

LA PROYECCION DEL TRAFICO JURIDICO
INMOBILIARIO EN FUNCION DEL MOMENTO
CONCLUYENTE PARA LA PRIORIDAD REGISTRAL.
ESTUDIO DEL MODELO ESPAÑOL.

*Gabriel de Rosma Toribio**

I. La inseguridad en la contratación inmobiliaria, planteamiento general del problema. - II. Seguridad prescricional y reserva de prioridad: A. Modalidades básicas de reserva de prioridad: 1. La reserva de prioridad autónoma; 2. El certificado con reserva de prioridad; 3. La anotación del negocio en gestación; a) la Vormerkung alemana; b) La trascrizione del contratto preliminare italiano; c) la notice y el caveat austriacos. B. La difícil implantación de un mecanismo de reserva de prioridad en el Derecho español: 1. Propuestas legislativas: a) la "clausura del Registro" en el Proyecto de reforma hipotecaria de 1908; b) la reserva en los trámites previos a la reforma de 1944. 2. Propuestas doctrinales. 3. Los fundamentos positivos para su rechazo. La inculpidación del precontrato como alternativa de lege ferenda. 4. Régimen básico para la registración del precontrato. - III. Seguridad postscripturaria y retroactividad. - IV. Soluciones globales de lege lata: A. La información continuada previa solicitud; B. La coordinación entre Notarios y Registradores: 1. La certificación anterior a la escrituración y la información continuada preceptiva; 2. El preaviso notarial; 3. El empleo de las nuevas tecnologías. C. Los medios negociados: 1. La cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por cargas o gravámenes preferentes; 2. El vencimiento anticipado por la falta de inscripción de la hipoteca; 3. La resolución de la compraventa por cargas o gravámenes desconocidos; 4. La condición suspensiva de no existir cargas preferentes; V. Notas; VI. Referencias Bibliográficas.

1. La inseguridad en la contratación inmobiliaria. Plantamiento general del problema

Siempre se ha considerado un serio riesgo para el adquirente o acreedor hipotecario el lapso de tiempo que transcurre desde el momento en que se inscribe la situación registral de la finca hasta aquel en que inscribe definitiva-mente su título. Si el asiento de presentación es el escrito adaptado para la asignación de la prioridad, puede pasar que, justo antes de tener acceso registral un determinado derecho, lo hagan otros no recibidos en cuenta a la hora de su formalización. Supongamos que una persona presta una cantidad de dinero a otra, garantizando esta la devolución mediante hipoteca sobre una finca de su propiedad. Si la finca se vende después y el nuevo propietario inscribe su título antes que el acreedor hipotecario, éste no podrá inscribir el suyo por encontrar cerrado el Registro. Del mismo modo, si, mientras se negocia ese préstamo hipotecario, se anota un embargo sobre la finca, nuestro acreedor perderá la posición de mejor rango que esperaba. Estos son tan sólo dos ejemplos de lo que puede llegar a suceder. Se comprende, entonces, la importancia del tema.

Para conseguir esta clase de devoluciones se postulan dos instrumentos de variado perfil. El primero recibe el nombre de retroprioridad y trata de dar al futuro titular unos días de tranquilidad tras la formalización del respectivo negocio. En su virtud, las escrituras presentadas en un determinado plazo, contado desde el otorgamiento, se habrán de estimar registradas en la fecha de éste. Sólo cuando se deje transcurrir ese plazo, la prioridad vendrá a determinarse por la fecha de la presentación. La retroprioridad podría calificarse así de protección registral *in itinere* o postescrituraria. Por su parte, la llamada reserva de prioridad pretende adelantarse los efectos de la inscripción a una fase anterior a la del propio otorgamiento, a la de los trámites de negociación previa entre las partes.

Pues bien, a diferencia de la primera mayoría de los ordenamientos donde impera la publicidad registral, el español no alberga ninguna de ambas figuras. Pero esto no significa que el sistema no sea confiable. Por el contrario, como se argumentará en las siguientes páginas, su salud, si bien mejorable, parece suficientemente robusta, pues, lejos de desconocer la raíz del problema, recoge y permite varios mecanismos — unos legales, otros convencionales — que en conjunto articulan una solución más que adecuada.

II. Seguridad prescricional y reserva de prioridad

A. Modalidades básicas de reserva de prioridad

La reserva de prioridad allí donde se admite, puede adoptar distintas formas. Básicamente se conocen tres. La reserva de prioridad autónoma o a mera

— *Su protección del ámbito jurídico inmobiliario en función del momento...*

solicitud del titular registral, la certificación con reserva de prioridad y la prelación grandes conteras. Incluso, muchas veces se hace difícil distinguir ante cuál prioridad es única. Así, cuestiones como quién está legitimado para solicitar, su plazo y cómputo, las condiciones para un eventual desistimiento, sus efectos frente a títulos de fecha anterior todavía no inscritos, la posibilidad de que el Registrador, una vez haya ingresado el negocio anotado, habrán de encontrar respuesta en la concreta regulación de recepción de que se trate.

No obstante, si habría atender, no ya en relación con alguna de esas modalidades, sino con su normativa de referencia, al hecho de que la reserva prevalece el bloque del Registro, paralizando su actividad durante un breve espacio de tiempo, o, por el contrario, autorice la inscripción de otros derechos, aunque condicionada a que el acto para cuya formalización fue concedida, se presente a plazo. Con todo, lo que debe quedar claro es que la reserva, en cualquier caso, no impide, produce siempre un anuncio en el Registro respecto al negocio o motivo para el cual se adoptó. Sin este aviso frente a terceros, la reserva resultaría totalmente disfuncional.

1. La reserva de prioridad autónoma

En Austria, el propietario de una finca puede solicitar la sucesión preventiva para una inmediata transmisión o gravamen, precisando, en este último caso, el momento máximo del que ha de responder la finca. No es necesario señalar al futuro adquirente o acreedor igual facultad tiene el acreedor hipotecario que pretenda ceder o cancelar su crédito. Es la llamada *Rangvorbehaltungsrecht* (anotación de rango) regulada en los §§ 53 a 57 de la Ley registral (*Grundbuchgesetz*) de 1955.

Para aprovechar la reserva, el titular inscrito dispone de un año, aun cuando no sea el mismo que la . Si transurre ese plazo sin que se haya inscrito el negocio, la anotación deviene ineficaz, cancelándose de oficio. El adquirente deberá adjuntar a su título la copia de la resolución de concesión de la reserva, escudado legitimado para pedir, durante los cuarenta días siguientes a la inscripción, la cancelación de los derechos inscritos con posterioridad a la anotación.¹

Por sus trascendentales consecuencias, la reserva aparece convenientemente limitada. Así ya que con ella se trata de amparar al adquirente o acreedor hipotecario de los actos que pudiera realizar el titular en contra de sus intereses, deja de ser eficaz frente a actos cuya inscripción no dependa de la voluntad del titular. En este sentido el § 56.3 GUBG dispone que la reserva de prioridad sólo se

imponda a una eventual declaración de quiebra, y, por excepción, a una demanda judicial o anotación de embargo, cuando la transmisión o gravamen se haya celebrado; instrumentado con autenticidad.

La *Rechtsübergangsmerkung* también se permite, bajo la denominación de *anotaciones del orden de grado*, en el régimen italiano del *Libro Fondiari*, el cual pervive en aquellas provincias que en su día formaron parte del Imperio austro-húngaro¹. Esta legislación introduce algunos cambios. Así, el plazo de ejercicio de circunscritura días, a contar desde la solicitud, la falta de expresión de un plazo para poder solicitar la cancelación de los derechos inscritos *medio tempore*, o la imprevisión del supuesto concursual².

2. El certificado con reserva de prioridad

Es éste el recurso que prevé la legislación argentina. Se consagra por fuera del Código, en la Ley registral 17.801, de 1958, advirtiéndose como obligación ineludible del Escribano que vaya a autorizar una transmisión, constitución, modificación e cesión de derechos reales sobre inmuebles, solicitar al Registro competente el certificado de nueva (art. 23). Se facilita así que, aun antes de que se concluya la operación, esto es, de que el título se concluya, se escribure, pueda multiplicarse su conocimiento por terceros en función de la anotación, que de haberse despatchado la solución habrá de rubricar el Registrador en el folio del no constituye un simple medio de publicidad formal, a estilo de los informes que el Registro envía a requerimiento de cualquier interesado, sino que se incardina indefectiblemente en el proceso de adquisición o gravamen como un presupuesto de protección del adquirente. Su importancia es tal que ningún particular pueda escribir el expediente por sí mismo, sin la preceptiva intermediación de un Notario o funcionario que haga sus veces, y sin que subyace un negocio jurídico-real que lo justifique.

3. La anotación del negocio en gestación

Con el término de preanotación se define el suero registral previsto para anticipar en su registración una operación todavía no concluida o que por dñese motivos no puede llegar a inscribirse definitivamente³. En su virtud no se deja constancia, como sucede con la solicitud o la certificación de reserva de prioridad, de los rasgos más básicos de un negocio meramente proyectado, que ni siquiera es seguro que vaya a tener lugar, sino más bien del negocio mismo o, en su defecto, de otro, independiente, pero que causalmente lo prepara. La inscripción del contrato definitivo retrotraerá sus efectos a la fecha de la pre-

¹ *Die protection des Immobilienbesitzes im Falle der Insolvenz des momentanen Notarius*, de tal manera que pueda la cancelación de los actos y negocios inscritos en el intervalo. Así como se la considera, la preanotación es el tipo de reserva de prioridad por antonomasia, pues se adopta en la mayor parte de los países. Se mencionarán, a continuación, algunos ejemplos destacados.

a) La *Vormerkung* alemana

En virtud del § 883 BGB, la preanotación (*Vormerkung*) viene a cubrir la expectativa de derechos surgida de un contrato para cuya perfección falta algún título⁴. Las peculiaridades del sistema alemán de transmisión inmobiliaria, no sólo por la imposición de la inscripción como constitutiva, sino también por la abstracción del negocio traslativo con respecto al causal subyacente, obligan a tener muy presente este concepto. Así, por un lado, será expectativa el estado intermedio que va desde que las partes convienen la transmisión de la propiedad cuando abstracto o *dingung* hasta que se inscribe finalmente en el Registro. Por otro, también habrá de tenerse por tal, la situación que se da entre la celebración del contrato causal (§ 9º compraventa) y aquel acuerdo traslativo. Como el *dingung* otorga al adquirente la facultad de solicitar la inscripción y cumplir de este modo la transmisión, resta que únicamente el segundo de los sujetos involucrados en la conveniencia de anticipar la protección del Registro. Con tal objetivo emerge, entonces, la preanotación, la cual, cuando se trata de la adquisición del dominio recibe el nombre de anotación de investidura o *Auflassungsvormerkung*⁵.

Para la práctica de la *Vormerkung* es necesario que así lo consienta el titular inscrito o, en su defecto, que sea autorizada por un juez (cfr. § 885 BGB). También, que el negocio obligatorio consista en escritura pública⁶. El efecto principal de esta medida es la retroacción de los efectos del derecho, una vez inscrita, a la fecha en que se practicó su anotación. De este modo, el titular de la preanotación puede exigir a los titulares de los asientos posteriores, pero anteriores al acceso de su título definitivo, el consentimiento necesario para consolidar registrativamente su derecho (cfr. § 888 I BGB).

Con respecto a los derechos de garantía, la *Vormerkung* se ve desplazada por la hipoteca de privilegio que en la práctica cumple igual función. En principio, el propietario no puede constituir una hipoteca al no garantizar ningún crédito, sin embargo, no existe ningún límite para que constituya desde el principio una deuda imuebliliaria, según penaliza el § 1196 Bk. Bn.

b) La transcripción del contrato preliminar italiano

Con igual objetivo de proteger al futuro adquirente de los posibles actos ulteriores o de gravamen que fraudulentamente pudiera convenir el propietario una vez se hubiera estipulado la transmisión de la propiedad¹⁴, el Derecho italiano permite la transcripción del contrato preliminar o precontrato¹⁵. Se trata de una medida reciente, pues fue incorporada por el Decreto-Ley 668/1995, de 31 de diciembre.

Sus efectos son los siguientes: una vez inscrito el contrato definitivo, éste será oponible a cualquier otra transcripción o inscripción realizada en detrimento contra el promitente (cfr. art. 2645 bis 2 *Codice*). Si el promitente incumple, podrá presentarse la sentencia que se pronuncie a favor del promisorio (cfr. art. 2932 *Codice*)¹⁶. La regla general cuenta con dos importantes excepciones: Por la primera se establece, con el mismo espíritu de otras figuras hipotecarias (i. gr. posesión, anotación por créditos refaccionarios), que la hipoteca inscrita sobre un inmueble en proceso de construcción prevalece sobre la transcripción anterior del contrato preliminar (cfr. art. 2865 bis *Codice*)¹⁷.

La segunda excepción opera en los procesos concursales. Contrariamente a lo que ocurre en el Derecho alemán, donde por el juego de la *Verwertung* el administrador de la quiebra tendrá que hacer frente a la entrega del bien cuya transmisión fue pactada por el quebrado (106 de la *Insolvenzordnung* de 1994), en el sistema italiano el síndico no estará obligado a cumplir el precontrato trascurrido, en cuyo caso el promisorio se considerará como acreedor especialmente privilegiado para el reintegro del numerario anticipado (cfr. art. 72 de la *Legge Fallimentare*)¹⁸.

La transcripción preventiva caduca si la definitiva no se realiza en el plazo de un año desde la fecha convenida por las partes para la conclusión del contrato, y, en todo caso, transcurridos tres años (cfr. art. 2645 bis 3 *Codice*). Entre los dos contratos ha de guardarse una estrecha identidad en cuanto al objeto, a relación jurídica, una denuncia trascurra provisionalmente no puede dar cobertura a una posterior compraventa y sujetos, salvo que se trate de un contrato por persona a nombrar¹⁹. Por otra parte, los interesados no están obligados a concluir el contrato proyectado, por lo que podrán cancelar la transcripción del preliminar prostando amhos su consentimiento. Si no se ponen de acuerdo, decidirá los Tribunales (cfr. art. 2668 *Codice*).

*c) La notaría y el *caters* austriacos*

También el sistema Turco incorpora instrumentos del tenor que viene describiéndose. Me refiero a los usuarios de la *notiz* y el *caters*²⁰. La *notiz* está

— *Señal protectora del tráfico jurídico inmobiliario en función del momento...*
regulada por la legislación más reciente²¹. Así, en Alemania se habla de *privatiz* *notiz*²² y en Queensland, de *vestiment notiz*²³. En ambas regulaciones, se permite anticipar los efectos de la inscripción registral para una concreta transacción. Para ello están legitimados el titular inscrito, aquel que ha contratado con éste o piensa hacerlo, los representantes de ambos y, en vía de apremio, ciertas autoridades. La solicitud tiene carácter formal y en ella habrá de determinarse el negocio jurídico en sí mismo (compraventa, hipoteca etc.), el derecho inscrito objeto de la operación, y el nombre y dirección del futuro adquirente (*transacciones* en relación con futuras incidencias, como pudiera ser la impugnación judicial de la *notiz* por un tercero).

La *notiz* pierde su eficacia, sin que se pueda insar con base en el mismo título otra posterior, por caducidad, renuncia, inscripción del título en cuestión o decisión judicial. Su plazo de vigencia es de sesenta días, salvo que se la duración sea fijada por el Tribunal. Además, se recoge la responsabilidad civil del que haya justado una *notiz* sin justa causa.

El efecto excluyente de la *notiz* es el cierre del Registro a cualquier acto o contrato que se presente con posterioridad y resulte ser incompatible con el título que se anuncia. Esos actos incompatibles no van a poder acceder al Registro ni siquiera preventivamente. Cuando, por ejemplo, transcurra el plazo previsto para la presentación del título, podrán registrarse, y tendrá el rango que les correspondiera, si la *notiz* no se hubiera practicado²⁴. No obstante, esta regla general cuenta con algunas excepciones entre las que destaca el *caters*, de tal manera que la *notiz* no podrá evitar que se tome nota del interés contradictorio que aquel supone²⁵. Esta limitación hace que se cuestione seriamente la utilidad de un recurso incapaz de alcanzar el objetivo que pretende cumplir.

