

# La protección del tráfico jurídico inmobiliario en función del momento concluyente para la prioridad registral: estudio del modelo español a partir de sus desenvolvimientos actuales \*

Por **Gabriel de Reina Tartière**

I. La inseguridad en la contratación inmobiliaria. Planteamiento general del problema. II. Seguridad preescrituraria 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* italiana; c) la *notice* y el *caveat* australianos. 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 inscripción del precontrato como alternativa. III. Seguridad postescrituraria y retroprioridad. IV. Soluciones globales *de lege lata*: A. La información continuada previa solicitud; B. La coordinación entre notarios y registradores: 1. La certificación

---

\* Especial para *Revista del Notariado*.

anterior a la escrituración y la información continuada interina; 2. El preaviso notarial; 3. El empleo de las nuevas tecnologías. C. Los medios negociales.

## I. La inseguridad en la contratación inmobiliaria. Planteamiento general del problema

Siempre se ha considerado un serio riesgo para el adquirente o acreedor hipotecario el lapso que transcurre desde el momento en que se informa de la situación registral de la finca hasta aquel en que inscribe definitivamente su título. Si el asiento de presentación es el criterio adoptado para la asignación de la prioridad, puede pasar que, justo antes de tener acceso registral un determinado derecho, lo hagan otros no tenidos en cuenta a la hora de su formalización. Supongamos que una persona presta una cantidad de dinero a otra y ésta garantiza 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. Éstos son tan sólo dos ejemplos de lo que puede llegar a suceder. Se comprende, entonces, la importancia del problema.

Para corregir esta clase de desviaciones 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 su otorgamiento, se habrían de considerar registradas en la fecha de éste. Sólo cuando se dejara transcurrir ese plazo, la prioridad vendría a determinarse por la fecha de la presentación. Se entiende ahora por qué la retroprioridad ha sido calificada de protección registral *in itinere* o postescrituraria <sup>1</sup>. Por su parte, la llamada reserva de prioridad pretende adelantar los efectos de la registración a una fase anterior a la del propio otorgamiento, a la de los trámites de negociación previa entre las partes.

Pues bien, al contrario de lo que sucede en la inmensa mayoría de los países donde impera la publicidad registral, en España no se cuenta con ninguna de ambas figuras. Pero esto no significa que el fraude inmobiliario campee a sus anchas. Antes bien, como se demostrará en las siguientes páginas, la salud de su sistema, 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 adecuada.

(1) Cfr. García Coni, «La protección registral preescrituraria», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1993, p. 239.

## II. Seguridad preescrituraria 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 solicitud del titular registral, la certificación con reserva de prioridad y la preanotación. Desde ahora debe destacarse que en su funcionamiento no manifiestan grandes diferencias. Incluso, muchas veces se hace difícil distinguir ante cuál nos hallamos. Esta circunstancia se debe a que la problemática de la reserva de prioridad es única. Así, cuestiones como quién está legitimado para solicitarla, 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 sea utilizado para actos no voluntarios o las operaciones a practicar por el Registrador, una vez haya ingresado el negocio anunciado, habrán de encontrar respuesta en la concreta regulación de recepción de que se trate.

No obstante, sí cabría atender, no ya en relación con alguna de esas modalidades, sino con su normativa de referencia, al hecho de que la reserva provoque el bloqueo del Registro, paralizando su actividad durante un breve espacio de tiempo o, por el contrario, autorice la inscripción de otros derechos, siquiera condicionada a que el acto para cuya formalización fue concedida, se presente en plazo. Con todo, lo que debe quedar claro es que la reserva, en cualquiera de sus tipos conocidos, produce siempre un anuncio en el Registro respecto del 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 anotación preventiva para una inmediata transmisión o gravamen, precisando, en este último caso, el montante máximo del que ha de responder la finca. No es necesario que señale al futuro adquirente o acreedor. Igual facultad tiene el acreedor hipotecario que pretenda ceder o cancelar su crédito. Es la llamada *Rangsortdnunganmerkung* (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 solicitó <sup>2</sup>. Si transcurre ese plazo sin que se haya inscrito el negocio, la anotación deviene ineficaz y se cancela de oficio. El adquirente deberá adjuntar a su título la copia de la resolución de concesión de la reserva, estando legitimado para pedir, durante los catorce días siguientes a la inscripción, la cancelación de los derechos inscritos con posterioridad a la anotación <sup>3</sup>.

