidad a la alegación de que la pretendida constitución de la hipoteca mediante su inscripción impondría dar preferencia al crédito garantizado por la misma sólo a partir de la inscripción. Con el mismo criterio se han pronunciado, entre muchas otras, la STS núm. 258/1996 de 6 abril (RJ 1996, 2881) y la STS núm. 1092/2000 de 23 noviembre (RJ 2000, 9315). Ahora bien, lo que nos parece que sucede en estos casos no es que decida simplemente la fecha de la escritura de hipoteca en relación con la fecha de la anotación preventiva, sino, como aclara la STS 11 noviembre 1990 (RJ 1990, 10583), que habrá que aplicar el criterio del art. 1924.3 CC que establece una preferencia general en función de las fechas de las respectivas escrituras públicas o de las Sentencias en que consten las deudas en conflicto²⁴.

En conclusión, la cuestión del carácter constitutivo de la inscripción ha perdido relevancia en esta jurisprudencia acerca de las preferencias crediticias, porque en realidad en esta materia no debiera tenerla: es cierto, simplemente, que la preferencia especial se vincula legalmente en la hipoteca al momento de su inscripción registral, mientras que su preferencia general radica en la fecha de la escritura de hipoteca, según la disposición legal. No se debe olvidar, no obstante, que, para todas las SSTs que sostienen la doctrina más actual, la preferencia general derivada de la fecha de la escritura resulta suficiente para

real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca, cit., p. 230: así «decae otro de los posibles argumentos ... para justificar el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, pues ni siquiera en este supuesto conflictivo –donde tan necesaria parecía su alegación en otros tiempos– es utilizado ya como criterio de solución».

23. En sentido contrario STS 8 abril 1965 (Roj STS 3186/1965 – ECLI:ES:TS:1965:3186). También se suele citar en este sentido la STS 10 marzo 1973 (Roj: STS 164/1973 – ECLI:ES:TS:1973:164), pero en esta última no se debiera dejar de tomar en consideración que «tampoco ha de olvidarse que, siendo las escrituras utilizadas por el tercerista, de fecha posterior a la del protesto de la letra de cambio, que sirvió de título para decretar el embargo de los bienes de los deudores, igualmente sería de aplicar el anteriormente indicado apartado de la letra A), del número tercero, del artículo 1.924, del Código Civil». Advierte oportunamente sobre esta importante cuestión fáctica, que considera la verdadera *ratio decidendi*: JORDANO FRAGA, E., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 267, nota 274 y 272 nota 281.
24. Así, también, opinamos en *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005, Civitas, pp. 181-182; en el mismo sentido: JORDANO FRAGA, E., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 271 y ss.

que el acreedor hipotecario venza en la tercería de mejor derecho a quien (acreedor con embargo anotado en fecha posterior a la escritura de hipoteca) no puede alegar una fecha anterior en la Sentencia o escritura que reconoce o documenta su crédito.

IV. LA TRASCENDENCIA QUE PUEDE TENER EN NUESTRO DERECHO DECIR QUE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA ES CONSTITUTIVA

No vamos a descubrir ahora que la doctrina mayoritaria, casi unánime, suele afirmar de modo apodíctico que la inscripción de la hipoteca alcanza un valor constitutivo, lo cual lleva consigo una serie de efectos que, si bien no son necesaria consecuencia de mantener esa construcción, sí resultan facilitados por ella. En ese caso estarían los resultados a los que llegan algunas resoluciones de los Tribunales a las que ya nos hemos referido, que resultan contradichas más habitualmente por otras muchas resoluciones que, aun afirmando el carácter constitutivo de la inscripción, abandonan la coherencia a ultranza con esa idea para resolver de modo más acorde con el buen sentido que preside en esta materia nuestro ordenamiento. Y esto nos parece que es consecuencia de que el valor constitutivo de la inscripción se impone con «rango *quasi* dogmático», como «evidencia elemental» que «es objeto de una *fe ciega*» y «cuya negación o puesta en duda produce como angustia y desorientación»²⁵, siendo así que quizá no sea más que un «tópico irreflexivo e infundado»²⁶. No vamos a comenzar discutiendo esta afirmación de la fuerza constitutiva de la inscripción, porque nosotros mismos tenemos temor reverencial a hacerlo, ya que nos impresiona el tenor literal de algunas normas; por eso preferimos evitar también la aparición de estos posibles sentimientos de desorientación y angustia en el lector, y simplemente nos conformaríamos con llegar a deslindar el criterio imperante en nuestro ordenamiento para resolver los conflictos en los que esta afirmación se dice que puede tener carácter determinante. Lo que nos interesa destacar, paso a paso, es que en la práctica jurisprudencial se advierten bien las consecuencias que tendría dar excesivo peso a este juicio que afirma el valor constitutivo de la inscripción. La STS comentada, junto con tantas otras, ha evitado el peligro del excesivo dogmatismo, y nos brinda una ocasión excelente de poner de manifiesto que en la práctica el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca parece estar quedando sin auténticos efectos.