No sólo por esta última apreciación, sino por ser un instrumento plenamente consolidado en todo el ordenamiento inmobiliario austriaco²⁶, el *caters* presenta un mayor interés, hasta el punto de que viene a actuar a modo de reserva de jurisdicción a favor de abogados jurídicos en formación, en aquellos Estados caretes de una normativa específica al respecto. Por ello, no debe llamarse la atención al paralelismo que existe entre el *caters* y la *notiz*; vienen a ser muy similares sus reglas sobre legitimación, efectos, mecánica registral, cancelación, límites y responsabilidad.

Cualquier persona con un interés legítimo (*legit or ogutabile interes*) sobre la finca (*catersobjekt*) puede presentar un *caters* por el cual se impida, hasta que no sea cancelado, la inscripción de los títulos que se presenten posteriormente²⁷. No obstante, el *caters* puede consentir la inscripción de un título en con-

creto. El titular que ve restringida su poder de disposición, o cualquier otra persona que reclame algún derecho sobre la finca (*casavet*), tiene, en su defensa, la acción de remoción del *casavet*²⁸.

En cuanto a la duración del *casavet*, no se recoge, como para la *noticia*, un plazo de caducidad. Para evitar que se cree una situación, de importantes efectos, pero que no deja de ser provisional, se establece para el *casavet* la obligación de ingresar en un plazo determinado título fehaciente que acredite haber interpueso su demanda²⁹, y siempre que el *casavet* no hubiera presentado antes su acción de remoción³⁰. Se auxilia, así, imprescindible la actuación del Registrador ya que a través de su calificación podrá evitarse que se registre un *casavet* inauténticamente fundado, y más considerando que en el sistema Torrens no se exige inscripción pública para la inscripción.

Como ya he dicho, aunque su naturaleza originaria sea puramente contradictoria, el *casavet* también puede servir en el Acta Torrens para promover regístralmente a contratos *in fieri*³¹. Siguiendo un esquema parecido al alemán, la transmisión de un derecho real inmobiliario aquí se entiende perfeccionada cuando se cumplen necesariamente tres etapas: la celebración del contrato, el negocio de disposición y la inscripción regístral. Ese negocio de disposición consistirá en la entrega por el vendedor de dos documentos: el título de dominio y el *transfer* o título formal por el que se transmite la propiedad³². La inscripción del *casavet* impedirá que el propietario de una finca pueda lesionar las expectativas generadas para un futuro adquiriente, en tanto en cuanto no le sean entregados esos documentos³³.

B. La difícil implantación de un mecanismo de reserva de prioridad en el Derecho español

Analizadas las modalidades de reserva de prioridad en el Derecho comparado, es el momento de profundizar en las razones por las que ninguna de ellas ha sido implantada en el español. Antes parece adecuado acercarse a las distintas propuestas que se han sucedido en la materia, las cuales, aparte de resucitar, verdaderamente implicancias. Es, epígrafe recurrente con una seria revisión de los puntos tradicionalmente admitidos, en cuya virtud se invita a considerar la pre-autoración como el tipo de reserva más acorde con las bases del sistema.

— *Sea protección del tráfico jurídico inmobiliario en fases de momento...*

1. Propuestas legislativas

a) La "cláusula del Registro" en el Proyecto de reforma hipotecaria de 1908

El primer intento legislativo de implantar un instrumento de reserva de prioridad tuvo lugar a principios del siglo pasado, cuando en el proyecto de Ley de 1908, que sería la base para la reforma hipotecaria del año siguiente, se introdujo en el Senado la denominada "cláusula del Registro"³⁴. El artículo 9 de aquel texto se pronunciaba en los siguientes términos:

"El dueño del dominio o de cualquier derecho real que figure inscrito en el Registro, puede, siempre que lo tenga por conveniente, solicitar del registrador que el Registro quede cerrado para la inscripción de todo documento referente a su finca ó derecho y que sea posterior a la fecha de su solicitud.

El registrador ventará en el Registro, si estuviera abierto, la diligencia de clausura, de la que facilitará certificación al solicitante, archivando la solicitud.

Para que se proceda a la reapertura del Registro, será indispensable la presentación de la certificación anterior con el documento que se pretende inscribir.

Mientras el Registro permanezca cerrado no podrá anotarse ni inscribirse ningún documento que proceda de otra oficina o voluntario del que solicitó y obtuvo la clausura".

Consista, como vemos, en una certificación con autentico cierre regístral en la que destacaban varios aspectos: la exclusiva legitimación del titular regístral para su solicitud, la finalización del expediente del titular regístral, exceptuándose, por tanto, los mandamientos judiciales, la ausencia de una regulación más detallada de los efectos de este cierre con respecto los efectos que accederían al Registro con posterioridad al mismo etc. Pero, sin duda, el más polémico era su escasa preocupación por la reapertura del Registro, pues sólo recogía uno de los supuestos posibles: la normal conclusión del contrato previsto. Fíjese fue uno de los temas principales de la discusión parlamentaria, el cual había que, a la postre, se malograra su adopción.

El senador SÁNCHEZ ROMÁN utilizó con severidad la fórmula. Si, un día, tiempo alricular de la posibilidad de disponer del derecho previsto en sentido contrario al expresado en el artículo, por lo que se precisaba a prácticas usuales. En sus puortas palabras, no era más que un secuestro autónomo de la voluntad personal³⁵. Y dno era, lo conclusión lógica a su consideración del

certificado de clausura como un título público transmisible, muy al estilo del certificado de título característico del Acta Jorrensá²¹.

En la sesión de 27 de junio de 1908, el pleno del Senado aprobó el proyecto modificando parcialmente el precepto, pero sin cambiar su filosofía. Ahora, el titular debía declarar en su solicitud la inexistencia de cualquier acto que hubiera otorgado y estuviere pendiente de registración. Igualmente, se previó el supuesto de que ingresara un título a inscribir a la fecha de expedición de la certificación. En este caso, se procedería a inscribirlo, no sin antes dar parte a las autoridades judiciales, con el objeto de que estas curricularan oportunidad de denunciar una hipotética responsabilidad criminal²².

El texto, no obstante el cambio de la Legislatura, se trasladó al Congreso de Diputados donde se discutieron la no inclusión de la "clausura" por los abusos que de una regulación poco susegada e incompleta de la misma podría derivarse²³. Además, se advirtió que el objetivo que pretendía la reforma ya se venía alcanzando *de facto*, y sin tantos problemas, con la práctica bancaria consistente en no dar el dinero hasta que se acreditara la situación registral de la finca en los términos que se hablan tenido en cuenta para contratar.

b) La reserva en los trámites previos a la reforma de 1944

En el seno de la Comisión de juristas que redactó el proyecto de la que sería Ley de reforma hipotecaria de 1944²⁴, se valoró la posibilidad de establecer el bloqueo del Registro durante un período de tiempo determinado, y previa solicitud del dueño de la finca. La idea fue desestimada en atención al "grave riesgo de que esta medida fuera un fácil medio de burlar el derecho de otras personas y la consideración de que no todos los actos que ingresan en el Registro proceden de la voluntad del titular, como ocurre, por ejemplo, con los embargos, en cuyo caso equivaría a negar a los interesados durante un período de tiempo la posibilidad de dirigirse contra los inmuebles inscritos"²⁵.

2. Propuestas doctrinales

La doctrina española siempre ha estado abierta a cualquier alternativa que redunde en la mejora general del sistema. Junto a cuestiones tan seculares como la concurrencia de la inscripción de carácter constitutivo o la necesidad de una mayor coordinación entre el Registro y el Catastro, la reserva de prioridad ha despertado siempre encendidas posturas a favor o en contra que la hacen aún más interesante. Anticipando que el sector crítico parece haberse impuesta, al menos, por el momento, merece la pena acercarse a la opinión de quien se más

— *La protección del tráfico jurídico inmobiliario en función del momento...* —
 se han destacado en su época. El estudio de sus diferentes propuestas se muestra de gran utilidad para comprender las consecuencias, al menos normativas, que conllevaría la adopción de tal medida.

Sin duda, el debate tuvo dos momentos álgidos. El primero, tras la reforma hipotecaria de 1944-1946, cuando los autores reivindicaron. La fórmula, tras redacción, había desaprovechado aquella oportunidad para introducir. El segundo se produjo con motivo del II Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1974. En esta ocasión, la preocupación fue despertada desde la delegación argentina, que había presentado su certificación con reserva como modelo a seguir²⁶.

Se ha de empezar mencionando el trabajo publicado en 1952 por el Notario Relyo Horst, cuyo título, «La angustiosa prioridad», parece ya lo suficientemente expresivo de la posición que en él se mantiene²⁷. La prioridad, en su concepto, se resume en una alocada competición por llegar el primero. Para evitarla, bastaría con que "la prioridad no viniera determinada por el asiento de presentación, sino por la expedición de una cierta certificación registral. Sería suficiente facultar al titular de un derecho inscrito para obtener certificación de operar un contrato determinado y abrir un cierto plazo, por ejemplo, de diez días, durante el cual la prioridad estuviese reservada exclusivamente a contrario anunciado. La expedición de la certificación quedaría consumado en el Registro por nota marginal"²⁸.

En 1953, Manuel Villarín Pérez invitó al legislador a que dispusiera un nuevo párrafo dentro del artículo 17 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), donde se plasmará la facultad de los futuros otorgantes de solicitar, de mutuo acuerdo y mediante documento privado, el cierre del Registro respecto a cualquier anotación o inscripción de un título onerosivo o declarativo durante el plazo de sesenta días a contar desde la presentación de la solicitud²⁹. Del escrito se tomaría nota en el Libro Diario y también al margen de la inscripción de creación de la finca, o, si ésta no estuviera matriculada, en un Libro especial creado con tal fin. A favor de la solicitud de reserva también se manifestaría Francisco Ruiz Mazariepe³⁰.

Fu este ambiente tan propicio al cambio, llega el Congreso Internacional de Madrid y con él los partidarios de mantener el *status quo* se desquitan. Sin que acordara, destaca, por destacarse de la tesis nunciada por el resto de la delegación, la de AVILA ALVAREZ³¹. En ella proponía la modificación de los artículos 24 y 235 LH y la incorporación al Reglamento Hipotecario (en adelante RIJ) de un nuevo artículo 335 bis que llevara por título el de "certificaciones

de prioridad". Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el proyecto se caracterizaba por dos circunstancias. La primera, por no recordar el artículo 17 LH, lo cual parecería imprescindible en atención a los importanues efectos sustantivos que la certificación pudiera implicar. La segunda, sin duda mucho más correcta, por el tratamiento independiente que hacía de la certificación con respecto a la certificación ordinaria. ÁYTRA distinguía, incluso, entre un "certificado con prioridad" y un "certificado de prioridad", según se hubiera solicitado junto con la concesión de la reserva, información sobre el estado registral de la finca.

La legitimación para solicitar la certificación sólo residía en el titular registral⁴⁸. Sobre este aspecto, en aquel proyecto se achaba de menos una nueva redacción del segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento Notarial (en adelante RN) que recogiera el deber del Notario de advertir al adquirente se deshecho a exigir del titular inscrito la presentación de esta clase de certificación.

Por lo que se refiere a su duración, adoptaba un sistema mixto, pues a la vez que preveía el plazo improrrogable de treinta días, dejaba en manos del inscrito hubiera sido muy poco operativa, pues se imponía que los primeros quince días fueran de carencia⁴⁹. Esto significaba que durante ese plazo las titulares anteriores a la expedición de la certificación podían presentarse sin poder afectarlos por el negocio futuro.

Por último, y como problema de mecánica registral, se decantaba por que los títulos presentados durante la vigencia de la certificación, ya fueran posteriores, ya anteriores, que no lo hubieran hecho en el período de carencia, no se inscribieran hasta ver si el título prioritario ingresaba en plazo⁵⁰. En su opinión, esta solución era el mal menor en comparación con la posibilidad de que se fueran practicando, al estilo algeriano, inscripciones de carácter condicional.

3. Los fundamentos positivos para su rechazo. La inscripción del preaviso como alternativa de lege ferenda

Salvo las autorizadas voces recalcadas, el sector doctrinal mayoritario ha mantenido siempre que la inscripción de la reserva de prioridad no es viable, en atención a principios tradicionales y superiores, en especial, el del artículo 609 CC establece que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, estaría prohibido que el negocio acogido a la reserva pueda prevalecer cualquier otro perfeccionado antes de su concesión. Nada se trasmutaría, ni nada conseguiría quien en su virtud con-

— *La posesión del negocio jurídico inmobiliario en función del momento...*

tratare con el titular registral, pues el bien habría pasado a manos de un tercero. Por su parte, el artículo 506 CC, al evitar que los títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos o anotados puedan perjudicar a terceros, entra implicando que un derecho, aun en formación, se anticipa en cuanto a sus efectos registrar en detrimento de los que ya lo estuvieran.

La Dirección General de los Registros y del Notariado compare el criterio. Al respecto, se muestra sumamente expresiva su Resolución de 17 de enero de 1994, donde al tratar del ámbito de las hipotecas de máximo, llega a manifestarse en los siguientes términos: "La admisión de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras (porque su constitución ha de depender enteramente de un futuro contrato que las partes libremente pacten o no celebrar) equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, por que, dado su carácter accesorio, en rigor no existen, ¡no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía!. Estaríamos simplemente ante una *reserva del negocio* —un diluso derecho real en formación— que, aun que aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor), en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario". En parecido sentido pueden interpretarse las Resoluciones de 27 de julio y 6 de noviembre de 1999, y de 3 de noviembre de 2000.

Sin negar la validez del planteamiento expuesto, y con objeto de prever su corrección, se hace muy convenientemente diferenciar entre una reserva de prioridad en sentido propio y otra impropia⁵¹. La primera estaría vinculada a un negocio en hipotética proyección, y se representaría por reserva de prioridad obvenida previa solicitud o mediante certificación. La segunda haría referencia a todos aquellos supuestos en los que la legislación hipotecaria permite, por muy diferentes motivos, adelantar la inscripción de un negocio ya definido en sus rasgos básicos, pero todavía no consagrado. En este caso, nos encontraríamos ante modelos de preanotación, en los cuales, menos en los que esta figura ha sido definida, y cuyos ejemplares más relevantes serían la hipoteca un lateral (cfr. art. 141 LH), la llamada reserva de cargo (cfr. art. 241 RH), o la inscripción de derechos sujetos a condición (cfr. arts. 23 y 142 LH).

Evidentemente, tanto ya se pensara de manifiesto durante los debates parlamentarios del proyecto de 1908, una reserva a modo de bloqueo o servientu cable, en una previa y total reserva del propietario resulta totalmente impracticable. Sin embargo, se ha de apuntar que la solución final al problema de la inseguridad en la contratación inmobiliaria puede llegar a través del reconocimiento legal de un nuevo supuesto, más general, de reserva impropia: la inscripción o anotación del preaviso⁵².

En principio, el precontrato puede ser calificado como aquel contrato mediante el cual las partes se obligan a concluir otro para el que dejan apuntados sus elementos más esenciales. Al tener por objeto la celebración de un nuevo contrato, recibe también el nombre de *pactum de contrahendo*. Junto a esta concepción, que podría calificarse de tradicional, se conocen otras dos. La primera, defendida por ROCA SASTRE, mantiene que el precontrato es ya un contrato completo que no triplica la obligación de contratar en el futuro, pero sí la de colaborar en el establecimiento del contrato definitivo, fijando unas líneas directrices a desenvolverse ulteriormente⁷⁸. La segunda se debe a DE CASTRO. Para este autor, el precontrato no conlleva la existencia de dos contratos sino uno. Por ello, resulta preferible denominarlo promesa de contrato, habida cuenta de que consiste en "un quedar obligado contractualmente (a, con un acto precontracto) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes. De este modo se consideraría promesa de contrato si convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas (conclusa o simultáneamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado"⁷⁹.