(2) El § 56.2 GBG expresa que la inscripción en el rango reservado no encuentra obstáculo alguno en la transmisión a un tercero del inmueble o crédito hipotecario.

(3) Lo que no dice la ley austríaca es qué sucede cuando el adquirente no solicita la cancelación de esos derechos; de su dicción, lo más apropiado pasaría por entender que renuncia implícitamente al beneficio reportado por la reserva.

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 GBG dispone que la reserva de prioridad sólo se impondrá a una eventual declaración de quiebra, y, por extensión, a una demanda judicial o anotación de embargo, cuando la transmisión o gravamen se haya celebrado, instrumentado con anterioridad.

La *Rangsortnunganmerkung* también se permite, bajo la denominación de *annotazione dell'ordine di grado*, en el régimen italiano del *Libri Fondiari*, el cual pervive en aquellas provincias que en su día formaron parte del imperio austrohúngaro <sup>4</sup>. Esta legislación introduce algunos cambios. Así, el plazo de ejercicio de cincuenta 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 concursal <sup>5</sup>.

## 2. El certificado con reserva de prioridad

Es éste el recurso que recoge la legislación y que, por ser sobradamente conocido en su dinámica, lo que exime de tener que profundizar en su régimen o problemática. Simplemente conviene advertir que el certificado, mejor dicho, su solicitud se establece como una obligación expresa e ineludible para el escribano que vaya a autorizar toda “transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles” (art. 23 ley 17801), facilitando que aun antes de que exista como tal, esto es, de que el título sea efectivamente instrumentado, pueda anticiparse su conocimiento por terceros en función de la anotación que de haberse despachado la solicitud habrá de rubricar el registrador en el folio correspondiente (cfr. art. 25 ley 17801). Pese a su nombre, por tanto, el certificado no constituye un simple medio de publicidad formal, al estilo de los informes que el Registro emite 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 podrá activar el mecanismo por sí mismo, sin la preceptiva intermediación de un escribano y sin que subyazca un negocio jurídico-real que lo justifique.

## 3. La anotación del negocio en gestación

Con el término de “preanotación” se define el asiento registral previsto para anticipar en su registración una operación todavía no concluida o que,

(4) 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 Fondiari* que éste incorpora, en el cual destacan el carácter constitutivo de la inscripción y los principios de legalidad, legitimación, tracto sucesivo, fe pública y prioridad.

(5) Para una comparación entre las regulaciones austríaca e italiana, *vid.* Samprieto, «Il ripristino dell'annotazione dell'ordine di grado nel sistema tavolare», en *Rivista di Diritto Civile* nº 5 (1975), II, pp. 592 y ss.

por diferentes motivos, no puede llegar a inscribirse definitivamente <sup>6</sup>. 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. En nuestro ordenamiento, sería el caso del boleto de compraventa en aquellas jurisdicciones donde se admite a inscripción. La inscripción del contrato definitivo retrotraería sus efectos a la fecha de la preanotación, de tal manera que los actos y negocios inscritos en el intervalo podrían llegar a ser cancelados. La preanotación es el tipo de reserva de prioridad por antonomasia, pues se adopta en la mayor parte de los sistemas registrales. Se mencionarán, a continuación, algunos ejemplos destacados.