Nos parece que frente a la consideración de esta afirmación de la fuerza constitutiva de la inscripción registral de la hipoteca como evidencia

25. Los entrecomillados constituyen felices expresiones de RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 163. Y que no estamos ante exageraciones lo demuestra que incluso un autor tan ponderado como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 2001, p. 141 afirme que «es evidente... que no hay derecho real de hipoteca mientras no se practique la inscripción».

26. La expresión es ahora de 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», cit., p. 87. En esta obra, puede encontrarse un detallado tratamiento de la materia, con referencia a dos estudios anteriores del mismo autor.

elemental, deberíamos afirmar que de esa proposición de la fuerza constitutiva de la inscripción, controvertida pese a todo en la doctrina, no se pueden derivar efectos jurídicos de modo apriorístico: lo que signifique y deje de significar el carácter constitutivo de la inscripción no debiera estimarse claro antes de estudiar el caso litigioso que tengamos que resolver. En realidad, la eficacia de la inscripción dependerá de lo que la Ley disponga, pues es esta la competente para determinar las consecuencias jurídicas de sus mandatos²⁷. Así, finalmente, a la vista de los efectos normativamente atribuidos a la inscripción de la hipoteca podríamos llegar a sintetizar su valor y fuerza en una proposición de orden doctrinal.

Por esta razón, estaríamos en radical desacuerdo con abordar la resolución de los conflictos que se presenten partiendo de afirmaciones apodícticas como la realizada para un caso similar al de la STS 26 enero 2000, por la SAP Castellón (Sección 2.^a) núm. 163/2002 de 18 mayo (AC 2002, 1964): «*la solución al caso viene impuesta por la naturaleza constitutiva de la inscripción registral para el nacimiento de hipoteca*». No estamos de acuerdo con este atropello argumental: la resolución de los litigios no depende ni viene impuesta por el calificativo que empleemos para describir el valor de la inscripción, por difundido que esté en la doctrina, ni siquiera por la terminología que pueda utilizar la propia norma, sino por el criterio que se deduzca del sistema de fuentes; por tanto, en primer lugar habrá que atender a lo que la Ley mantenga sobre el problema concreto que esté en debate. Nos resulta intolerable querer deducir, del empleo por la norma de un determinado término, o del hecho de que la inscripción registral de la hipoteca suela ser calificada por la doctrina como constitutiva, una consecuencia tan contraria al buen sentido, que terminaría beneficiando al tercero que carece manifiestamente de buena fe, o a quienes no son técnicamente terceros a efectos registrales, y ello sin contar con una norma clara que condicione esa solución, y llegando a un resultado contra el significado sistemático de todo el ordenamiento.

En este sentido, el Código solamente mantiene un criterio nítido sobre los actos inscribibles y no inscritos: «no perjudican a tercero» (art. 606 CC), lo cual luego resulta desarrollado cumplidamente por la Ley Hipotecaria, y ha sido objeto, también, de un minucioso desarrollo jurisprudencial acerca de los elementos que deben concurrir en este tercero. A partir de un principio tan básico como este, lo que hemos de sopesar es si una norma tan poco precisa sobre el valor de la inscripción registral de la hipoteca, como es el art. 1875 CC (y también el art. 145 LH), tiene fuerza suficiente para desmentir la regla general²⁸. No nos lo parece: se ha puesto de manifiesto autorizadamente

27. Nos podríamos preguntar, parafraseando a RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 166 si será «la hipoteca no inscrita... una nada jurídica absoluta», para poder responder que «en realidad no se deduce [eso] del ordenamiento».