En contra de la teoría tradicional se ha postulado su insuficiencia cuando alguna de las partes se niega a cumplir. Se ha dicho que al tratarse de una prestación personalísima y no fungible, el Juez no podría sustituir a la parte incumplidora y otorgar el consentimiento necesario para el contrato definitivo⁸⁰. De este modo, el precontrato perdería todo su significado, al someterse a las reglas de responsabilidad propias de los casos nuevos o preliminares. Sin embargo, la jurisprudencia desde ya las Sentencias de 9 de julio de 1940, 16 de abril de 1941, e, incluso, la de 1 de julio de 1950, la cual sirvió de fundamento para su tesis a DE CASTRO, siempre ha sostenido la concepción del *pactum de contrahendo*, dejando la indemnización para el supuesto de que el contrato definitivo no pudiera elaborarse a partir de los escasos elementos pre fijados⁸¹. Es decir, el Juez debe valorar, caso por caso, el contenido del convenio de modo que sólo mantendrá su ejecución si el negocio futuro ha sido suficientemente determinado. Con la asunción de este criterio material, aceptado en el Decreto positivo por la Ley 316 de la Compilación Navarra, las diferencias entre las teorías referidas quedan en "a priori diluidas"⁸².

Introducida de este modo la cuestión, cabría plantearse si cuando las partes negocian un acto inscribible, el precontrato que hubieran firmado puede adelantarse su inscripción, sin esperar, por tanto, a que impulsen el contrato definitivo. La medida, que completaría frente a terceros la natural función tutelar del precontrato, se acepta, según se tuvo oportunidad de ver, en sistemas en países como el alemán o el italiano.

— *La protección del negocio jurídico inmobiliario en función del momento...*

En principio, ha de partirse para el Derecho español de la regla general de la inadmisibilidad de los derechos personales en el Registro de la Propiedad. Como conclusión lógica, no podría inscribirse el precontrato. Si, únicamente, acceden los actos trasladados, constitutivos o modificativos de derechos reales, aquél quedará al margen por no generar más efectos que las obligaciones reales, es, celebrar en el futuro un contrato siguiendo determinadas coordenadas. Para despejar cualquier tipo de duda, el artículo 9.º RH establece la no registrabilidad de "la obligación de construir, transmitir, modificar o extinguir el dominio, o la de celebrar en lo futuro cualquier otro de los contratos comprendidos en los artículos anteriores"⁸³.

No obstante esta prohibición, se ha de advertir que tan sólo unos artículos más adelante se permite el acceso de una figura ciertamente "ajena" al precontrato. Se trata del contrato de opción de compra, contrato en cuya virtud "una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones", pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante⁸⁴. Para su registración, el artículo 14.º RH requiere: a) el acuerdo de las partes; b) el señalamiento del precio pactado para la adquisición de la finca y en su caso, del estipulado para conceder la opción (prima); y c) la fijación de un plazo para su ejercicio, para conceder a cuatro años, salvo en el caso del arrendamiento con opción de compra, la cual resultará ejecutable durante el tiempo que dure aquél.

Atendiendo a su definición, la no necesidad de reproducir un consentimiento de naturaleza contractual que vincule definitivamente las expectativas de las partes constituiría el elemento diferenciador entre el pacto de opción y el precontrato: "la opción de compra supondría una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación, cuando quedan definitivamente fijadas las condiciones obligatorias que han de exigirse después del nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento en que en él optante es simplemente retardado o pospuesta al término previsto"⁸⁵.

Sin embargo, esta apreciación, siendo importante, no goza de la suficiente fuerza como para negar la identidad funcional que existe entre ambas figuras: la de servir de vehículo para la realización de un contrato posterior. El contrato de opción y el precontrato serían especies de un mismo género, el de los contratos instrumentales, preparatorios o de formación progresiva⁸⁶, donde

también estarían incluidos el pacto de preferencia⁹, el contrato notarial¹⁰ y el de inscripción¹¹.

En este punto, la pregunta parece obligada, ¿cuál es el fundamento específico de que se admita a inscripción la opción de compra? Básicamente, se presentan dos argumentos: la precedida naturaleza real del derecho que origina y la inminencia de la conclusión del futuro negocio traslativo. Centrándonos en cada uno de ellas.

Un importante sector de la doctrina postula por considerar a la opción un derecho real de adquisición, pues "atribuye a su titular, durante cierto tiempo, el poder jurídicamente protegido de hacerse transmitir el derecho de propiedad sobre una cosa que pertenece a otro, con independencia de la voluntad del titular de la cosa que se transmite, y mediante el abono del valor estimado de la cosa que se adquiere"¹². Sin embargo, esta posición no es para nada pacífica dado que son también muchos quienes le niegan los caracteres de inminencia y exclusividad propios de los derechos reales¹³. Los Tribunales suelen inclinarse en esta última dirección, afirmando la oponibilidad de la opción por la inscripción "pero sin que ésta tenga la virtud de transmitir, convirtiéndola a los personales en reales, la naturaleza de los derechos; ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario cumplimiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello lo suministra el propio artículo 14 citado; pues si fuera derecho real sería inscribible sin necesidad de los requisitos complementarios"¹⁴.

Por tanto, no parece que pueda sostenerse la naturaleza real del derecho de opción como criterio habilitante para su inscripción. En verdad, y tal como informa D. U. RICA Y ARNAL, quien fue uno de los miembros de la Comisión redactora del Reglamento Hipotecario de 1947¹⁵, donde se introdujera, tal posibilidad se debe al mero hecho de haberse manifestado a su favor el legislador, el cual no quiso con ello prefigurar su configuración jurídica.

El segundo argumento para la inscripción de la opción consistía, recordémoslo, en el aviso que la opción proporcionaría sobre una próxima traslación de la propiedad, haciendo depender de la sola declaración de voluntad de su titular la constitución de la relación negocial definitiva. El contrato de opción, o el pacto que al respecto se incluyera en otro título inscribible, daría cuenta de una muy adelantada fase en relación con una modificación jurídica inmobiliaria, de un "negocio jurídico hilante", perfecto su cuanto a su contenido, y que puede considerarse una casi-transmisión cuya inscripción se condiciona en cuanto al tiempo y en cuanto a sus efectos¹⁶.

A mi juicio, esa es justamente la razón de que la opción encuentre cobijo en el Registro. Con tal previsión, se quisieron responder a una frecuente y útil

—Sin protección del Estado judicial inmobiliario en función del momento...
práctica, sobre todo en materia arrendaticia, y proteger a la persona que ruera una expectativa de adquisición sobre la finca frente a quienes contrataran posteriormente con el concedente.

En virtud de este último dato, se puede afirmar que la categoría del precontrato tendría encaje dentro de un sistema cerrado como es el español al ser sus bases. Si la posición del opante refleja una expectativa frente al derecho de propiedad, no parece descabellado comprender en analogía situación a quien hubiera convenido, con determinación de sus elementos fundaméntales, un futuro compraventa, y más teniendo en cuenta que la jurisprudencia de aquel país ha venido reconociendo la plena ejecución del precontrato perfecto, es decir, el que concreta de antemano esos elementos¹⁷. Entre ambos tipos contractuales la diferencia residiría en la concreción al opante de la facultad de exigir, consentimiento de la otra parte ya se habría formulado¹⁸.

Reconozco que a la vez que se hace valer podrían dirigirse varias objeciones. La primera sería que el precontrato inscrito implicaría siempre una gran incertidumbre sobre el estado registral de la finca; aunque se limitara la eficacia de su inscripción con la fijación legal de un plazo límite para la presentación del contrato definitivo, nunca habría la suficiente seguridad sobre su conclusión. El inconveniente no parecería insalvable si se piensa que también lo presentarían otros derechos cuya registrabilidad está, al día de hoy, exenta de discusión (ver la hipoteca unilateral).

La segunda de esas críticas podría apoyarse en la falta de un tratamiento adecuado en el Código Civil sobre el precontrato y los efectos de su incumplimiento, en atención, sobre todo, a una posible ejecución sustantiva del mismo, al esbozo del artículo 2932 del Código italiano. No obstante, debe advertirse que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, del año 2000, dispone un cauce procesal para solventar estos problemas. Concretamente, su artículo 708 establece, siguiendo la línea jurisprudencial actual sobre el precontrato, que cuando el ejecutado se niegue a cumplir con su obligación, el Tribunal, por auto, dará por errada la declaración de voluntad, si estuviesen predefinidos los elementos esenciales del negocio¹⁹. En los casos en los que esos elementos no se hubieran fijado por las partes con antelación, y el condenado no accediera a su declaración, entonces, si se acudiera a la ejecución por equivalente pecuniario (arts. 712 y ss. LECyJ).

El último y más tirujol ante de los reproches se haría en el alto nivel de conflictividad que generará en la práctica la convivencia entre derechos concituidos y derechos en formación²⁰. En realidad, esa circunstancia se fundamenta no tanto en la introducción de derechos personales en el Registro cuanto

Por no haber abordado el legislador los aspectos más relevantes de su regulación, ni tampoco haber adoptado una postura definida sobre la aplicación de sus principios a todos los derechos inscritos. Las lagunas que en relación a su régimen presenta el derecho de opción o la especial problemática de las anotaciones preventivas de embargo son buena muestra de ello. En cualquier caso, soy consciente de que la medida sería inimaginable sin el previo y terminante reconocimiento del principio de inoponibilidad, o lo que es lo mismo, sin declarar la plena vigencia, en beneficio del derecho inscrito, de cualquier causa que sen, de los artículos 606 del Código Civil y 32 LH¹⁵.

4. Régimen básico para la inscripción del precontrato

Para que el precontrato accediera al Registro no bastaría con la modificación del artículo 9 RH; se precisaría la inclusión en el artículo 2 LH de un nuevo ordinal que habilitara la inscripción de "los demás títulos previstos en la legislación". De no hacerse así, la medida sería nula por ilegal.

En cuanto a su concreto contenido, creo que esa reforma debería respetar, cuando mínimo, los siguientes puntos:

Ámbito. Si no se quieren reproducir las dudas generadas en su interpretación por el artículo 14 RH, que sólo se refiere a la opción de compra¹⁶, la reforma debería apuntar qué tipos de precontrato podrían registrarse: de compraventa, de mutua, de usufructo, etc. De no concretarse ninguno, habría de entenderse que son posibles todos aquellos por los que se constataren, transmitiera, modificara o extinguiera el dominio o cualquier otro derecho real sobre el inmueble.

Activa. Como se dispone en los ordenamientos donde se admite su inscripción, el asiento efectuado a la materialidad sería anente temporal del precontrato es la anotación preventiva¹⁷. Sin embargo, la reforma no podría inclinarse por el sin establecer igual medida para el derecho de opción.

Formalización. Sólo sería apta para su inscripción, el precontrato recogido en documento auténtico. El normal seguimiento del artículo 3 LH garantizaría, de ese modo, la seriedad del negocio. En cuanto a su contenido, las partes habrían de manifestar con claridad las características básicas del futuro contrato. Si se trataba de un préstamo hipotecario, habría de señalarse, también, la suma total del crédito. Se ha de cuestionar si la inscripción dependerá de convenio al respecto o si, por el contrario, podría ser instada libremente por una de las partes interesadas. En ese sentido, la adaptación en cuanto a su régimen entre la figura esta-

— *San protección del tráfico jurídico inmobiliario en función del momento...*

ciada y la opción de compra exigirá ese acuerdo previo

Punto. Las partes también deberían indicar un plazo para la finalización del contrato definitivo, nunca superior al que señala la Ley. No me parece que pudieran considerarse, por exceso, los cuatro años indicados para la opción de compra. Creo que el límite de un año sería más que suficiente para dar cumplimiento a la finalidad pretendida. En cualquier caso, siempre se podría acudir al Notario para otorgar un nuevo precontrato.

Efectos. La inscripción o anotación del precontrato no producirá el cierre del Registro, pero supeditará los derechos posteriores presentados a que ingrese en plazo el contrato anunciado¹⁸. Ahora bien, frente a la doctrina de la Dirección General admite la inscripción de la compra realizada en virtud de una opción previa en cualquier momento, siempre que no hubiera caducado el asiento respectivo¹⁹, sería más apropiada la fijación legal de un corto plazo de tiempo para que el adquirente ingrese su título, ya que sin esa previsión se desvirtuaría plenamente la publicidad del Registro²⁰.

"Desistimiento" El título que se inscribiera sería un precontrato, pero el derecho publicado, consistente en la anterior conclusión de un contrato sobre el inmueble, sólo preservaría las expectativas, por lógica, de quien todavía no es propietario. Si el asiento finalmente es otorgado por el legislador fuera el de anotación preventiva, el número de inscripción del artículo 206 RH admitiría con plenitud que se pudiese desistir del mismo. Por demás, las partes podrían solicitar, de nuevo acuerdo se cancelación, al estilo del artículo 2068 Código²¹, siempre que en ella constara como causa el querer dar por extinguido el precontrato.

III. Seguridad posesitoria y retroactividad

Con el concepto de retroactividad se hace referencia a la retroactividad u ampliación de los efectos de la inscripción al momento en el que el respectivo título su funcionamiento: "las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días corridos desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de instrumentación". Cuando tal plazo no sea respectivo, se estará al criterio general de la presentación. En virtud de ello, la doctrina suele distinguir entre prioridad ultra e infra, según la inclusión de un título estuviere determinada por la fecha de su acceso al Registro o por la fecha de su formalización²².

Por su parte, el Derecho español desconoce algo similar a lo que se expone. El artículo 35 del Reglamento general para la ejecución de la primitiva Ley Hipotecaria (aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1861) comenta, a primera vista, una excepción general al cierre registral, estableciendo que "la prohibición de inscribir títulos de fecha anterior a la del último inscrito en el registro, contenida en el artículo 17 de la Ley, se entiende sin perjuicio de la facultad, que según la misma Ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales, para registrar en plazos determinados, los títulos que oportunamente no hubieren presentado al registro. Pero en las inscripciones de esta especie se hará mención de dicha circunstancia, antes de expresarse la conformidad de ellos con los documentos de referencia". El precepto no debía interpretarse en el sentido de que los adquirentes del dominio o de derechos reales sobre una finca comparen a su favor con un plazo de retroactividad, de manera tal que, si presentaran sus respectivos títulos en el plazo fijado por la Ley, se beneficiaran de la eficacia retroactiva de la inscripción al justo momento en que se hubiera celebrado el contrato o constituido el derecho. En realidad, y como luego se aclarará por la reforma reglamentaria de 1873, se trataba de una norma de Derecho transitorio; téngase en cuenta que la Ley tenía una proyección retroactiva, pues concedía un plazo de regularización de un año a los titulares de aquellos derechos que, pudiendo estar inscritos según lo que en ella se disponía, no hubieran sido inscritos en los antiguos Registros. Sin embargo, no bastaba la presentación de los títulos en ese plazo para que los efectos de la inscripción se retrotrajeran a la fecha de aquellos, sino que también era necesario, en el supuesto de que se hubiera transmitido la finca, que el derecho inscrito se hubiera ejercido en los títulos de la propiedad, pues, en caso contrario, es decir, si éste no constase en los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición, la inscripción seguiría el régimen general. En definitiva, el principio de prioridad aseguraba su eficacia en beneficio de estas personas y como una medida más para promover la inscripción primitiva.

