

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Editorial Comares, Granada 2006, 296 pp.**

A todos los que, como a mí, les haya gustado la ya célebre sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, que acaba cerrando un larguísimo ciclo de dudas, incoherencias, medias explicaciones y errores confundidos con la búsqueda de la solución equitativa en el conflicto entre la titularidad registral y la titularidad jurídico-real, les aconsejaría que leyeran ahora con atención el *Derecho inmobiliario registral* de José Antonio Álvarez Caperochipi, para someter a contraste las certezas que parece consolidar esta importante sentencia.

### I

El *Derecho inmobiliario registral* de Caperochipi es una reflexión sobre la propiedad y la publicidad registral hecha por un civilista clásico plagado de fundamentos y reacio a los tópicos más fáciles de la doctrina hipotecarista, pero más –me parece– por una suerte de lúcido iusnaturalismo que por un auto-complaciente positivismo. Fíjense, si no, en la frase que aparece en el último párrafo de este libro: «*La propiedad es en sí misma indefinible. Intentar sistematizarla de modo dogmático es condenarla; limitarla es traicionarla. La propiedad solo se define aquí y ahora, y para un sujeto particular; y además en virtud de elementos de prueba limitados (prescripción, tenencia, título, publicidad, inscripción, etc.) (...) Si la propiedad se define de modo absoluto es condenada porque se hacen evidentes las injusticias de sus principios*».

Lo que hace recomendable la lectura atenta de este contrapunto civilista al conformismo hipotecarista en la interpretación de nuestros artículos 32 y 34 LH es que de manera coherente y clara (y por tanto, expuesta a contradicción y a crítica) inserta el hecho de la inscripción en el sistema de la propiedad y la posesión, sin que éstas acaben engullidas por la fascinación mecánica de las adquisiciones *a non domino*. Para Álvarez Caperochipi el Registro de la Propiedad protege al adquirente de los actos de enajenación y gravamen de los anteriores titulares registrales, así como de las cargas no aparentes que no hayan sido inscritas, pero no *sustituye* a las condiciones y a los requisitos de adquisición de la propiedad: ni siquiera la publicidad registral neutraliza a la publicidad posesoria, sino que, más bien, sólo juega en defecto de ésta. En el centro está la *traditio*, pero la *traditio* real, la entrega de la posesión de la cosa, y el Registro está más bien en la superficie.

El *Derecho inmobiliario registral* de Álvarez Caperochipi puede ser visto como un magnífico *canto de cisne* de cierta civilística abrumada por la facilidad y comodidad de los mecanismos de la publicidad registral. Pero también puede ser percibido como un *freno*, una llamada de atención para que el lector ya seducido por la interpretación más extensiva de los artículos 32 y 34 LH se pare a pensar y procure encontrar fundamentos a la tesis hoy día dominante. Digamos que pone precio, y menudo precio, al triunfo de la publicidad registral como forma generalizada –de hecho– de tradición. Al menos obliga a dar una respuesta a una serie de preguntas inquietantes: ¿qué razones hay para preferir al adquirente que ha consultado el registro frente al dueño arraigado, a través de la posesión, al inmueble en cuestión? Puede haberlas, pero ¿cuáles son? ¿Por qué va a valer más la «fría» publicidad tabular, con frecuencia movida por operaciones especulativas y de ingeniería jurídica, que la consistente y natural publicidad de la posesión? ¿Por qué ese triunfo del «libro (la voluntad política) sobre la realidad»? (p. 6). «¿Se puede crear una realidad registral desconociendo la realidad misma?» (p. 257). De paso, obliga también a preguntarse cómo es posible que se concedan efectos tan agresivos (incluso expropiatorios) a una estructura «montada sobre el aire» (es decir, sin posesión), por no existir un sistema de control registral de la descripción de las fincas ni del primer acceso de las mismas al Registro a través de la inmatriculación.