28. Se ha dicho con razón que ante la patente incorrección redaccional del art. 1875.1 CC, la tesis minoritaria opta por una lectura correctiva del mismo, que acentúa la indole constitutiva del título, de modo análogo aunque opuesto a la teoría mayoritaria, que lo corrige acentuando el carácter constitutivo de la inscripción. Ambas interpretaciones son, pues,

que en ambos preceptos aparecen dos elementos que tendrían valor constitutivo: el documento y la inscripción, lo cual es lógicamente incompatible; la constitución se debe producir en un instante preciso, si lo constitutivo es la inscripción no lo puede ser el documento y viceversa²⁹. A partir de esta constatación, las diversas opiniones doctrinales deberían desvelar las consecuencias que pretendan derivar de sus afirmaciones. Importaría deshacer la impresión de que, el sostener la naturaleza constitutiva de la inscripción registral para el nacimiento de hipoteca, tendría por función el imponer determinadas soluciones en el ámbito de la práctica. Aunque esta última afirmación pueda parecer fuerte, no es otra cosa que repetir la tesis utilizada por la SAP Castellón (Sección 2.^a) núm. 163/2002 de 18 mayo (AC 2002, 1964) acabada de mencionar, y describe muy bien lo que se termina produciendo cuando se acepta sin crítica el valor constitutivo de la inscripción: una parte se ahorra aportar los argumentos para solucionar un conflicto porque se ha invocado una suerte de fórmula mágica que nadie osa discutir.

Contra ese resultado paralizador nos parece que es necesario reaccionar. En definitiva, al afirmar el valor constitutivo de la inscripción deberíamos ser capaces de argumentar la respuesta a varias preguntas: ¿se quieren con esta idea desactivar los requisitos de protección de los terceros?; ¿se querría proteger a quien no es tercero, a quien no es tercero a título oneroso o a quien carece de buena fe? Se desee expresamente o no, si se fuera coherente con el valor constitutivo de la inscripción se llegaría, y, muchos, de hecho, llegan a responder positivamente a esas preguntas³⁰. ¿Y no se advierte ya, a la vista de estas preguntas, que la tesis criticada «mirada con serenidad» tal vez no sea «más que una exageración innecesaria de la eficacia de la inscripción en el caso de la hipoteca»?³¹

En verdad, aparte de la terminología de los arts. 1875 CC y 145 LH, que es fácilmente rebatible a tenor de la literalidad de otras normas³², tan solo se

correctivas, si bien la primera permanece más cercana a la letra de las normas y al espíritu general del sistema: RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 162. Un argumento más en este sentido es el art. 90.2 LC en el que se requiere para que la garantía cuente con privilegio especial que esté «constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros» expresión legal que demuestra que «para el legislador la inscripción de las hipotecas voluntarias y legales expresas es una “formalidad” que actúa como presupuesto de eficacia *erga omnes*»: así *op. cit.*, p. 166.

29. 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», cit., p. 93.
30. Nos remitimos al tratamiento que hicimos sobre el particular en «Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero del 2000», cit., pp. 187-198.
31. De nuevo los entrecomillados remiten a los términos utilizados por RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 163.
32. Y que, como ya hemos dicho, resulta ambigua y lógicamente imposible (no se puede constituir la hipoteca a la vez mediante la escritura y la inscripción): RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., pp. 160 y 161. A este respecto GORDILLO CAÑAS, A., «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido

suelen citar dos argumentos de orden legal que apoyarían ese valor constitutivo, por cuanto de la inscripción penden, se dice, los efectos más típicos y característicos de la hipoteca: el régimen de las preferencias del crédito y la necesidad de inscripción para iniciar la ejecución hipotecaria³³. Pero ninguno de esos argumentos, que naturalmente subrayan dos importantes aspectos del régimen jurídico de la hipoteca, nos parece completamente concluyente para afirmar el valor constitutivo de la inscripción. El primero, porque es un argumento que, aun contando con idéntica base legal en la hipoteca que en el embargo, no se aplica casi nunca a este último, pese a que la preferencia se liga igualmente a su publicidad mediante la anotación preventiva (Vid. art. 1923.3 y 4 CC). En efecto, durante muchos años la jurisprudencia casi unánime pudo sostener que la anotación preventiva del embargo no constituye al mismo, sino que el embargo existe desde que judicialmente se adopta; y, esa posición quedó refrendada de modo expreso por el vigente art. 587.1 LEC³⁴. Por tanto, no debe ser una razón tan decisiva para apoyar el valor constitutivo del asiento. Por otra parte, sabemos que normativamente se establece una preferencia ligada a la fecha de la escritura (art. 1924.3 CC) y que habiendo analizado anteriormente la jurisprudencia actual sobre esta materia hemos podido comprobar que el pretendido valor constitutivo de la inscripción de la hipoteca no conserva ninguna fuerza resolutoria para estos conflictos.