a) La *Vormerkung* alemana

En virtud del § 883 BGB, la preanotación (*Vormerkung*) viene a tutelar la expectativa de derechos surgida de un contrato para cuya perfección falta algún trámite <sup>7</sup>. 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 <sup>8</sup>. Así, por un lado, será expectativa el estado intermedio que va desde que las partes convienen la transmisión de la propiedad (acuerdo abstracto o *Einigung*) hasta que se inscribe finalmente en el Registro <sup>9</sup>. Por otro, también habrá de tenerse por

(6) García Coni y Frontini (cfr. *Derecho registral aplicado*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 160, nota 2) llaman la atención sobre la incorrección de llamar “preanotación” a lo que es una verdadera anotación. No obstante, el concepto sirve, al menos, para no confundir este tipo especial de asiento, destinado a cubrir la prioridad del negocio en gestación, con aquellos generalmente admitidos de duración temporal (anotaciones preventivas). Merece la pena recordar, siquiera simbólicamente, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, donde se justificaba el término de “anotación preventiva” con las siguientes palabras: “la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta denominación a las inscripciones de los derechos reales, que aún no han llegado a su perfección, ni están consumados, o que son eventuales o transitorios, o que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico lo adopta con el nombre de *predotación* (sic)”.

(7) El precepto establece: “para la seguridad de la pretensión de constitución o extinción de un derecho sobre una finca o sobre un derecho que grava la finca, o de modificación del contenido o del rango de semejante derecho, puede ser practicada en el Registro una preanotación”.

(8) Por esta importante función, García García (cfr. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 384 y ss.) considera que la *Vormerkung* es un medio adecuado para atenuar la abstracción del sistema inmobiliario alemán, habilitando una acción de restitución para el comprador que se vea defraudado.

(9) Cfr. Von Thur, *Derecho Civil*, I-1, Ravá (Trad.), Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 191-192.

tal la situación que se da entre la celebración del contrato causal (v. gr. compraventa) y aquel acuerdo traslativo. Como el *Einigung* otorga al adquirente la facultad de solicitar la inscripción y completar de este modo la transmisión, resulta que únicamente el segundo de los supuestos plantea 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*<sup>10</sup>.

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 conste en escritura pública<sup>11</sup>. El efecto principal de esta medida es la retroacción de los efectos del derecho, una vez inscrito, 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 registralmente su derecho (cfr. § 888.1 BGB).

Con respecto a los derechos de garantía, la *Vormerkung* se ve desplazada por la hipoteca de propietario, que en la práctica cumple igual función. En puridad, 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 inmobiliaria, según permite el § 1196 BGB<sup>12</sup>.

---

(10) La investidura o *Auflassung* es el acto, concretado hoy en día en el *Einigung*, por el que el propietario se despoja de su señorío en favor del adquirente. Para un estudio completo y actualizado sobre la función que en este sentido cumple la *Vormerkung*, consúltese: Martínez Velencoso, «La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: caracteres y efectos de la *Vormerkung*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 657 (2000), pp. 665 y ss. Medicus, por su parte, da una idea de la frecuencia y utilidad de las anotaciones preventivas de investidura: no sólo garantizan al comprador que la propiedad le será transferida, también evitan que el propietario se despoje de la propiedad antes de haber sido pagado (cfr. *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, edición española de Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, p. 432).

(11) Tal y como prescribe para los negocios inmobiliarios el § 313 BGB. Para Wolff (cfr. Ennecerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, III-1º, Pérez González, y Alguer [trad.], Bosch, Barcelona, 1971, p. 296, nota 4) la “anotación preventiva de transmisión formal” (*Auflassungsvormerkung*) viene a amparar la pretensión del comprador de que el vendedor le transmita la propiedad, y esa pretensión no existe, si en el contrato de compraventa no ha intervenido un notario o una autoridad judicial. En el mismo sentido, Hedemann, para quien el contrato de compraventa debe ser válido en sí mismo, y en especial, haber sido documentado (cfr. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, pp. 103-104). El § 313 BGB permite obviar el requisito de titulación pública para el negocio obligatorio sólo si ya se han realizado la investidura y la inscripción, por lo que, en consecuencia, impide que un documento privado pueda provocar la práctica de una anotación de investidura (cfr. Von Thur, ob. cit., p. 192, nota 25).