Asimismo, tampoco los títulos inscritos a nivel electoral que haya poseído por su adopción, sin duda, por que la preocupación de los autores por la fase postconstitutiva quedaba absorbida en la polémica sobre la reserva de prioridad¹⁶. Y es que, en puridad, la retroactividad nunca podría implantarse sin acompañarse de una fórmula al estilo de la certificación argentina, pues se haría imprescindible que el negocio se encontrara anotado en el Registro antes de su definitiva presentación, habida cuenta de que su otorgamiento no podía afectar a terceros de buena fe¹⁷. En ese sentido, no es suficiente con que se hubiese inscrito en escritura pública. El artículo 218 CC, cuando trata que "los documentos públicos hacen prueba, aun contra terceros, del hecho que motivó su otorgamiento y de la fecha de éste", no podía implicar la derogación de las más elementales normas sobre publicidad registral¹⁸. Sobre este precepto, de

—Sin protección del tráfico jurídico inmobiliario: función del momento...

marcado carácter procesal, como demuestra su inscripción en el capítulo de aplicación a la prueba de las obligaciones, siempre se imponía, tratándose de títulos sujetos a inscripción, el citado artículo 606 de ese cuerpo legal¹⁹.

Por otra parte, la retroactividad no ha de confundirse con aquellas otras previsiones que se observan en la legislación que hacen depender la atribución de un especial privilegio del hecho de que se solicite, en un determinado tiempo, la inscripción de ciertos derechos de naturaleza personal. La Ley Hipotecaria contiene un supuesto en su artículo 48. En él se concede un plazo de ciento ochenta días, contados desde la muerte del testador a los legatarios de género o cantidad para que presenten sus títulos. De este modo, se distinguen los legatarios que han logrado anotar en plazo de aquellos otros que lo dejaron transcurrir. Los primeros serían preferentes. Los segundos, en cambio, una vez anotados, no obtendrían prelación alguna sobre los demás legatarios que omitieron esa formalidad, ni lograrían otra ventaja que la de ser antepuestos para el cobro de su legado a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados²⁰.

IV. Soluciones globales de lege lata

Después de todo, aun renunciando a figuras como la reserva o la retroactividad, no puede decirse que se haya dado la espalda a los objetivos a que con tales inscripciones se propenden. En este punto, la preocupación por elevar mayores niveles de seguridad en la contratación inmobiliaria con respecto a las bases positivas ha sido constante. Un buen ejemplo de esta inquietud quedó patente en la principal de las ponencias ibéricas presentadas a: citado II Congreso Internacional de Derecho Registral, donde, después de rechazar el modelo argentino de reserva de prioridad y postular por la modificación legal que permitiría la inscripción del precontrato, se concluía por admitir: "de momento, como medios de paliar el problema planteado actualmente por la regulación del principio de prioridad en el Derecho español, los siguientes: 1) que pudiera solicitarse del Registro que, durante un plazo breve, comunicara a cualquier interesado y en el domicilio designado por él, las variaciones o alteraciones que sufrieran *la posterior* en cuanto a su situación registral una finca determinada, bastando para esa comunicación que fuere presentado algún título relativo a la misma, y 2) que el aumento de presión podría entenderse en virtud de una simple modificación firmada y sellada por el Notario o funcionario autorizante de un documento registral, expresiva de los datos necesarios para ello y remitiendo directamente por los mismos intermediarios de otorgado el documento correspondiente"²¹. Con ambas fórmulas se buscaba una mayor coordinación entre Notarios y Registradores, la cual respondera, sin alteración de los principios

sustantivos imperantes en la materia, y creado menos transitoriamente, a la cuestión suscitada.

Pues bien, cuatro décadas después, cabe preguntarse cómo aquellas propuestas han sido asumidas legislativamente en su integridad. La primera, por medio de la certificación con información continuada del artículo 354 RH. La segunda, a resultas de la reforma operada por el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre.

Junto a estos instrumentos especialmente previstos a nivel normativo para limitar dentro de lo posible el fraude inmobiliario (doble venta, ocultación de cargas), la práctica registral ha puesto de relieve la existencia de una serie de cláusulas, a cuyo través se trata de obligar al actual propietario a que preserve el *status* jurídico de la finca hasta la presentación registral de la escritura. En esencia, estas cláusulas atienden a la aparición de cargas o gravámenes distintos a los contemplados al contratar y, aunque no garantizan la prioridad esperada, otorgan a favor del adquirente o acreedor hipotecario la facultad, o de modificar el contenido del contrato, prescindiendo del plazo inicialmente fijado para su real cumplimiento, o de desligarse del vínculo.

A. La información continuada previa solicitud

El llamado expediente de información continuada fue introducido por el Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, en el artículo 354 RH. A su tenor, o sus ella, que le sean comunicados a él mismo o a un tercero, los asientos de presentación que afecten a la finca durante los treinta días posteriores a su ofrecimiento.

La petición en ningún momento condiciona la aplicación del principio de prioridad, ni supone el cierre del Registro a nuevos devotos, ni otorga un rango preferente al que lo motivó. Únicamente se persigue facilitar información a quien más la necesita, el adquirente. Sin embargo, esta finalidad implícita a la figura, se le escapa al legislador cuando justifica su introducción en el Preámbulo del Decreto citado. En esta sede, se persigue exclusivamente de la "mayor comodidad" que tendrá para el destinatario de la publicidad registral por ella obtenida. Un error parecido cae Ávila Álvarez cuando manifiesta la inutilidad práctica del artículo 354 RH, en la creencia de que sólo admite como destinatarios de la información las personas legitimadas para solicitarla, esto es, el titular del dominio o cualquier otro derecho inscrito, su cónyuge o sus legitimados representativos¹⁹. Desde luego, si se compare esta interpretación, las posibilidades prácticas del artículo 354 RH quedarían fuertemente reducidas. Arentos y

— Esa redacción del *tráfico jurídico inmobiliario* se funda en el momento de la redacción del precepto, sin embargo, nada impide, como se apuntó en la anterior, que el destinatario sea el tercero que preste el consentimiento con el titular²⁰.

B. La coordinación entre Notarías y Registradores

No obstante la puntual precisión de la certificación con información continuada, la apuesta más rotunda del legislador contra el fraude inmobiliario no se producirá hasta el Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, que modificó los artículos 175 y 249 RN e introdujo el artículo 418 e) RH. La reforma tuvo como único objetivo implantar un sistema de coordinación entre las Notarías y los Registros basado, por un lado, en la optimización de los cauces de información del contrato durante el tiempo inmediato a su anterior a la instrumentación del negocio y, por otro, en la agilización del acceso registral del negocio ya instrumentado. El texto se introdujo con las siguientes palabras: "es indudable la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen de bienes inmuebles reflejen la verdadera situación registral existente en el momento de otorgamiento de aquellas y es también muy conveniente que, para ganar celeridad, sus copias se presenten en el Registro competente una la mayor prioridad. Cumplidos estos requisitos se evitará que, después de otorgado el documento, los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transigente o que se ha ocultado la existencia de una carga vigente en el Registro".

Más tarde, el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, mejoró ambas medidas incorporando un nuevo artículo 354 a) al Reglamento Hipotecario y de 1993, que había sido dictada en desarrollo del de 1992²¹.

1. La certificación anterior a la instrumentación y la información continuada preceptiva

En su redacción actual, el artículo 175 RN impone al Notario la obligación de solicitar al Registro de la Propiedad correspondiente, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles a constituir de un derecho real sobre ellos, información acerca de su estado jurídico. De la regla se exceptúan los actos de liberalidad, aquellos en los que procede como transigente o constituyente una entidad pública y los demás en los que el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declara satisfecho por la información que ya tuviera²².

De los trámites posteriores a la recepción de la solicitud en el Registro se ocupa el artículo 354 a) RH. En principio, el Registrador remite la información en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la entrada de la solicitud. Cuando el Notario hubiere pedido la información para un día concreto dentro de los quince inmediatamente posteriores, la comarta el día señalado.

Pero, sin duda, el punto más importante de la regulación, en cuanto al aseguramiento de las expectativas de quien está interesado en contratar con el titular, consiste en el deber del Registrador de comunicar, durante los nueve días siguientes de remisión de la información, la circunstancia de haberse presentado en el Diario cualquier título que la altera. De esta manera, se extiende por mandato legal el mecanismo de la información continuada, dando oportunidad a esa persona de retractarse respecto de la operación planeada.

2. El preaviso notarial

Según el artículo 249 RN, "el Notario remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, el Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación, y en la que constará resumidamente en relación, al menos, los siguientes datos: a) La fecha de la escritura matriz y su número de protocolo. b) La identidad de los otorgantes y el concepto en que intervienen. c) El derecho a que se refiera el título que se pretende inscribir. d) La resena identificadora del inmueble".

El precepto parcialmente transcrito incorpora un medio verdaderamente eficaz contra el engaño en los trámites posteriores a la escrituración de un contrato. Con un sencillo expediente de notificación se evitan las cavatas de las que hablaba FIDUC, pues a su través se anticipará la inscripción del negocio otorgado. Para ello, el artículo 418 RH establece como única condición que la copia auténtica de la escritura ingrese durante los diez días hábiles posteriores a la fecha del asiento de presentación de su respectiva comunicación. De no hacerse así, la prioridad se determinaría a partir de la presentación material del documento.

Se ha de decir que la figura descrita no es original del Derecho patrio. Así, el artículo 3616 del Código civil francés ya veía estableciendo el llamado aviso preventivo, en virtud del cual el Notario daba noticia del otorgamiento de un título inscribible dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. A su vez, en el Registro, el aviso causaría el correspondiente asiento de presentación, asiento cuya vigencia de noventa días permitiría a las partes inscribir sin

— *El preaviso del notario notario inscribible en función del momento...*

plazo su derecho". También en Argentina, y con el fin de evitar los peligros de la retroactividad, cuando aun no se había regulado la certificación con reserva de prioridad, se proponía una medida parecida". Acertadamente, y sin perjuicio de que remitire dentro del plazo legal para la inscripción el testimonio respectivo, algunos autores convenían en obligar al Escribano a que el mismo día de la constitución de la hipoteca pasara una breve minuta al encargado del Registro, a fin de que éste asentara una anotación preventiva en el Diario".

3. El empleo de las nuevas tecnologías

Los artículos 175 y 249 RN permiten que las comunicaciones en estos casos se realicen por cualquier medio o procedimiento. En la actualidad, entre otros medios se ha de incluir el correo electrónico, el cual, por su operatividad práctica, está llamado a sustituir al fax en esa labor de canalización de la información entre Registradores y Notarios. Así lo advierte la Instrucción de 19 de octubre del 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al afirmar que su uso habría de introducir importantes dosis de seguridad "en aspectos tan relevantes como la garantía de procedencia y la integridad de los mensajes".

La generalización de las comunicaciones electrónicas supone un último y decisivo paso en la informatización del Registro de la Propiedad, proceso iniciado en la década de los ochenta por la Resolución de 31 de agosto de 1987, generalizada por el Real Decreto 4301/1990, de 30 de marzo, que modificó el Reglamento Hipotecario en materia de información, bases gráficas y presentación de documentos por fotocopia, y acelerado durante el año 1999 por una doble circunstancia: de un lado, por las importantes medidas propuestas en la materia por el Colegio de Registradores a los Ministerios de Justicia y Economía, de otro, por la aprobación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, hoy ya sustituido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

Como sabemos, la firma electrónica consiste en el mecanismo que vincula una serie de datos emitidos vía internet con su autor o autores. El concepto muestra el principal inconveniente de la figura: la falta de fiabilidad en cuanto a la identidad del emisor y el contenido e integridad de la información. De ahí que se habilite un dispositivo de control y seguridad alternativo. Es lo que se denomina firma electrónica avanzada, para cuya obtención resulta necesario consultar los servicios de certificación a cargo de una empresa especializada.

En el caso de Registradores y Notarios, es evidente, por la función por ellos desempeñada, que todas sus comunicaciones se han de suscribir de forma avan-

zada. Pero, al contrario de los particulares, que pueden contratar libremente con cualquier prestador acreditado al efecto, ambos tipos de funcionarios han de dirigirse a su respectiva corporación —Consejo General del Notariado, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España—, antes de recibir el servicio de autenticación que consideraran más adecuado.

En cuanto al ámbito de la firma electrónica en el Registro de la Propiedad, al margen de las comunicaciones previas o posteriores a la instrumentación pública de actos y negocios registrables, la posición inicial de la Dirección General era más bien reticente. Mientras que en la Resolución en consulta de 12 de noviembre de 1999 y, luego, en la Resolución-Circular de 26 de abril de 2000 permitió su aprovechamiento con gran amplitud en lo que a la introducción de documentos y a la expedición de certificaciones y notas simples se refiere, en la mencionada Instrucción de octubre de 2000 negó su utilización para cualquier otra actuación.¹⁶ Sin embargo, con este último se contradijo directamente el tenor del artículo 332 RH, en la redacción que le dispensara el Real Decreto 1867/1998, al proclamar la plena libertad de los interesados en “consultar y comunicarse con el Registrador por cualquier medio, sea físico o telemático, siempre que se evite, mediante la ruptura del nexo de comunicación, la manipulación o televariación del contenido del archivo”.

Aun esas reticencias, el legislador intervine para ampliar el elenco de posibilidades que las nuevas tecnologías han de ofrecer a los particulares en relación con lo que el mismo ha denominado “seguridad jurídica preventiva”. Lo habría de hacer a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, entre otras cuestiones, modificó algunas de las precepciones de la Ley Hipotecaria en materia de publicidad formal. Con su promulgación, se despojó cualquier duda sobre el despacho de información y la entrada de documentos por correo electrónico, en todos los casos, y no solo cuando haya sido solicitada o emitida notarialmente.¹⁷

Específicamente sobre la presentación telemática de títulos, con la importancia que pudiera tener en relación a una rápida atribución de prioridad, el artículo 112 de la Ley 24/2001 —retocado por la Ley de acompañamiento del pasado año—, vino a establecer una serie de reglas de tipo precautorio.¹⁸ En este sentido, el Registrador debe comunicar, también por vía telemática, la práctica o denegación del asiento de presentación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda. Practicado el asiento, el Notario hará constar en la matriz y en la copia que del título expida, la recepción de la comunicación y resguardo de su contenido.

C. Las medidas negociadas

Complementando las medidas previstas por el legislador, resulta posible e incluso muy conveniente, que las partes dispongan de algún otro modo al respecto. Así, y como auténticos cláusulas de estilo, las escrituras de compraventa y, sobre todo, de préstamo con garantía hipotecaria suelen incorporar una serie de previsiones directamente encaminadas a proteger al adquirente o acreedor de vicio insospechada al iteración en la situación registral respecto a aquellos que llevó a contratar. Entre esas cláusulas destacan: a) la de venimiento anticipado por cargas y gravámenes preferentes; b) la de venimiento anticipado por la inscripción de la escritura; c) la condición resolutoria de la compraventa por la aparición de cargas desconocidas al tiempo de su conclusión; y d) la condición suspensiva de que se acredite la libertad de cargas o la inexistencia de cargas diferentes a las señaladas tanto en la hipoteca como en la venta.

Como nota común, todas estas estipulaciones servirían de defensa a quien contratar con el título registral durante todo el tiempo que va desde el inicio de las negociaciones hasta la presentación en el Registro de su título. Ahora bien, no impedirán en ningún caso el fraude, sino que se producirán en funcionamiento por una vez éste se haya manifestado. En este sentido, cumplirían una función represiva y no preventiva. Por ello, son medidas más costosas que cualquiera de las modalidades de reserva de prioridad conocidas en Derecho comparado. En algún caso, como en el de la condición suspensiva, llegan a dilatar enormemente el natural proceso de ejecución (perfección) del contrato, pues el dinero no ha de entregarse hasta la total comprobación del estado jurídico del inmueble.

1. La cláusula de venimiento anticipado del préstamo hipotecario por cargas o gravámenes preferentes

En los modelos hipotecarios vigentes suele incluirse una estipulación específica de venimiento anticipado para el crédito de acreditarse la existencia de cargas o gravámenes que, desconocidos en el momento de la escritura o tratados con posterioridad, prescriben un rango registral prioritario a la hipoteca. Con esta estipulación, el acreedor vendría a proteger sus expectativas de modo que si, al llegar al Registro, se encontrara con un algún derecho ocupando el puesto esperado, quedara legitimado para insistir la ejecución con carácter inmediato, y por el total del préstamo.