## II

El *Derecho inmobiliario registral* de Álvarez Caperochipi comienza de golpe, con una brillante introducción sobre el significado de la publicidad, en la que ya se pone énfasis en la necesaria distinción entre la propiedad como realidad y el registro como técnica instrumental. Pero, tras ese primer golpe, el texto avanza poco a poco, desde un plano más bien ordenado y descriptivo, (de la evolución legislativa en España, de la organización del Registro de la Propiedad, del procedimiento registral, del concepto de finca y los asientos registrales) hasta llegar a los tres últimos capítulos en los que, con todos los materiales ya expuestos, reflexiona sobre los efectos de la inscripción (y de la no inscripción). En estos tres capítulos el libro deja de ser un manual para convertirse en una pieza doctrinal. Ya no pretende explicar, sino dialogar críticamente con la doctrina y la jurisprudencia sobre el aspecto que al autor le parece decisivo: el del conflicto entre las dos publicidades, el que enfrenta al titular inscrito sin propiedad, y el poseedor a título de dueño sin inscripción. Aquí el autor se emplea a fondo. Aquí el civilista sale a flote, y enarbola el estandarte de la posesión, entendida como realidad y como arraigo. El Registro es subalterno de la posesión en la protección de la propiedad. La acción real registral es una acción posesoria. La usucapción *secundum tabulas* no es una usucapción tabular, sino posesoria. El Registro no garantiza adquisiciones, sino que garantiza al adquirente la inoponibilidad de lo que carece de publicidad posesoria y registral, y de las deficiencias del título de quien le transmite. Se aplaude la distinción clásica de no pocas sentencias del Tribunal Supremo entre la doble venta (en la que la inscripción de buena fe supone tradición) y la venta de cosa ajena (si ya existió tradición posesoria, el segundo comprador no adquiere nada aunque inscriba). Y la consecuencia es muy clara: no es que el artículo 32 LH sea complemento del artículo 34 LH, sino justo al contrario: en el centro está la inoponibilidad, y el artículo 34 sólo rodea y completa esa

protección para un caso concreto. La publicidad registral no justifica adquisiciones *a non domino* más que en el caso de desarraigo posesorio del *verus dominus*, es decir, sólo en el caso de inexistencia de publicidad *posesoria* contraria a la publicidad registral. Y, por último, el artículo 33 LH, largamente entendido, acaba rematando la prevalencia de lo civil sobre lo hipotecario: la inscripción no subsana ninguna ineficacia: ni la derivada del defecto de validez intrínseca del título, ni tampoco la derivada de la falta de poder de disposición («*la venta de una cosa vendida anteriormente cuando es evidente que el anterior adquirente ha consolidado de forma notoria su titularidad ha de asimilarse a los actos radicalmente nulos que no se convalidan por la inscripción registral*», p. 249). Y naturalmente, la adquisición por subasta judicial derivada de embargo de finca inscrita a nombre del deudor pero perteneciente a un tercero, es una adquisición nula y no convalidable a favor del tercero hipotecario. Justamente lo contrario de lo que por fin acaba de decir, unificando doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 5 de marzo de 2007 cuyo comentario a cargo de Álvarez Caperochipi es urgente.

### III

No soy especialista en Derecho hipotecario, aunque llevo años enredado superficialmente en los artículos 32, 33 y 34 LH. Saludé con aplausos la STS de 5 de marzo de 2007 antes de leer detenidamente a Álvarez Caperochipi, porque formo parte de legión de civilistas que ha decidido creer que, sea cual fuere el sentido originario de los artículos 32 y 34 LH, en la actualidad vienen a suponer que en materia inmobiliaria la publicidad registral sustituye a la publicidad posesoria, y que esto es así precisamente porque la publicidad posesoria como factor de seguridad en el tráfico jurídico es (justa, pero) deficiente y costosa; ello sin perjuicio de la prueba de la mala fe, es decir, sin perjuicio de la prueba a cargo del titular de un derecho extrarregistral de su posibilidad cierta de conocimiento por el adquirente con la diligencia exigible. Desde este armazón de conceptos, la lectura de la obra de Álvarez Caperochipi me ha suscitado algunas consideraciones, que me atrevo a formular en tres aspectos:

a) En primer lugar, el ámbito de los artículos 32 y 34 LH es lindante de un problema apenas tratado en el libro, que es la interpretación exacta de la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2.º CC. Es muy de suponer que para Álvarez Caperochipi el otorgamiento de escritura pública no «equivale» ontológicamente a la entrega, sino que sólo es un medio de prueba de la misma. Es de suponer que, en su opinión, si no hay entrega efectiva de la posesión, no hay tradición, ni mucha ni poca, porque de lo contrario la fuerza de resistencia que el autor atribuye a la publicidad *posesoria* frente a la publicidad registral, menguaría extraordinariamente: en efecto, si se admite –como a mi juicio por lo menos «permite» el art. 1462.2.º CC– la tradición por el solo hecho del otorgamiento de escritura pública, habría una propiedad sin posesión, y por lo tanto sin publicidad, perfectamente vulnerable a la aparición de terceros adquirentes de buena fe. En el ámbito de la propiedad rústica el fenómeno puede ser menos frecuente, pero en el ámbito de la construcción el problema es cotidiano. ¿No serviría, entonces, el juego de los artículos 32 y 34 LH para consolidar adquisiciones *a non domino* en todos los casos en que el verdadero dueño lo sea por adquisición mediante escritura pública pero sin posesión? ¿No justifica el artículo 1462.2 CC (que existir, existe, y

al menos procesalmente está permitiendo prescindir de la prueba de la posesión para dar por dueño a una persona) una lectura más amplia de los artículos 32 y 34 LH acordes con un mayor protagonismo de la publicidad registral?

b) En segundo lugar, el artículo 33 LH. He defendido hace tiempo que es un error la confusión (o la equiparación) de la nulidad a que se refiere este precepto, con la ineficacia transmisiva derivada de la falta de poder de disposición. Con Gordillo entiendo que la nulidad del artículo 33 LH es la misma que la que, conforme al artículo 1953 CC, inhabilita a un título para servir de base a la usucapión corta u ordinaria. Del mismo modo que el adquirente *a non domino* de buena fe puede hacerse propietario gracias a la usucapión en el Código civil, también puede hacerse propietario gracias a la inscripción (con todos los requisitos del art. 34 LH). La confianza en el Registro y el carácter oneroso de la adquisición suple la necesidad de posesión ininterrumpida durante diez años, y ello, es cierto, supone el riesgo de una cierta *volatilización* de la propiedad, al servicio de intereses especulativos que desnaturalizan la misma propiedad, pero ello puede llamar hacia una mejora de los mecanismos de acceso al Registro (descripción de las fincas y exigencias de inmatriculación), más que a una limitación interpretativa de los efectos de la inscripción.

c) En tercer lugar, y sobre todo, la buena fe. Después de leer el *Derecho inmobiliario registral* de Álvarez Caperochipi, aún desde los postulados conceptuales que él combate, hay una conclusión que se impone: la buena fe a que se refiere el artículo 34 LH no es la que se define en el artículo 1950 CC («*creencia*»), sino aquella que subyace en el apartado a) del artículo 36 LH. La buena fe del adquirente se presume, pero puede probarse su inexistencia si se acredita que una tercera persona distinta del titular posee la cosa al tiempo de la adquisición y que el adquirente, según sus circunstancias, «*tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer*» esa posesión. A mi juicio está claro que la fuerza de los acertados argumentos de Álvarez Caperochipi sobre la necesidad de una contención institucional en la atribución de efectos a la publicidad registral no debe circular por una expansión del artículo 33 LH, considerando nulos los títulos de transmisión otorgados por quien carece de disposición sobre el inmueble, sino por una más exigente concepción de la noción de buena fe. A tal efecto, las consideraciones que aparecen en las páginas 271 a 275 del libro adquieren el máximo interés. La clave está en cuál es la buena fe que ha querido protegerse, como expresión de la seguridad del tráfico, con los artículos 32 y 34 LH. Es una buena fe más exigente que la del artículo 1950 CC, porque el tercero hipotecario adquiere instantáneamente, y no por efecto de una posesión pacífica e ininterrumpida durante diez años. Pero está ahí, en la buena fe, y no en el artículo 33 LH, el instrumento para evitar que al amparo de la publicidad registral resulten protegidos intereses especulativos. En el conflicto entre la propiedad y la apariencia registral, los artículos 32 y 34 LH ponen el acento en el valor de la publicidad formal; en el conflicto, en cambio, entre apariencia registral y «posesión contraria», el conflicto ha de librarse en el terreno procesal de la prueba de la mala fe. Pero para ello, es cierto, debe reconsiderarse la ligereza con la que muy frecuentemente la jurisprudencia se conforma con la presunción de buena fe.

Miguel PASQUAU LIAÑO  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Granada