(12) En este punto, Hedemann recoge una Sentencia de 1936 cuyos pronunciamientos ayudan a comprender la trascendencia práctica de la deuda inmobiliaria: “Si con vistas a un préstamo en perspectiva, y sobre la base del acuerdo entre el propietario y el futuro prestamista, se inscribe una hipoteca, surge inicialmente, con arreglo al § 1163, párr. I ap. 1, en relación con el § 1177, párr. I, BGB, una deuda inmobiliaria de propietario sujeta a condición resolutoria de que se verifique la entrega del préstamo. Con el cumplimiento de la condición resolutoria, esto es, con el nacimiento del crédito emanado del préstamo, la deuda inmobiliaria de propietario se transforma, *ipso iure*, en una hipoteca a favor del acreedor inscrito” (ob. cit., p. 459).

b) La trascrizione del contratto preliminare italiana

Con igual objetivo de proteger al futuro adquirente de los posibles actos traslativos o de gravamen que fraudulentamente pudiera convenir el propietario una vez se hubiera estipulado la transmisión de la propiedad <sup>13</sup>, el Derecho italiano permite la transcripción del contrato preliminar o precontrato <sup>14</sup>. Se trata de una medida reciente, pues fue incorporada por el decreto ley 669/1996, 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 entretanto contra el promitente (cfr. art. 2645 bis 2 *Codice*). Si el promitente incumple, podrá presentarse la sentencia que se pronunciara a favor del promisorio (cfr. art. 2932 *Codice*) <sup>15</sup>. La regla general cuenta con dos importantes excepciones. Por la primera se establece, con el mismo espíritu de otras figuras hipotecarias (*v. gr.* posposición, anotación por créditos refaccionarios), que la hipoteca inscrita sobre un inmueble en proceso de construcción prevalezca sobre la transcripción anterior del contrato preliminar (cfr. art. 2865 bis *Codice*) <sup>16</sup>.

La segunda excepción opera en los procesos concursales. Contrariamente a lo que ocurre en el Derecho alemán, donde por el juego de la *Vormerkung* 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 transcrito, en cuyo caso el promisorio se considerará como acreedor

(13) Cfr. Henrich, «Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca», en *Rivista di Diritto Civile* n° 5 (2000), pp. 703 y ss.

(14) Sobre la registración del contrato preliminar, *vid.* Cian, «Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare», en *Rivista di Diritto Civile* n° 4 (1997), II, pp. 377 y ss.; Gabrielli, «La pubblicità immobiliare del contratto preliminare», *Rivista di Diritto Civile* n° 4 (1997), I, pp. 529 y ss.; Tondo, «Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi», en *Il Foro Italiano*, n° 9 (1997), V, pp. 272 y ss.; Mengoni, «La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* n° 3 (1998), pp. 993 y ss.; Chessa, «Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* n° 3 (1998), pp. 999 y ss.; Corrias, «La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c. d. preliminare ad effetti anticipati», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* n° 3 (1998), pp. 1005 y ss.

(15) El *Codice* contiene dos referencias expresas al contrato preliminar. El artículo 1351, que establece la nulidad de este contrato cuando no se hubiera celebrado en la misma forma prescrita para el definitivo, y el 2932, cuyo texto dice lo siguiente: «Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. Si aquel que está obligado a concluir un contrato, no cumple, la otra parte, siempre que sea posible y no lo excluya el título, podrá obtener una sentencia que produzca los mismos efectos que el contrato inconcluso. Si se trata de contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o transmisión de otro derecho, la demanda 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, a menos que la prestación todavía no sea exigible».

(16) Este límite fue introducido por la ley n° 30, de 28 de febrero de 1997, de conversión del decreto ley de 1996.

especialmente privilegiado para el reintegro del numerario anticipado (cfr. art. 72 de la *Legge Fallimentare*)<sup>17</sup>.