Sin profundizar mayormente en ellos, la Dirección General ha admitido estos pactos en sus Resoluciones de 6 de marzo y 26 de diciembre de 1996, 14 de enero de 1991, 24 de abril de 1992 y 17 de marzo de 1994. Concretamente, hallarían su fundamento en el artículo 1929, 2º CC, ino ya por suponer una dis-

minución de la garantía posterior a su establecimiento, y, por tanto, subsanible en el ordinal tercero del artículo, sino más bien por la falta de otorgamiento en los estrictos términos pactados; no sería lo mismo conceder una hipoteca de primer grado que otra de segundo. A peor rango, mayores riesgos, y viceversa.

En relación con estas cláusulas, no obstante, conviene prestar especial atención a las palabras que se utilizan en cada caso. Esto ayudará a distinguir las de aquellas otras similares permisivas del vencimiento del préstamo si aparecen de cargas no mencionadas en la escritura que fuesen preferentes a la hipoteca que se constituye. Según se observa, dentro de tan amplia dicción no entrarían tan fueran de mejor condición en función de reglas distintas a las de la prioridad estrictamente hipotecaria. La doctrina ha discutido sobre su registrabilidad, debate que puede aportar a su más correcta comprensión.

MORRÉS PENADES opina que estas últimas cláusulas deben tener acceso en cuanto el supuesto de hecho que materializan implica un deterioro evidente de la función de seguridad que la hipoteca cumple.¹⁰⁶ Como carga preferente deudas de los aseguradores (cfr. art. 196 LH), los créditos por gastos de la propiedad horizontal (cfr. art. 9 LPH) o las anotaciones preventivas de embargo por créditos salariales privilegiados (cfr. art. 32.1 ET).

En contra se han destacado GARCÍA GARCÍA y CABRILLO DE LOS COBOS. A juicio del primero, estos pactos tendrían una eficacia meramente personal, no pudiendo inscribirse pues, en tal caso, vulnerarían el principio de prioridad, el cual exige atender al orden de presentación de los títulos en el Registro.¹⁰⁷ Además, como la hipoteca siempre genera, en calidad de derecho real, una afectación fiscal, preferente a ella misma, la admisión de tal estipulación supondría dejar, desde un inicio, y en manos del acreedor, la ejecución del contrato.¹⁰⁸ Por su parte, CABRILLO DE LOS COBOS estima que estas cláusulas provocarían una gran inseguridad en el deudor y en el tercero, sobre todo cuando la preferencia que dare extrarregistralmente (i.e. anotaciones de embargo, gastos de propiedad horizontal, hipotecas legales etc.)¹⁰⁹

En una posición intermedia, ÁVILA NABARRO admite su inscripción en el entendimiento de que sólo comprenderían las cargas o derechos preferentes otorgados antes de la hipoteca, independientemente de que se hubiera otorgado antes o después, con o sin la voluntad del deudor.¹¹⁰ La naturaleza otorgada no conduciría, por tanto, a su consideración como prohibición de enajenar sino como una condición resolutoria (conditio resca datur non servat), basada en el importante papel que el rango promovido desempeñó en la formación; de la voluntad del acreedor.¹¹¹

—Sea pasividad del tráfico jurídico inmobiliario en función del momento...

¿Cuál de estas opiniones es la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado? La Dirección parece inclinarse por la primera de ellas, según demuestran sus Resoluciones de 23 de octubre de 1987, 28, 29 y 30 de enero y 2 de febrero de 1998. En todas, antecede la inscripción de este tipo de estipulaciones con apoyo en el artículo 1.129.3º CC, al jugar que por su establecimiento se habría buscado dar rápida respuesta a eventuales quebrantos de la garantía. Incluso extendió la posibilidad de convenirse expresamente, a las cláusulas sobre cualesquiera otras derechos anteriores o posteriores, inscritos o no, que por no estar sometidos al principio de purga, y por tanto hubieran sobrevivido a una eventual ejecución, disminuirían gravemente el valor de la finca (cfr. arrendamientos).¹¹²

Concluyendo, la cláusula de vencimiento anticipado por cargas con rango prioritario y la homología por cargas preferentes tienen distinto ámbito de aplicación y fundamento. Aquella procuraría el respeto a la buena fe durante los trámites previos a la inscripción; esta iría más lejos, cubriendo no sólo esa fase registral de privilegio. De más está decir por cuál se inclinaria el acreedor en la práctica. Ahora bien, la admisión de las cláusulas de vencimiento anticipado por cargas o gravámenes "preferentes" en ningún caso puede alterar los criterios básicos que definen al principio de prioridad. Es decir, la ejecución que se derive de su aplicación nunca podrá afectar a quienes, con la inscripción anterior sería necesario que se declarase judicialmente la condición preferente que el ejecutante ostente sobre ellos.

2. El vencimiento anticipado por la falta de inscripción de la hipoteca

También se observa en casi todas las escrituras de hipoteca una cláusula residual que advierte sobre el vencimiento del plazo si no la garantía no llega a logra inscribirse. Más claramente que en el supuesto de vencimiento anticipado de un préstamo por aparecer cargas con rango prioritario, esta causa de resolución entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.129.2º CC, pues aquí la garantía no ha podido establecerse. Para lo que aquí precede, el pacto curativo idéntico función en relación con los supuestos de cierre registral que aquí respecto a los de superioridad de rango o afectación. La razón de ser de ambos sería idéntica: la obligación negativa que tiene el concedente de no impedir la inscripción y no disminuir anticipadamente el valor de la garantía. Esta obligación no sólo consistiría en no destruir o deteriorar la finca, sino también en no enajenarla y no constituir derechos reales limitados a favor de terceros.

3. La resolución de la compraventa por cargas o gravámenes desconocidos

Reproduciendo un mecanismo ciertamente similar al del venedimiento anticipado por cargas preferentes para la hipoteca, las partes en la compraventa de un bien inmueble pueden prever que la constancia registral de derechos distintos a los mencionados en el apartado de cargas de la escritura, suponga la resolución del contrato. Si así sucediera, la venta debería ineficaz, habilitando a la adquisición del dominio por parte del vendedor y la consiguiente devolución de las cantidades entregadas. Con la inscripción de este pacto, por una parte, se haría oponible a terceros la general facultad resolutoria por incumplimiento del artículo 1124 CC y, por otra, se ampliaría su ejercicio para cuando se inscribieran derechos contra el primitivo propietario en el tiempo que va desde la celebración del contrato hasta su inscripción (por ejemplo, una aneación de embargo).

Al respecto resultaría sumamente interesante la Sentencia de 30 de julio de 1999, donde el Supremo no habría considerado cargas y gravámenes a los efectos del ejercicio resolutorio meras imperfecciones como, por ejemplo, la diferencia entre la superficie de la finca expresada y la que materialmente se encuentra en la aplicación de la condición cuando su titular, el comprador, no hubiera adoptado la diligencia mínima de acudir al Registrador; en el caso, la venta se habría instrumentado por documento privado. Sin embargo, no creo que tal criterio pueda imponerse a supuestos distintos del de simples errores, en los que el vendedor haya actuado con descuidada mala fe (venta como libre de cosegravedad).

4. La condición suspensiva de no existir cargas preferentes

Según se manifestara, uno de los preceptos aducidos para no implantar a principios del siglo pasado el certificado con reserva de prioridad atendió a la posibilidad de no entregar el cinco hasta la debida acreditación de que la finca estaba exenta de cargas o no tenía más que las reseñadas en el título. Pues bien, esta fórmula alternativa, denominada gráficamente por algún autor como la "vía libre" registral¹⁹, sigue gozando aún hoy en día de la misma aceptación social de aquel entonces²⁰.

De suyo, el pacto resulta aplicable tanto a ventas como a préstamos. Sin embargo, es con respecto a estos últimos donde más problemas plantea. En ese sentido, comentaba SANZ que suuster un préstamo a condición suspensiva con- geniaha mal con su naturaleza de contrato real²¹. En la actualidad, sin emba-

¹⁹ *«La perfección del negocio jurídico inmobiliario en función del momento...»*, se cuestiona vivamente si el mutuo requiere para su perfección de la entrega del dinero. Al respecto se expresa la Resolución de 17 de marzo del 2000: "La toda clase de obligaciones (cfr. arts. 1876 CC y 104 LH), incluso las futuras o sucesivas a condiciones suspensivas inscritas, surtiendo en tal caso efectos contra a cumplirse (cfr. art. 142 LH), reactiva en cierto modo la tradición contractual, así como la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, pues tanto puede libre disponibilidad por el prestatario aunque no haya hecho uso de la misma, como aquellos otros convencionales en que aún esa entrega o disponibilidad se claramente la toma de posesión del Centro directivo en favor de un préstamo consensual, y el consiguiente rechazo hacia la tesis que, tratando de salvar el concepto de contrato real²¹, reconoce para estos casos una figura de tipo pre contractual".

De todos modos, el debate apuntado no prejuzga la secular práctica de condicionar la entrega al hecho de que sobre la finca no pesen más cargas que las previstas. Sea un precontrato de contrato real o un contrato consensual definitivo, encontraremos un ejemplo ilustrativo en la Sentencia de 27 de septiembre de 1999. Se habla convenido un préstamo con hipoteca conjunta sobre cuatro fincas, en cuya escritura se contenía una cláusula por el cual el préstamo se haría efectivo cuando la primera copia de la escritura quedara inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente y se acreditara la libertad de cargas y gravámenes preferentes. Resulta que la entidad se precipita y abona el capital antes de comprobar la situación registral de las fincas. Al constatar que existen otras cargas preferentes, procede a retirar el dinero de la cuenta corriente vinculada. El Supremo desestima el recurso que se interpone.

²⁰ *«Derecho en Dirección para la Universidad de Oviedo (España)»*, e Profesor de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid.

5. Notas

1 El § 562 BGB expresa que la inscripción en el libro es necesario para que el derecho hipotecario sea eficaz. Sin embargo, no en la transmisión a un tercero del inmueble o crédito hipotecario.

2 Lo que no dice la Ley sujeta es que sucede cuando el adquirente no solicita la cancelación de esos derechos de su dirección lo más oportuno posible para entender que renuncia implícitamente al beneficio reportado por la reserva.

3 Su regulación se encuentra contenida en el Real Decreto 499, de 28 de marzo de 1929, y en la nueva Ley General sobre los *Libri Fondari* que dice, incorpora, en el cual destacan el carácter constitutivo de la inscripción y los principios de legalidad, legitimación, taxatividad, publicidad y prioridad.

4 Para una comparación entre las regulaciones austriaca e italiana, véase SANDRERO, *Il diritto dell'autorizzazione dell'ordine di grado nel sistema svizzero*, en *Rivista di Diritto Civile* n.º 5 (1973), II, pp. 392 y ss.

5 GARCÍA CONY Y FERRER (en *Decreto reglamentario aplicado*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 160, nota 3) llaman la atención sobre la inscripción de la naturaleza de la hipoteca. No obstante, el autor, respecto a sí mismo, para no confundir este tipo especial de asiento, destinado a cubrir la prioridad del negocio en cuestión, con aquellos gubernativos administrados de manera temporal (autorizaciones previas), menciona la para cuando requiere sinóticamente, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, donde se justifican el término de anotación preventiva con las siguientes palabras: "La Comisión, después de haber examinado una importante que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas ha creído que a la enumeración antigua de *hypoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de colación, cuyo objeto es que en su día la concurrencia tenga ejecución cumplida. Por razones fícticias de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta deno-

minación a las inscripciones de los derechos reales, que aun no han llegado a su perfección, al estar en tramitación, o que en circunstancias transitorias, o que por falta de alguna circunstancia legal requieren subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de denominación no es nuevo: el sistema generalista lo adopta con el nombre de *pre-anotación* (sic)."

6 El precepto establece exactamente lo siguiente: "para la seguridad de la prelación de créditos o sobre un derecho que gura la finca, o de modificación del contenido o del rango de registrarlos derechos, puede ser inscrita en el Registro una preanotación".

7 Por esta importante función, GARCÍA GARCÍA (en *Decreto reglamentario aplicado a hipotecas*, I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 384 y ss.) considera que la *Vormerkung* es un medio adecuado para asegurar la abstracción del sistema inmobiliario alemán, habiéndose una serie de circunstancias para el comprador que se ve desafiado.

8 Cf. VON THURN, *Decreto Civil*, I, I, RAVA (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 191-192.

9 La *investitura* o *Mitgliedsang* es el acto, concreto o abstracto, en el que el *Grundbesitzer*, por el que el propietario se despoja de su dominio en favor del adquirente. Para un estudio completo y actualizado sobre la función que en este sentido cumple la *Vormerkung*, consúltese: MAERTENS WILKOSCH, *La prelación de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán*, *Estudios y temas de la *Vormerkung**, en *Revista de Derecho Inmobiliario* n.º 637 (2000), pp. 665 y ss. Menciona, por su parte, una idea de la función y utilidad de las anotaciones preventivas de inmuebles, no sólo garantías al comprador de que a propiedad la será transmitida, también en caso que el propietario se despoje de la propiedad antes de haber sido pagado (véase *Festgabe der realen Verfügungen*, I, edición española de KARLHEINZ SAURICH, Bursch, Barcelona, 1993, p. 432).

Sea protección del baflo prelación inmoviliaria en función del momento...

10 Tal y como prescriben para los negocios inmobiliarios el § 313 BGB. Para WOLFF (en ENNEKENS, KUPF Y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, III-1, TEBEC GONZALEZ, Y ALICIA (Trad.), Bosch, Barcelona, 1971, p. 296, nota 4) la anotación preventiva de transmisión *formal* (*Mitgliedsang* o *Mitgliedsang*) viene a amparar la prelación del comprador de que el vendedor le transmita la propiedad y un preanotación no cabe, si no el contrato de compraventa no ha intervenido un notario o una autoridad judicial. En el mismo sentido, HEIDEMANN para el que el contrato de compraventa debe ser válido en sí mismo, y en especial, haber sido documentado (véase *Tratado de Derecho Civil*, *Derechos Reales*, II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 103-104). El § 313 BGB permite obrar el requisito de inscripción pública para el negocio obligacional, sólo si ya se han realizado la *investitura* y la inscripción, por lo que, un consecutivo, impide que un documento privado pueda renovar la prelación de una anotación de *investitura* (Cf. VON THURN, ob. cit., p. 192, nota 25).

11 En este punto, HEIDEMANN recoge una Sentencia de 1926 cuya pronunciamiento ayuda a comprender la trascendencia práctica de la *deuda inabrogable*: "si con vistas a un préstamo en prelación y sobre la base del acuerdo entre el propietario y el futuro prestatario, se inscribe una hipoteca, surge inicialmente, con arreglo al § 1163, párr. 1.º, en relación con el § 1177, párr. 1.º, BGB, una *deuda inabrogable* de que se verifique la entrega del préstamo. Con el cumplimiento de la obligación resolutoria, esta es, con el nacimiento del crédito cuando el prestatario, lo hecho, *inabrogable* de propiedad se transforma *pro iure*, en una hipoteca a favor del acreedor inscrito (ob. cit., p. 499).

12 Cf. HEIDEMANN, *El contrato preliminar en la *prelación inmobiliaria**, en *Revista de Derecho Civil* n.º 5 (2000), p. 703 y ss.