En cuanto al segundo argumento, no estamos nada seguros de que un requisito de procedibilidad pueda erigirse en elemento constitutivo del derecho real que se encuentra en su base; más bien nos inclinamos a pensar lo

causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», cit., pp. 93-94, cita muchas normas que están inspiradas en la idea de que la hipoteca nace «o se constituye en momento separado al de su inscripción». En ese caso están, además de varios preceptos reglamentarios, el art. 141 LH: «En las hipotecas voluntarias *constituidas por acto unilateral* del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma»; art. 154 LH: «la constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, deberá hacerse *por medio de escritura pública*, que se inscribirá en el Registro» y art. 161 LH: «la hipoteca legal, una vez *constituida e inscrita*». Por otra parte, sigue diciendo este autor para referirse al criterio del art. 144 LH: «contra lo que debería ocurrir en nuestro Derecho si en él la inscripción fuera esencial a la hipoteca y constitutiva de su existencia y vicisitudes, lo cierto es que en la relación *inter partes* estas vicisitudes se producen con absoluta independencia de la inscripción registral, y que el reflejo registral de las mismas se exige solamente para que puedan surtir efecto contra tercero»; y al criterio del art. 149 LH que, al decir de la jurisprudencia (Vid. STS núm. 274/2006 de 16 marzo, RJ 2006, 5428; y STS 29 junio 1989, RJ 1989, 4797), no exige formalidades en relación a la cesión del crédito hipotecario más que con valor declarativo.

33. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 142. Esos mismos efectos son abordados por JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., pp. 169 y ss.

34. Sobre el particular no nos debemos extender en este momento; para más detalles, debe verse nuestra obra, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 72 y ss. en lo que hace a la jurisprudencia previa a la LEC vigente; y pp. 195 y ss. sobre el art. 587.1 LEC.

contrario³⁵. Por poner un ejemplo relativamente cercano a este orden de problemas: sabemos que el art. 696.1 LEC también exige la inscripción del título del tercerista para el ejercicio de la tercería de dominio en la ejecución hipotecaria, y hasta ahora nadie, que sepamos, ha entendido que eso significa que la inscripción tiene valor constitutivo en este caso: es un simple requisito para iniciar el procedimiento, que, por otra parte, no impide que el tercero se pueda defender en el procedimiento ordinario correspondiente (cfr. art. 698 LEC)³⁶. Y, por otra parte, el criterio legal resulta en sí mismo discutible, pues podría eliminarse sin daño de nadie, ya que la escritura pública podría ser suficiente si se pretendiera ejecutar la hipoteca contra el hipotecante (es decir, si no hubiera aparecido un tercer poseedor).

Para otro tipo de consecuencias derivadas de la hipoteca, no veríamos razones normativas que justifiquen imponer la inscripción constitutiva; así para el eventual ejercicio de la acción de devastación por parte del acreedor hipotecario³⁷.

Nos alegramos de que el buen sentido se vaya imponiendo en la jurisprudencia, y comiencen a verse afirmaciones del tipo de las que aparecen en la STS objeto de nuestro comentario, que aunque no ponen en cuestión que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva, sí matizan que eso no significa que el contrato de constitución de la hipoteca no exista sin su inscripción en el Registro de la Propiedad, ni que el conocimiento del mismo no pueda perjudicar a terceros. En definitiva, habríamos descubierto que «la afirmación de que la inscripción de hipoteca tiene carácter constitutivo sólo es correcta si está referida a la oponibilidad frente a terceros del derecho de hipoteca, no a la validez del contrato», y estaríamos en camino de darnos cuenta de que «la inscripción –y, para ello, la previa existencia de documento público– es sólo un requisito imprescindible para que el derecho de hipoteca sea oponible como tal a terceros»³⁸. Ante la tesis del carácter constitutivo de la inscripción sostenida por la mayoría de la doctrina de un modo emocionalmente tan intenso, vale más