13 Sobre la registración del contrato preliminar, véase GAY, *Voluntad cautiva en tema de *prelación del contrato preliminar**, en *Revista de*

Derecho Civil n.º 4 (1997), II, pp. 377 y ss.; GADUCCI *La publicación inmobiliaria del contrato preliminar*, *Revista de Derecho Civil* n.º 4 (1997), I, pp. 320 y ss.; LONJON, *Publicación inmobiliaria por acta notarial a favor de un depositario*, en *El foro italiano*, n.º 9 (1997), V, pp. 272 y ss.; MEXICUSI, *La publicación del contrato preliminar y del contrato preliminar*, en *Revista de Derecho y Procedimiento Civil* n.º 3 (1998), pp. 993 y ss.; CHESNA, *El contrato de *oferta de inscripción del preliminar**, en *Revista de Derecho de Derecho e Procedimiento Civil* n.º 3 (1998), pp. 999 y ss.; CONRAD, *La noción de *oferta de inscripción del preliminar**, en *Revista de Derecho e Procedimiento Civil* n.º 3 (1998), pp. 1005 y ss.

14 El *Codex* contiene dos referencias expresas al contrato preliminar. El artículo 1414 que establece la nulidad de este cuando no se hubiera celebrado en la debida forma prescribe para el decisorio, y el 2923, cuyo texto dice lo siguiente: "Excepción expresa de la *oferta de inscripción* en el contrato, no hay el que está obligado a cumplir un contrato, no puede, la otra parte, siempre que sea posible y no lo impide el título, podrá obtener una sentencia que produzca los mismos efectos que el contrato incumplido. Si se trata de contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la transmisión o transmisión de otro derecho, la *oferta* no podrá ser admitida, si la parte que la ha presentado no ha cumplido con su prestación o no ha hecho su oferta de acuerdo con la Ley o motivos que la *oferta* no sea exigible".

15 Ferrer Iltor fue introducido por la Ley n.º 30, de 28 de febrero de 1997, de conversión del Decreto Ley de 1996.

16 GAY (ob. cit., pp. 379 y ss.) hace, incluso, una discutible extensión de esa disposición en relación con la situación individual. En su opinión, el adquirente-expectante sólo podrá oponer su derecho al acreedor hipotecario posterior que no haya inscrito su título con anterioridad a la inscripción de definitivo o a la

anotación de la demanda de cumplimiento específico. Con esta última interpretación viene a dejarse sin apenas contenido el contrato preliminar tasario.

17 Cf. GAVARILL, *ob. cit.*, p. 538.

18 En una fase posterior, se posibilita que toda persona que sufra un perjuicio por haber concurrido en un *official search* (procedimiento oficial), en el que se hubiera omitido mencionar alguna carga ya inscrita, reclame contra el Registrador una indemnización, la cual correrá a cargo del fondo de seguros especialmente previsto para esos casos.

19 Auto. Ibañeta la autención MIRENNA sobre la inexistencia en el sistema Torrens de certificaciones con bloqueo registral (Cfr. *el sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales en mbitarios en Australia*, en *Revista de Derecho Notarial* n.º 116 (1982), p. 183).

20 Cfr. art. 52 de la *Land Title Act* de 1980.

21 Cfr. arts. 138 y ss. de la *Land Title Act* de 1984.

22 Como prescribe el artículo 150 de la *Land Title Act* de 1984 de Queensland.

23 Exponiendo, el artículo 151 de la *Land Title Act* de Queensland, esta preferencia del *casare* no se da en el caso de la *soy of registration*, de manera que el *casare* presentado en el plazo de curatela y ocho horas tras la expedición de la certificación registral ha de verse postergado al otro acogido a aquel beneficio (Cfr. art. 149 de la *Ley de Australia Occidental* de 1982).

24 Cfr. arts. 74 de la *Real Property Act* de 1900 de Nueva Gales del Sur, 191 de la *Real Property Act* de 1898 de Australia del Sur, 121 a 131 de la *Land Title Act* de 1984 de Queensland, y 133 a 138 de la *Land Title Act* de 1980 de Tasmania.

25 Se incluye, por tanto, la posibilidad de que sea el propio titular el que presente el *casare* lo que le será muy útil para casos en los que hubiere sido empobrecido en alguna transacción o hubiere perdido su certificado de titular (Cfr. *Manual*

PALCARR, «El Registro de la Propiedad en Australia (Cien años del sistema Torrens», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 368-369 (1959), pp. 154-155.

26 Cabe también que el *casare* sea presentado de oficio por el Registrador, cuando lo considere necesario para proteger los intereses de un menor, incapaz, ausente o en casos de fraude, error o quiebra (Cfr. arts. 17 de la *Ley de Queensland* y 12 de la *Ley de Nueva Gales del Sur*).

27 Este procedimiento es, por regla general, judicial, aunque algunos Estados posibilitan una vía alternativa ante el Registrador. Sobre la desjudicialización del *casare*, v. G. CASADO PALLARÉS, *ob. cit.*, pp. 153-154.

28 Tres meses en Queensland y Nueva Gales del Sur, por ejemplo.

29 Si se aplica la remoción, el *casare* tendrá que acreditar su derecho en un plazo mucho más breve, cuanto desde la notificación de aquella (casos que en Queensland o venían a no en Australia del Sur).

30 "El *casare* ha venido a ser considerado como una forma de registración preventiva cuando el derecho no registrado del reclamante no está en discusión y ninguna de las partes está a la vista de litigar sobre ello. En ese aspecto, simplemente preserva la situación jurídica registral hasta que el solicitante está en condiciones de presentar el instrumento ejecutado por el solicitante, que transformará su derecho preventivo en el cumplimiento de un derecho positivo. El efecto que cumple es el de notificar al que lo presenta, en la discorsión expresada en la solicitud, la presentación de cualquier transacción sobre el inmueble, la cual no se inscribirá hasta el transcurso del plazo de vigencia o validez del *casare*, que además, puede ser prorrogado por los Tribunales" (SALVARIANA BACONNAR, en *DERECHO HIPOTECARIO DE EXTRANJERÍA Y VALUACIÓN*, SALVARIANA, «Certificación registral con reserva de prioridad», en *Boletines y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y

— *So protección del registro judicial inmobiliario en función del momento...*

Mercedes de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 39-39).

31 Cf. MIRANDA, *ob. cit.*, pp. 148 y ss.

32 Según MIRENNA (Cfr. *ob. cit.*, p. 180) al adquirir, hasta el momento de la inscripción de su título, le corresponde un detalle únicamente oponible frente a la otra parte, pero no frente a otro adquirente de buena fe y a título oneroso. El *casare* juramentado tiene el efecto de la entidad habilita para amparar su derecho de tal manera que el titular registral se vea comprometido por las obligaciones ya asumidas con el *casare* y se le impida, por ejemplo, celebrar una segunda venta.

33 Sigue la transmisión legislativa en 7 como se recoge en *Ley de Hipotecas y Registros de España* (Ponce y evolución, II, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de España, 1974), p. 213 y ss. En la motivación presentada por la Comisión se explicaba la necesidad: "La posibilidad de que expedida por el registrador certificación referente a una finca sobre que se va a comenzar se inscriban después transmisiones ó modificaciones del dominio, produce siempre incertidumbre y constituye un peligro para el tercero, que la Comisión procura evitar en los sucesivos, proponiendo que todo el que tenga inscrito el dominio ó cualquier otro derecho real pueda pedir que se libere el Registro para toda otra posesión inscripción relativa a su derecho, y que cuando queda hasta que con el efecto que se pretende inscribir se presente la certificación de la escritura" (Ley..., *ob. cit.*, II, p. 239).

34 "Y ahora dice el dueño: ¿quién yo, que con la misma facultad, ya que con una sola palabra me se da un día el registro, que me da el derecho de perpetuarlo, y a eso decir vosotros: «no, ¡pero qué es esto! ¿qué fuerza hay aquí y qué título superior que nos las cosas de la esfera de acción de pedir, en suma, que el dueño tiene? Si el dueño tiene poder para clavarse un registro ¿por qué no lo da también para abrirlo de nuevo, y así que le habéis impreso con un obituario formal? De modo que, ¿no soy soberano para hacer una cosa y no lo soy para deshacerla por un momento, por un momento, más

expresión de mi voluntad soberana, que es el documento que la compraba, que es la certificación del registrador que lo creó? Se me puede como indispensable algo que tiene puramente un carácter puramente material, de piedad, de esmero, que es la presentación del documento mismo. Pero ¿no lleva el registrador libros de asiento y de las certificaciones que expide? No es el mismo dueño el que pide eso?" (Ley..., *ob. cit.*, II, p. 337).

35 La defensa corrió a cargo de ALVAREZ CUYABANO para quien el error individualmente favorecía el crédito territorial. En su opinión, no se podía hablar de «sustitución de la voluntad», "el que tiene la certificación para que quiere tener el Registro abierto? Para inscribir el título ¿cuyo origenario concierne? Le sirve para algo a él, el dueño de la finca, del inmueble ó del derecho real, le sirve para algo el que el Registro está abierto ó cerrado, ¿cómo no sea para que pueda devorarse allí un título por inscribible?" (Ley..., *ob. cit.*, II, p. 345).

36 Cf. Ley..., *ob. cit.*, II, pp. 365-366.

37 Sin embargo, se dice constantemente que para una finca registrada en la matrícula sería imprescindible que la misma señalara un plazo de caducidad, para el certificado (Cfr. Ley..., *ob. cit.*, II, p. 628).

38 Román parte de aquella Comisión José María Ponce, Federico González, Eduardo López Pardo, Ángel Trevi, Simón, más tarde por Pascual Nicotri, Rafael Cisneros, José ALCANTO FERNÁNDEZ, y Ángel SANZ BERNÁNDEZ.

39 SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1945, p. 147.

40 En las conclusiones del Primer Congreso Internacional, que tuvo lugar en Buenos Aires dos años antes, ya se pedía un adverbio: "considerando las exposiciones de los señores delegados argentinos, dirigidos a caracterizar la certificación registral en su país, de las cuales resultó: 1.º Que en cuanto a su significación jurídica la certificación registral tiene relación directa con el seguro de residencia a raíz a unirse y desde luego, con el instrumento público

co que la certificará. 7º Que dicha certificación esté prevista de efectos propios, que consisten en: a) informar a quienes van a realizar ese acto del estado de los asientos tal como figuran en el Registro, tanto son relación a los sujetos que las suscitan, consisten o modifican derechos, como a los inmuebles sobre los cuales recaerán tales asientos (publicidad formal de la certificación); b) Conferir a quienes intervengan en la realización de esos actos una protección o garantía especial, de carácter esencialmente preventivo y de plazo limitado, por el que se les confiere por anticipado (reserva de prioridad indirecta) la certeza (publicidad material de la certificación) de que cuando los formalicen estarán en condiciones de alcanzar en todo registro la producción de los efectos propios de ese acto, o sea, transmitir, constituir o modificar un determinado derecho: así, siempre que se cumpla las requisitos y plazos previstos por la Ley;

c) En cuanto a su instrumentación, la reserva de prioridad indirecta resultante de la expedición de la certificación se hace efectiva por el medio de cualquier prevención, requerida por el titular de dicho o quien ejercita su presentación. Por ello, el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, recomendó, a las delegaciones de los países participantes que procuraran el análisis de este instituto a la luz de la experiencia recogida en la República Argentina; y consideró la posibilidad de implantarlo en los registros nacionales, en cuanto fuese compatible.⁴¹

41 Cf. *Revista de Derecho Privado* n.º 421 (1952), pp. 284 y ss.

42 HORB, ob. cit., p. 283.

43 El artículo, que se ocupa del llamado cierre registral, dice lo siguiente: "inscrito o anotado, preventivamente en el Registro cualquier título tendiente a declarar del dominio de los inmuebles o de los derechos reales imprescritos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ni en forma de igual o anterior fecha que se le oponga o sea inoponible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real". Si esto se hubiese entendido el asiento de presentación, no podría

temporal inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente a) de la fecha del mismo asiento".

44 Cf. El principio de prioridad debe actuar al mismo tiempo que el principio de fe pública registral o instrumental, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 302, 303 (1953), p. 5; E. Un año después, VILLALBA escribió: "La prioridad es la posibilidad de que los documentos previos puedan causar asientos de presentación o anotación preventiva. De este modo, los interesados dispondrán del plazo de su vigencia para poder acudir al Notario y presentar la correspondiente escritura en el Registro" (cf. «El documento previo en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 312 (1954), pp. 413 y ss.). Otros autores han sostenido esta tesis: cf. DIEZEG CASABLANCO, «De la prioridad registral anticipada y la doctrina de la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Mexicana del Notariado*, XXI (1978), pp. 347 y ss.; más recientemente, DE LUW DE CORTRO (cf. «El Registro de la Propiedad como institución abierta a la presentación de toda clase de documentos, públicos o privados», en *Boletín del Colegio de Registradores de España* n.º 75 (2001), pp. 2562 y ss.).

45 Cf. «Definición de prioridad y cierre registral», en *Primer Congreso de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1965, pp. 54 y ss. En esta Ponencia, el autor parece variar su postura anterior cuando habla de llegada a calificar de desahucio la precopación de HORB por el problema (cf. FERRER MARTÍNEZ, «El principio de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 265 (1952), p. 891).

46 Cf. «El certificado de prioridad (Proyecto de introducción en la legislación española», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, 1975, pp. 133 y ss.

47 Ese hipotético artículo 345 bis R.d. resumiría toda la regulación propuesta: "El titular regis-

tral de una finca o derecho, al solicitar la expedición de certificación del contenido del Registro e independientemente de esta, podrá solicitar la concesión de prioridad para un derecho que haya de constituirse posteriormente, cuyas características de naturaleza, extensión, condiciones y otras, precisará. El Registrador expedirá la certificación que acredite la concesión de tal prioridad y en la misma fecha hará constar la concesión por nota al margen de la finca a inscripción de la finca o derecho, extendiendo, también nota de la operación al pie de la solicitud que solicite en el legajo correspondiente. También hará constar en su día, por nota marginal, la caducidad de tal concesión por el transcurso del plazo suscitado. El título en que en su día se constituya o adquiera el derecho de que se trata, se entenderá presentado en el Registro en la fecha de dicha nota marginal de concesión, siempre que las actuaciones de aquel concuerden con las que consten en la inscripción y que la presentación de aquélla tenga lugar en el plazo concedido, que no podrá exceder de treinta días, y sin perjuicio de los títulos que se presenten en el plazo de quince días contados desde la fecha de la inscripción».

48 Cf. ÁVILA ALVAREZ, ob. cit., p. 139.

49 Cf. ÁVILA ALVAREZ, ob. cit., pp. 141 y ss.

50 Cf. ÁVILA ALVAREZ, ob. cit., pp. 145 y ss.

51 Cf. SEMINARIOS REGIONALES DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMA DURA Y VALLADOLID-SALAMANCA, «Censuación registral con reserva de prioridad», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 49 y ss.; ABUÑA, ESCRIBÁN, CABALLERO DE LOS CERROS Y MANCHA Y CANALS BARRA, «La certificación, una técnica de cierre registral o de reserva de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 621 (1994), pp. 650 y ss.; CASAS GARCÍA, «Derecho inmobiliario registral e hipotecario», I, Civitas, Madrid, 1995, p. 573; CILLIC Y ORTIZ, *Exposición sobre Derecho*

52 La Dirección española los perjuicios que ocasiona la figura: «Si la finca es después hipotecada o embargada en garantía de otros créditos, los respectivos acreedores podrán, por arbitrio del que será avalador, perder su preferencia en favor de créditos que nazcan después (los del avalista), a pesar del carácter imperativo que tiene la materia del orden de preferencia de créditos. Por otra parte, la inadmisibilidad de esas preferencias anticipadas propiciaría que las diversas entidades acreedoras a sus bienes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones financieras. Además estas reservas de rango podrían detenerse fácilmente determinadas operaciones comerciales, por lo que, y al no existir un legítimo interés actual, suficiente que las justificase, menoscabaría indolentemente el crédito territorial del prestatario y perjudicaría al titular inmobiliario. Finalmente la cancelación de las llamadas hipotecas de México en gran medida de dichas deudas enteramente fútiles es difícil por las pruebas de hechos negativos la que requiere una práctica que no se formalmente se procurasen congo inscribirse con la consiguiente perturbación del tráfico y del crédito».

53 La distinción entre reserva de prioridad propia e hipoteca es utilizada por ABUÑA ESCRIBÁN, CABALLERO DE LOS CERROS Y MANCHA Y CANALS BARRA (cf. ob. cit., pp. 647 y ss.), aunque encuentro sus antecedentes en la ya mencionada por BÉGIN LARO entre otros de prioridad directa e indirecta (cf. *La reserva de prioridad*, la. e.), La Ribera, 1959, pp. 99-100). Para este autor, el elemento diferencial entre ellas en la medida de la protección que el Registro hubiera de dar al derecho objeto de cada una. En su opinión, el elemento de reserva acreedorario, regulado hoy en día en el artículo 15 R.d., sería el elemento característico de esa reserva de prioridad directa e indirecta.

54 Para que en la pueda parecer extraño el recurso a la inscripción del préstamo como método para defender a los que se van a adquirir

en el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien registrable, los debe decir que no se trata de una copia original. En efecto, la posibilidad de su adopción ya fue puesta de manifiesto en el Congreso de Madrid. Allí, y en conexión a una insostenible reserva de prioridad con alcance puramente formal, se optó por la superación de la distinción entre derechos reales y personales en favor de una más apropiada, entre derechos susceptibles o no de inscripción.

Esa distinción permitió la inscripción "de la promesa unilateral de venta de contrato en general, y hasta en algunos casos de los contratos en formación, o el precontrato", como medio de proseguir la prioridad para el contrato definitivo (cfr. SEMINARIOS REGIONALES DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMADURA Y VALADOLID-SALAMANCA, ob. cit., pp. 59 y 60). En el mismo sentido se contó ya en del IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremadoca (Mélagre) en 1992.

En el mismo sentido se contó ya en del IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremadoca (Mélagre) en 1992. En el mismo sentido se contó ya en del IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremadoca (Mélagre) en 1992. En el mismo sentido se contó ya en del IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremadoca (Mélagre) en 1992.

55 «Contrato de promesa», en *Extratérmino de Derecho Privado*, I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 374 y ss. La tesis de Roca fue asumida, punto por punto, por la Sentencia del Supremo de 5 de octubre de 1981.

57 Cfr. MORO LEDOYA, «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 110 (1936), pp. 573-574. ALZUAGA, «Sobre la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado* nº 267 (1935), pp. 430 y 31; DE CASTRO Y BARRA, «La promesa...», cit., pp. 1139 y ss.; SÁNCHEZ VELA, «Concepto de promesa y promesa de contrato», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* r. VI (1952), pp. 517 y ss.

58 En este sentido, la Sentencia de 7 de febrero de 1966 sostiene que la promesa de venta no siempre se preserva de la misma forma, "por unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el cumplimiento no puede consistir más que a la exigencia... por el contrario, dispuesto a cumplir su compromiso... de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, a tenerse que en otros supuestos, los mismos partes demuestran su decidida voluntad... en todos los portadores y detalles... de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de un modo u otro puedan ser por impedido la concurrencia de determinados obstáculos como la falta de autorizaciones o la liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les convenía la celebración en sí y se desean esperar cierto plazo". También cabe citar, por actuales, las Sentencias, siempre del Supremo, de 13 diciembre de 1989, 25 de junio de 1993 y 14 de febrero de 1995.

59 «La promesa de coartar un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado las condiciones esenciales del contrato cuya ejecución se promete.

El contrato consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todas las requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes.

«Sobre protección del tráfico jurídico inmobiliario en función del momento...»

La obligación de contar que resulta de esta promesa se regula por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previos a la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la Ley, o en su defecto, por el juez (Ley 51.6 de la Compilación Navarra).

60 Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de abril de 1987, 24 de enero de 1991 y 1 de diciembre de 1992. Conforme a estos fallos, los elementos esenciales del contrato de opción sería "la concreción al operante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra; la determinación del objeto; el establecimiento del precio estipulado para la futura adquisición; y a concreción de un plazo para el ejercicio de la misma siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de una prima".

61 Sentencias de 9 de febrero de 1985, 23 de diciembre de 1991, 17 de mayo de 1993, y 14 de febrero de 1997. Para ALZUAGA, el contrato de opción no produce la obligación de contratar sino un derecho potestativo, o sea, el derecho a configurar mediante la mera voluntad del operante una relación jurídica (cfr. «Para la crítica...», cit., en *Revista de Derecho Privado* nº 266 (1935), p. 370).

62 Cfr. TALAÑA CUARTES, *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 52 y 36.; MENÉNDEZ MARTÍN, *Las opciones contractuales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 101-102. Más estrictamente, SUREA considera preparatorio todos aquellos contratos, como el de opción, que no obligan a celebrar un ulterior contrato, y resalta: por fin resalta las "vincilaciones jurídicas de las partes si bien llegaran a adoptarse" (*Resoluciones de Derecho Civil*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 6).

63 En virtud del pacto de preferencia o prelación, una persona se obliga a preferir a otra para el caso de que decida contratar sobre un determinado objeto.

64 Los contratos nunciativos son aquellos en los que las partes, al celebrar en una relación de cierta perdurabilidad, fijan las bases y las condiciones generales de los contratos que van a celebrarse en el futuro. En relación con esta modalidad contractual, véase, entre otros, CALVO ANSÓ, *Tratado de Derecho Civil*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 193; C/ CALVO ANSÓ, MÚÑOZ Y PEDRELLA ANTONADO, *Introducción al Derecho y Derecho civil peninsular*, II, Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1993, pp. 953 y ss.

65 Por el contrato de licitación: "Una pluralidad de partes se obliga a respetar una serie de criterios dirigidos a la selección del candidato idoneo, para ocupar la posición de parte contratada en un posterior contrato definitivo" (MENDOZA MAÍO, ob. cit., pp. 126-127).

66 SERRANO ALONSO, «Notas sobre el derecho de opción», en *Revista de Derecho Privado* 1979, p. 138. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, BARRALES GARRÉS (cfr. *La problemática adquisitiva en el Derecho español: notas sobre y opción*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 221-222); CAMÍ SÁNCHEZ CÁSTEL, (cfr. *Contratos y la Ley de Ordenación Hipotecaria*), Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 158-159); RAMÓN CHORRER (cfr. *Derecho de opción: concreción de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 591 (1991), pp. 333 y ss.) o VIDAL HERNÁNDEZ (cfr. *La problemática de las condicionalidades en el Registro de la Propiedad*, Anelcu, Barcelona, 1999, pp. 141 y ss.).

67 Desde su consideración del precontrato como promesa de contrato, advierte DE CASTRO la gran semejanza entre esta figura y el contrato de opción (cfr. «La promesa...», cit., p. 1777). A su juicio la opción, como facultad de elegir el debido cumplimiento, sin la situación jurídica creada por la promesa que no tiene el carácter de poder independiente o derecho subjetivo, al estar unida a la creación de las obligaciones que surge al contrato y que resulta indistricablemente sobre el patrimonio del titular". Para Roca, la opción se trata de un derecho personal, que en caso de inscripción podría encuadrarse dentro de la categoría de carga o gravamen real (cfr. Roca SASTRE y Roca-SASTRE MÓNTECINLU, *Derecho hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1979, p. 547). También,

TORRES, ANA LUÍ. *Contratos de derecho de opción*, Trivium, Madrid, 1987, pp. 107 y ss.) en el sentido de que la opción no se opone a terceros, salvo por la inscripción; ni tampoco obliga a su titular un esfuerzo sobre la cosa, sino más bien una eventual prestación adquisitiva de la misma.

línea de este precepto se hace en alusión a que en el Derecho español el único efecto verdaderamente protetivo tiene a lo último no es el referido en él, sino el más antiguo del artículo 34 LH, esto es, quien que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con fealdades para su transmisión y procede a inscribirlo, a su vez, su derecho. Del mismo modo se deducen los límites de su alcance.

69 Cfr. Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, en *Libro-Homenaje a Don Ramón de la Hita y Arce*, T. Colig. o Nacional de Registros de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pp. 209 y ss.

76 Si se entiende, como se hace aquí, que el derecho de opción tiene una naturaleza personal, el artículo 14 RH sólo daría cobertura a la opción de compra, no pudiendo ser extendido en relación con otros contratos, al tratarse de una excepción a la regla de a registración de derechos reales (cfr. TOMÁS LARRA, ob. cit., pp. 210-211).

71 Cfr. SANTOS BERZ, *Los contratos civiles. Mercaderías*, Cuneva, Curutua, 1992, p. 93.

77 La anotación en el asiento reservado para la opción, así como para el resto de los derechos personales (financ. restacuo convencional, autotransmisión), en el artículo 959 del Código suizo.

72 Sobre el particular, MARTÍN DE ARCIBUQUE considera la opción una especie del género préstamo o promesa de contrato, de carácter exclusivamente unilateral, ya que manifiesta una obligación de contratar a cargo únicamente del promitente (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *De Pacto Contractus et al. Curso de Derecho Civil II*, Colex, Madrid, 2000, p. 381).

78 En esta dirección, sería recomendable acudir a la cancelación de sus asientos intermedios del artículo 175 RH, atendiendo a que la Dirección General (cfr. Resoluciones de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y 27 de marzo del 2000) entiende análogamente aplicable al derecho de opción la regla extra de su precepto, referida exclusivamente a la venta de bienes sujetos a cancelación. Cuando, se hallaría la causa o título de su asiento siempre que se referiría la consignación a favor de sus titulares de la entidad registrada para ejercitar la opción. Se trata de un criterio también aplicado a la doctrina (cfr. entre otros, RODA SASTRE y RODA SASTRE MENDOZA, ob. cit., III, 1979, p. 509; RUANO GARCÍA, inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral. (Examen especial de la inscripción de compra), en *Revista Omba de Derecho Iberoamericana* n.º 576 (1986), pp. 1487-1484; RAMON CHOMART, ob. cit., p. 463; YAS SOLAFA, «El Derecho de opción», en *Anuario de Derecho Civil* (1989), pp. 1266-1267.

73 Si los elementos indeterminados fueran de carácter no esencial, el precepto marida al Tribunal, una vez oídas las partes, integrarlos conjuntamente a las unas del mercado o traición judicial.

74 Cfr. AGUIRRE EGUIEN, CASTELLÓ DE LOS COBOS Y MANCINI Y CANALS BRASE, ob. cit., p. 666.

75 El artículo 606 del Código ya ha sido comentado en el texto; razón por la que sólo transcribí el artículo 32 LH, que dice así: «Los efectos de donación o de otros hechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no surtirán a terceros». Cuando se dice que debe inscribirse una interpretación

79 Véase, en esta dirección, las Resoluciones de 30 de julio de 1989 y 27 de marzo de 2000.

80 Similar solución a la mantenida en el texto respecto al artículo 177 RH en su anterior redacción, el establecer para los casos de venta con plazo de retro un plazo de ocho días a contar desde el momento de escritura, pasado el cual, sin consensuar de anterior alguno que diere noticia de la revocación, cesación o modificación del contrato de venta, se podría pedir la nulidad registral que acreditara la ineficacia definitiva del pacto, con la sola presentación del título que hubiera producido la inscripción. El RD 1467/1998, de 4 de septiembre, modificó el precepto a fin de establecer una norma general de eficacia para los asientos sometidos a un plazo de efectividad. En su virtud, el Registrador cancelará de oficio los asientos que publicaran esos derechos, pero sólo cuando hubieran transcurrido cinco años desde su vencimiento. ¿Cabrá solicitar la cancelación sin esperar a que se cumplan los cinco años? Por supuesto, pero en tal caso, sería imprescindible, conforme al artículo 82 LH, contar con el consentimiento de la contraparte; si este no se presta a un registro, no habría más remedio que acudir a juicio ordinario. Como se observa, la reforma legislativa favorece, siempre temerariamente, un estado de cosas que en la mayoría de los casos no habrá de tener correspondencia con la realidad. De la misma opinión AYA Y NAVARRA, quien sostiene el plazo de cinco años inaplicable (cfr. «La cancelación de ciertos pluresignos de inscripción en el RH», en *Revista Crítica de Derecho Mercantil* n.º 651 (1998), p. 644).

81 El precepto ordena en su último inciso la cancelación de la inscripción del contrato preliminar cuando se «Resolucivamente comprueba por las partes inexistencia?».

82 Cfr. sobre otros, GARCÍA CONZ, «La retroprimera y su registro», en *La Ley (Buenos Aires)* 1984-C, pp. 897 y 9; LARRO DE ZAVALLA, *Comentarios al Decreto Regulatorio*, Colegio de Escribanos de Tucumán-Victor de Zavalla, Buenos Aires, 1983, pp. 380 y 31; SACTT, «Certificación registral con reserva de prioridad. El negocio jurídico en gestación», en *El Derecho* 167 (1996, Buenos Aires), p. 1152.

83 Del mismo modo, la inscripción del precepto, en los términos recién planteados, abarcará la fase postestremaria.

84 Indago VELAZ SASTRE, que recoge en el artículo 3137 de su Código una territorialidad de sus días para las hipotecas, para su cancelación de los riesgos de la fórmula al redactar el artículo inmodificadamente anterior de la siguiente forma: «Si estando constituida la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerla, un subyacente sucesor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si ésta se registró en el término de la ley». Al contrario, se debía entender que la primera hipoteca era inoponible frente al tercero de buena fe que, habiendo constituido un derecho con fecha posterior, lo registrase antes.

85 Para RODRÍGUEZ ARIAS, cfr. «Votos y debates de la escritura pública», en *Escritos sobre Derecho Documental*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 110; el artículo 506 CC, al igual que el artículo 1218 en relación con las «contradicciones» —las realizadas para derivar una anterior— a la copia exceptiva al artículo 1218 CC. Mérito más concretamente se expresa GARCÍA GARCÍA, para quien el precepto no puede presumirse de la ubicación sistemática del 1218 CC y precepcionalmente en relación a un efecto de la escritura contra terceros, a pesar de que el protocolo notarial, es secreto y de que las obligaciones y contratos, según el artículo 1357 CC, no pueden publicarse a terceros (cfr. «El artículo 1218 del Código civil visto en su aplicación de su volumen y sus secuelas de su contenido», en *Boletín del Colegio de Registradores de España* n.º 65 (1998), pp. 21-30-31-31).

86 Y no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que, para los inmuebles inscritos, la

énica posibilidad de afectación u oporibilidad frente a terceros, es a través de la publicidad registral, que ha de diferenciarse claramente de la forma documental, con la que sólo tiene el parentesco de que la publicidad registral requiere la forma, pero la forma sin publicidad no tiene el control de legalidad registral, ni, en consecuencia, los requisitos y efectos del sistema, resumidos en los conceptos prioritarios hipotecarios, que son los que resultan de la Ley Hipotecaria, a los que se refiere en bloque el importante artículo 608 CC" (GARCÍA GARCÍA, «El artículo...», cit. p. 2132).

87 Advierto que esta postura sobre las anotaciones preventivas por legados distintos a los específicos no concuerda con la que siempre de ha mantenido, según la cual estos derechos pertenecen a una excepción a la prelación que en un momento condicional de la prioridad y tanto ahora proporcional, lo que tal regulación expone a toda demostración, si se me permite la expresión, retropreferencia, ya que sólo jugará en el ámbito de las privilegios.

88 SEMINAROS RECONVALS DE DERECHO HIPOTECARIO DE EXTREMADURA Y VALADOLID-SALAMANCA, ob. cit. p. 64.

89 Cfr. «La certificación con información con tinuada y la información continuada sin certificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 361 (1934), p. 266.

90 En el mismo sentido, cfr. CABALLU DE LOS CAÑOS Y MANCHA, «Circunstancias generales de la procección del consumidor en materia de viviendas, en *Bases y Comunicaciones Presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Cuadro de Estudios Registrales-Collegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, pp. 154-155; MONTANER VÁLEZ, *Derecho inmobiliario registral*, Civitas, Madrid, 2030, p. 138.