35. RAMOS CHAPARRO, E., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, cit., p. 161.

36. Sobre el tema, *Vid.* nuestro estudio «La ejecución de la hipoteca constituida a non domino. La tercería de dominio y el procedimiento declarativo», en *RCDI* (admitido a publicación).

37. Así 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)», cit., pp. 104-105. En cambio, JORDANO FRAGA, E., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, cit., p. 170 considera imposible ejercitar la acción de devastación sin inscripción de la hipoteca, lo cual en realidad no resulta fundado en ningún precepto, por lo que entiendo que es una exageración producto de la aceptación del valor constitutivo de la inscripción.

38. Las expresiones son de CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E./MARIN LOPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, I, 3.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 678. Pero, también pueden encontrarse ideas parecidas en quien había sostenido el carácter constitutivo de la inscripción; nos referimos a PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, cit., p. 142, nota 40, que reconoce que el contrato de hipoteca puede surtir efectos frente a los terceros que lo conocen. Y es que el buen sentido se termina por imponer en aquel que se acerca al problema desapasionadamente.

cuestionarse su significado real y práctico que atacar directamente la fórmula, aunque naturalmente más pronto que tarde nos deberíamos dar cuenta de que la misma no significa nada o casi nada de lo que le pudiéramos confiadamente atribuir.

Naturalmente hacerse las preguntas acabadas de formular en relación con el papel de la inscripción en la constitución de la hipoteca es necesario como antídoto ante la opinión, tan difundida, que prácticamente aboca a que nuestro Registro evolucione hacia uno en que el valor de la inscripción sea en general constitutivo³⁹. Por tanto, procede plantearse también en cuanto a esta cuestión general: ¿Se quieren desactivar los requisitos de protección de los terceros? ¿Se querría proteger a quien no es tercero, a quien no es tercero a título oneroso o no lo es de buena fe?⁴⁰ No vamos a entrar en el comentario de cada uno de estos asuntos. Valga decir que pensamos que la inscripción constitutiva de los derechos reales inmobiliarios no supone más que la imposición de un exclusivo modo de prueba de los mismos (o al menos de los transmitidos por contrato), y un mecanismo de protección del crédito que no cuenta con garantía real. No nos parecen razones suficientes, ni convenientes siquiera, para un cambio normativo del sistema registral, pues entendemos que se vuelve contra la protección de la propiedad inmobiliaria y que actúa sobre un sistema como el nuestro que funciona razonablemente bien. Después de haber dedicado muchos esfuerzos al tratamiento de la tercería de dominio en la ejecución⁴¹, somos conscientes de que introducir la inscripción constitutiva, no es más, en este ámbito, que un modo de proteger al ejecutante de un bien que dejó de pertenecer al deudor antes de la fecha del embargo o de la hipoteca; en definitiva, una manera de acabar con la tercería de dominio inmobiliaria y llegar a una simplificación procesal de la prueba de los derechos reales inmobiliarios⁴². Ni que decir tiene que semejante solución nos parece muy nece-

39. De hecho, es probable que lo difundido de la opinión acerca del carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca, esté facilitado por considerar este valor como algo deseable para el resto de las transmisiones inmobiliarias.

40. En palabras de PAU PEDRÓN, A., «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», *RCDI*, nº 625, 1994, p. 2200: «De la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral derivan diversas consecuencias negativas: (...) los beneficiarios de la publicidad registral –en su efecto de seguridad del tráfico– están hoy circunscritos a quienes reúnen la condición de tercero hipotecario. Los terceros adquirentes de derechos reales que no reúnen todos los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria y los terceros no adquirentes de derechos reales –como es el caso de los acreedores de un titular registral– no obtienen seguridad jurídica alguna del Registro. Los datos que figuran en él pueden coincidir con la realidad. Esta ausencia de seguridad registral de los terceros no hipotecarios ha de ser resaltada, porque esos terceros son usuarios habituales del Registro».