91 El carácter *in rem* de esta Orden era cuestionable, no sólo porque amplía en gran medida el alcance normativo del Decreto de 1992, sino porque, y esto era más grave, su pendía el mecanismo de coordinación a una ordenada un vigor de la propia Orden.

92 No obstante, y para el caso de que el contenido estimo suficiente la información real, cabe decirlo, las actuaciones del transcritor o le notaría a prescindiendo de este trámite por lo pactado entre ellos, el Notario podría delegar su actuación inmediata cuando dudara de la vigencia allegada o de la exactitud de la información que dice poseer el adquirente.

93 Trátese en cuenta que desde la reforma legal de 1973, el aviso preventivo convoca en la práctica con un modelo de reserva de prioridad al cello registral. Sobre el juego combinado de ambas figuras, cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho Registral*, Porrúa, México D. F., 1991, pp. 83 y ss.

94 En Derecho argentino, la certificación con reserva de prioridad sólo comenzaría a regir en 1963, para la provincia de Buenos Aires, y cinco años más tarde, para el resto del país. Hasta esos momentos lo único que se previó era la prohibición o suspensión de suscribir actos de transmisión o constitución, sin que tuviera a la vista un certificado existente en el que se reflejara el estado registral de la finca. Sin embargo, ese certificado no basta que los efectos del título, una vez presentado, se reconstruyeran a la fecha de su expedición. En relación con los antecedentes de la legislación argentina en la materia, véase GODO, «Publicidad registral, reserva de prioridad, Ley Hipotecaria española de 1861 comparada con la Ley argentina de 1881», en *Bases y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 1175 y ss.

95 Cfr. PAVONAS, DAVEN y LAURENS, *Trazado de Derecho Hipotecario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 119. Más recientemente, CAMBLASSO advierte que para dilucidar los riesgos y sombras derivadas de la extorsión, «sigu-

nos sistemas han encontrado un instrumento que permite anticipar el momento a partir del cual comenzará a actuar la prioridad, sin necesidad de esperar a que llegue al Registro el título registrable o confiere efectos frente a terceros durante un período de indeterminada. Por este instrumento se permite al titular registral anunciarlo de las inscripciones posteriores y al mismo tiempo evitar el perjuicio que pueda ocasionar al tercer el período de duración que media entre el otorgamiento del acto y su inscripción» (La reserva de prioridad, Ley 16871 de 28 de septiembre de 1997, s. e., Uruguay, 1999, p. 12).

96 Estas medidas eran: 1º) la incorporación de todos los datos jurídicos y económicos inscritos o depositados en los Registros de Propiedad y Mercantiles a bases informáticas para su acceso por vía telemática; 2º) la creación de un sistema de control electrónico que permitiera a los particulares plantear consultas a los Registros sobre cuestiones registrales; 3º) la digitalización de los datos separados y su incorporación a los Registros de la Propiedad para facilitar la identificación de las fincas; 4º) hacer más completa a información registral; 4º) el cambio para la sustracción de los libros registrales por soportes informáticos, sin sustracción de soporte de papel; 5º) la reproducción informática de todas las inscripciones en el Registro, como medio de agilidad del procedimiento; 6º) la creación de una base de seguridad de conservación del archivo; 6º) la progresiva modernización de las oficinas y homogeneización del equipamiento de las mismas; 7º) la paralización del Centro de Proceso de Datos del Colegio de Registradores y de los Decretos Autonómicos para una correcta administración de estadísticas inmobiliarias y actualización de la estadística del Registro con el plan nacional de urbanístico para afectar a los que adquieren un inmueble una información lo más completa posible; 8º) la coordinación del Registro con la legislación realtransaccional y la colaboración con las autoridades para obtener el comparador con información exhaustiva acerca de la situación ambiental de los bienes que adquiere.

97 Más concretamente, se repite avanzada "La firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que sea vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que no sólo varía por medios que el firmante puede mantener en su exclusivo control" (art. 3.2 Ley 39/2003).

98 "P a este momento se estima que la única forma de la actividad de Notarios y Registradores en la que la firma electrónica puede tener una aplicación práctica es la relativa a la emisión de comunicaciones previstas en los artículos 175 y 245 del Reglamento Notarial".

99 La cual se anticipa verdaderamente beneficiosa cuando se debiera notificar la llegada de cualquier título, a los efectos de cumplir con la información contenida del artículo 354 RH. 100 Al respecto, se Resolución Circular de 26 de abril del 2000 se indica por la aplicación para estos casos del artículo 414.3 RH, sobre la recepción de documentos por correo, y del 419 RH, sobre la entrega de un fecho de la presentación.

101 Cfr. «Código y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre el texto de J. M. Rey Barroja», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Barroja*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 711 y ss.

102 Cfr. Un problema de hipoteca: una cláusula de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribible, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 332 (1987), p. 1339.

103 Cfr. García García, «Un problema...», cit. p. 1339.

104 Cfr. «Afectación registral de los préstamos hipotecarios: bases para la fijación de un sistema uniforme», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 338 (1988), p. 1813.

105 Cfr. *La hipoteca (Bases y Comunicaciones del IX Congreso de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 1991, p. 150. Véase GARCÍA GARCÍA (cfr. «Un problema...», cit. p. 1339) habla dicho que la única justificación del pacto

— La producción del hecho jurídico inmobiliario en función del momento...

- era para el período intermedio entre ocupación de la escritura y su inscripción. Sin embargo, por la incertidumbre que una ubicación, tan ambigua como promueve entre los titulares de derechos poseedores, desprecia en todo caso su inscripción.
- 106 Cfr. AVILA NAVARRO, ob. cit., p. 150. Para salvar el inconveniente de la nota de atención fiscal producida por la propia hipoteca que se inscribe, este autor propone la adopción en la escritura de una fórmula referencial por la que se excluya, así como la correspondiente al título de adquisición del hipotecario, cuando éste se hubiera formalizado en el mismo acto o en el momento anterior. (Cfr. AVILA NAVARRO, ob. cit., p. 153). Igualmente, esta solución, por demás lógica, es de igual utilidad con respecto a las cláusulas por cargo o gravámenes de rango prioritario ya vistas.
- 107 Las Resoluciones de 28, 29, 30 de enero y 7 de febrero de 1993 se refieren concretamente a los arrendamientos equiparados sin distinción de verbalización o que, reconociéndola, la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resultara de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más, no cubriera la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta (Cfr. art. 219 RHD). Sobre esta excepción a la no inscribibilidad de las puestas de prohibición de arrendar, véase también la Resolución de 27 de enero de 1986.
- 108 "No puede inscribirse en la publicidad registral quita la oculta engañando a la otra parte", se dice, esencialmente en la Sentencia de 21 de mayo de 1993.
- 109 Cfr. MORE, ob. cit., p. 384.
- 110 SANZ nos explica que también fue usada en cuarenta para no adoptar el régimen registral de la reforma hipotecaria de 1944 (Cfr. Comentarios..., cit., p. 147).
- 111 Cfr. Comentarios..., cit., p. 147.
- 112 A continuación señalada a distintas contingencias jurídicas de la hipoteca, un uno y otro caso. Cuando se hubiera realizado la entrega, se trataría de una hipoteca de tráfico. Si estuviera pendiente, de una hipoteca de seguridad.
- 113 Fue JORDAÑO BARRA, el autor que impulsó de esta tesis para el ordenamiento español. En su opinión (Cfr. *La entrega de los comarcarios*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 137 y ss.), la disciplina real del comodatario, aunque, desde su y presencia no puede justificarse desde el punto de vista del Derecho positivo (Cfr. 1254, 1255, 1258, 1278, 1261, etc.), que admite plenamente la ruptura de la unidad comolográfica entre la conclusión del contrato y la entrega de la cosa. En su demostración señala varias preceptos del Código.
- 114 Conforme se dijo en la Sentencia de 4 de mayo de 1943, "no cabe hablar de contrato de arrendamiento otorgado por los litigantes, puesto que no concurrió en su otorgamiento el necesario requisito exigido por el artículo 1740 CC, de la entrega de la cantidad que había de ser prestada, pero concurrió indudablemente un contrato perfecto de prenda de préstamo, prestatario y garantizador de prestaciones de esta clase con sujeción a lo convenido y creado por ello, de una relación jurídica que obligaba a entregar hasta la total cantidad". (Fue JORDAÑO BARRA (Cfr. ob. cit., p. 141), esta sentencia, al atribuir a ese prestatario los efectos propios que tenía un préstamo mensual definitivo (delimitación de entregar la cantidad recibida), viene a reconocer implícitamente este último. También se pronunció en contra del prestatario de contrato real, entre otros, DE CASTRO Y BLANCO, (Cfr. *La prenda...*, cit., p. 172); ROCA SASTRE, (Cfr. *Contratos...*, cit., pp. 340-341) y DIEZ-PEDRO, (Cfr. *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 140).

6. Referencias Bibliográficas

ALCUBER, Para la crítica del concepto de prenda, en *Revista de Derecho Privado* nº 267 (1993).

ARNÁIZ GUREN, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA Y CANALS BRAGE, *La entrega de la cosa de prenda, su registro y de reserva de propiedad*, in

— *Seguimiento de la práctica jurídica inmobiliaria en jurisdicción del momento.* —

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 621 (1994).

AVILA NAVARRO, *La cancelación de carga por caducidad registral en favor del comodatario y el prestatario de préstamo en Roca-Sanz in Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 631, 1999.*

BADENES CASSET, *La prenda adquirida por el Derecho español: origen, evolución y aplicación*, Jusulí, Barcelona, 1956.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Comentarios generales de la protección del comodatario en materia de vivienda, in Prentaria y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Regional, I, Consejo de Estudios Regionales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Matrículas de España, Madrid, 1992.*

CAMBASSO, *La reserva de propiedad*, Ley 16872 de 28 de septiembre de 1997, s. 2, Uruguay, 1999.

CAMY SÁNCHEZ CARIETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, I, Aranzadi, Pamplona, 1982.

CASADO PAJARES, *El Registro de la Propiedad en Asturias*, (Cien años del sistema foral), in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 368-369 (1993).

CHESSA, *El término de hipoteca sobre financiación de préstamos*, in *Revista Trimestral de Derecho e Hacienda Civil* nº 3 (1998).

CHICO Y ORTIZ, *Ensayos sobre Derecho Registral*, I, Madrid, Pons, Madrid, 2000.

CIAN, *Algunos criterios in tema al sustracción del contrato prelativo*, in *Revista de Derecho Civil* nº 4 (1997).

CORREAS, *La nueva disciplina de la inscripción del contrato prelativo y de la acción prelativa al efecto registral*, in *Revista Trimestral de Derecho e Hacienda Civil* nº 3 (1998).

DE JUAN DE CASTRO, *El Registro de la Propiedad como estructura abstracta de la posesión de cosas de dominio público*, in *Boletín del Colegio de Registradores de España* nº 75 (2001).

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLETEROS, *Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 2000.

DURÁN CORSANEGO, *La propiedad registral anotada y la doctrina de la seguridad jurídica*, in *Anales de la Academia Matrimonial del Notariado*, XXI (1978).

ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, III, 10.

GARRILL, *La prohibición inmobiliaria del comodatario prelativo*, *Revista de Derecho Civil* nº 4 (1997), I.

GARCÍA AMIGO, *Lecturas de Derecho Civil*, II, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

GARCÍA CONL, *La retroactividad y su reserva*, in *La Ley* (Buenos Aires), 1984-C.

GARCÍA CONY FRONTELLI, *Derecho registral aplicado*, Duprat, Buenos Aires, 1993.

GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario según la hipoteca*, I, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario según la hipoteca*, II, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA GARCÍA, *El artículo 1216 del Código civil visto sin ampliación de su alcance y sin efecto de su cambio*, in *Boletín del Colegio de Registradores de España* nº 65 (1999).

HEDESMANN, *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

HENRICH, *El contrato prelativo en la posesión de cosas de dominio público*, in *Revista de Derecho Civil* nº 4 (2000).

JORDANO BARRA, *La categoría de un comodatario real*, Bosch, Barcelona, 1958.

LALAGUNA, *El contrato de prenda de cosas y el sistema convencional*, in *Estudios de*

- Derecho Civil. Obligaciones y contratos.* Reus, Madrid, 1978.
- LOPEZ DE ZAVALLA. *Curso sumodictorio al Derecho Registral. Colegio de Escritores de Zambrana-Vicor de Zavalza*, Buenos Aires, 1983.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, DE PABLO CONTRERAS et al. *Curso de Derecho Civil*, II, Colea, Madrid, 2000.
- MARTINEZ SARRION. *Tratado de las relaciones obligacionales*, J. Ponsch, Barcelona, 1995.
- MARTINEZ VEI FINCOSE. *La prioridad de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: caracteres y efectos, de la Vormerkung*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 637 (2000).
- MENENDEZ MATO. *La oferta contractual*, Anarsadi, Pamplona, 1998.
- MENGGONI. *La publicidad del contrato pnblico e deli contratos consideracioni nei libri fondiari*, in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* nº 3 (1998).
- MESA LAGO. *La reserva de prioridad*, [e. v.], La Habana, 1959.
- MIRANDA. *El sistema Zentnu y la situacion y consecucion de derechos reales inmobiliarios en Austria*, in *Revista de Derecho Notarial* nº 116 (1983).
- MONTERRAT VAI FRO. *Derecho inmobiliario registral*, Civitas, Madrid, 2000.
- MOROTI DESMA. *El precompra*, in *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* nº 116 (1934).
- O'CALLAGHAN MURDOZ Y PEDREIRA ANDRADE. *Introducción al Derecho y Derecho civil pariamental*, II, Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1993.
- PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. *Derecho Registral*, Porrúa, Mexico D. F., 1991.
- PEREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Bosch, Barcelona, 1971.
- PAYONÉS, DASSEN Y LAQUIS. *Tratado de Derecho Hipotecario*, Ahelido-Percoc, Buenos Aires, 1961.
- RODRIGUEZ ADRIADOS. *Valor y efectos de la escritura pública*, in *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.
- RUANO GARCÍA. *Inscripción del derecho de opción. Aspecto sustantivo y aspecto registral* (Examen especial de la opción de compra), in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 376 (1986).
- RUIZ MARTINEZ. *El principio de prioridad*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 265 (1952).
- SAMPURLETO. *Il ripensio dell'annoverazione dell'ordine di grado nel sistema lazionale*, in *Revista di Diritto Civile* nº 5 (1975). II.
- SANCHEZ VEI ARSCO. *Contracto de pignora y pignozas de contratos*, in *Anales de la Academia Matemática del Notariado* t. VI (1952).
- SANTOS BRIZ. *Los contratos civiles. Nueva perspectiva*, Comares, Granada, 1992.
- SANZ FERNÁNDEZ. *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1985.
- SCOTTI. *Censuazione registrali con riserva de prioridad*, *El negocio jurídico en garantía*, in *El Derecho* 167 (1996), Buenos Aires.
- SERRANO ALONSO. *Notas sobre el derecho de opción*, in *Revista de Derecho Privado*, 1979.
- SPOTA. *Instituciones de Derecho Civil*, II, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- TALMA CHARLES. *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996.
- TONDO. *Publicidad inmobiliaria por así inspección e favor accenti depositaria*, in *Il Foro Italiano*, nº 9 (1997), V.
- TORRES LANZA. *Contrato y derecho de opción*, Itimim, Madrid, 1987.
- RAMÓN CHORNET. *Derecho de opción en relación de cargas urbanas y breve apunte sobre su naturaleza real*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 591 (1989).
- ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCINILL. *Derecho Hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1979.
- VIDAL FRANCKS. *La problemática de las condiciones en el Registro de la Propiedad*, Avelar, Barcelona, 1999.
- VILLARES. *El documento privado en el Registro de la Propiedad*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 312 (1954).
- VON THUR. *Derecho Civil*, I-1, RAVA (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1998.
- YAS SOLANES. *El derecho de opción*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1989.

— El procedimiento del juicio judicial inmobiliario en función del momento —