41. *Vid.*, las referencias en nuestro trabajo más reciente y extenso: *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

42. En este sentido, *Vid.* JEREZ DELGADO, C., *Hacia la inscripción constitutiva*, Madrid, 2001, p. 280: «la inscripción constitutiva determina, entre las partes y frente a terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad, y esto tiene una importante repercusión en la práctica de las anotaciones de embargo, que difícilmente se verán frustradas por una tercería de dominio»; en el mismo sentido, PAU PEDRÓN, A., «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», *cit.*, p. 220 para quien en el sistema actual: «Queda

sitada de ponderación; es necesario reflexionar sobre sus consecuencias para los actuales adquirentes de derechos que todavía no han podido formalizar su adquisición hasta el final (representado este final por la inscripción en el Registro de la Propiedad); en el nuevo sistema, por muy poseedores que sean, o por mucha escritura pública que tengan estos sujetos, quedarán reducidos a la condición de simples acreedores que cederán, por ejemplo, ante cualquier anotación preventiva de embargo que se les adelantara a su inscripción⁴³. ¿Qué costes tendrá para los adquirentes precaverse contra esta eventualidad? Pensamos que es algo que se debería meditar seriamente antes de tomar a la ligera una modificación de este calado sobre el ponderado sistema registral vigente entre nosotros⁴⁴.

indeterminado, respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad. Esta consecuencia negativa tiene una proyección práctica especialmente grave en los casos de anotación de embargo sobre finca que sólo registralmente –y no civilmente– pertenece al embargado. El acreedor promueve inútilmente la anotación, y el verdadero propietario se ve obligado a ejercitar una tercera de dominio. Podría objetarse que en manos del adquirente estaba el haber inscrito con diligencia su adquisición, pero lo cierto es que el número de juicios de tercería son numerosos, y la inscripción constitutiva los eliminaría de raíz».

43. Se puede advertir esta misma sensibilidad en la doctrina que propugna la inscripción constitutiva. Pero claro está que si, con JEREZ DELGADO, C., *Hacia la inscripción constitutiva*, pp. 282 y ss., diéramos publicidad no sólo a la adquisición del derecho real, «sino también [a] aquellas situaciones jurídicas a las que se quiere dotar de eficacia *erga omnes* (...) relaciones jurídicas (...) que carecen de naturaleza real (...) relaciones jurídicas que surjan en relación con edificios en régimen de propiedad por pisos en construcción», podría suceder que llegáramos exactamente al mismo punto actual, a base de proteger a los compradores o demás contratantes cuya adquisición no se ha consumado registralmente, pero no vemos que ello se vaya a pretender en serio. Entre otras cosas porque requeriría cambiar por completo las normas de acceso al Registro, el tipo de asiento indicado para estas situaciones jurídicas sin naturaleza real, etc.
44. No debieran olvidarse las consideraciones, que nos parecen muy acertadas, de LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, p. 131: «si bien en un sistema totalitario, colectivista o no, la necesaria vigilancia por el Estado de la actividad del individuo recomendaría la inscripción obligatoria de la propiedad inmobiliaria (en su caso, la permitida); en cualquier otro sistema las conveniencias del tráfico y las del crédito con garantía real se satisfacen con la protección al titular inscrito, al modo español, si bien puede haber otras razones prácticas, como la prueba de la propiedad o el conocimiento, por los acreedores personales (o quienes van a serlo), del patrimonio inmobiliario del deudor, que aconsejen (...) la inscripción constitutiva al estilo alemán». O las de 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», cit., p. 256: «nuestro Registro, sin necesidad de desintegrar la unidad de la inscripción haciéndola constitutiva en unos casos (las transmisiones negociales *inter vivos*) y declarativa en las demás, antes al contrario, atribuyéndole en general un mismo carácter publicador (declarativo) y convirtiéndola siempre en seguro fundamento de la buena fe de los terceros, logra para nuestro ordenamiento jurídico una seguridad del tráfico inmobiliario inalcanzada en el sistema francés de inscripción declarativa (pero de publicidad negativa o preclusiva) y no inferior a la que, con tanta carga de innecesaria artificiosidad se obtiene en el sistema alemán de transmisión negocial abstracta e inscripción constitutiva».