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, la relación jurídica –una donación transcrita provisionalmente no puede dar cobertura a una posterior compraventa– y sujetos, salvo que se tratara de un contrato por persona a nombrar<sup>18</sup>. Por otra parte, los interesados no están obligados a concluir el contrato proyectado, por lo que podrán cancelar la transcripción del preliminar prestando ambos su consentimiento. Si no se ponen de acuerdo, decidirán los Tribunales (cfr. art. 2668 *Codice*).

c) La notice y el caveat australianos

También el sistema Torrens incorpora instrumentos del tenor que viene describiéndose. Me refiero a los institutos de la *notice* y el *caveat*<sup>19</sup>. La *notice* está regulada por la legislación más reciente<sup>20</sup>. Así, en Tasmania se habla de *priority notice*<sup>21</sup> y en Queensland, de *settlement notice*<sup>22</sup>. 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 ciernes (compraventa, hipoteca etc.), el derecho inscrito objeto de la operación y el nombre y dirección del futuro adquirente (*transferee*). La mención de esa dirección es imprescindible para la práctica de notificaciones en relación con futuras incidencias, como podría ser la impugnación judicial de la *notice* por un tercero.

La *notice* pierde su eficacia, sin que se pueda instar 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 trate de una anotación derivada de un procedimiento contencioso, en cuyo caso la

(17) Cian (cfr. ob. cit., pp. 379 y ss.) hace, incluso, una discutible extensión de esa disposición en relación con la ejecución 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 transcripción 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 transcrito.

(18) Cfr. Gabrielli, ob. cit., p. 538.

(19) En una fase posterior, se posibilita que toda persona que sufra un perjuicio por haber confiado en un *official search* (certificado 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 estos casos.

(20) Antes, llamaba la atención Miranda sobre la inexistencia en el sistema Torrens de certificaciones con bloqueo registral (cfr. «El sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia», en *Revista de Derecho Notarial* n° 116 [1982], p. 181).

(21) Cfr. art. 52 de la *Land Titles Act* de 1980.

(22) Cfr. arts. 138 y ss. de la *Land Title Act* de 1994.

duración será fijada por el Tribunal. Además, se recoge la responsabilidad civil del que haya instado una *notice* sin justa causa.

El efecto ordinario de la *notice* 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 tendrán el rango que les correspondería, si la *notice* no se hubiera practicado <sup>23</sup>. No obstante, esta regla general cuenta con algunas excepciones, entre las que destaca el *caveat*, de tal manera que la *notice* no podrá evitar que se tome nota del interés contradictorio que aquél supone <sup>24</sup>. Esta limitación hace que se cuestione seriamente la utilidad de un mecanismo incapaz de alcanzar el objetivo que pretende cumplir.

No sólo por esta última apreciación, sino por ser un instituto plenamente consolidado en todo el ordenamiento inmobiliario australiano <sup>25</sup>, el *caveat* presenta un mayor interés, hasta el punto de que viene a actuar a modo de reserva de prioridad a favor de negocios jurídicos en formación en aquellos Estados carentes de una normativa específica al respecto. Por ello, no debe llamar la atención el paralelismo que existe entre el *caveat* y la *notice*; vienen a ser muy similares sus reglas sobre legitimación, efectos, mecánica registral, cancelación, límites y responsabilidad.

Cualquier persona con un interés legítimo (*legal or equitable interest*) sobre la finca (*caveator*) <sup>26</sup> puede presentar un *caveat* por el cual se impida, hasta que no sea cancelado, la registración de los títulos que se presenten posteriormente <sup>27</sup>. No obstante, el *caveator* puede consentir la registración de un título en concreto. El titular que ve restringido su poder de disposición, o cualquier otra persona que reclame algún derecho sobre la finca (*caveatee*), tiene, en su defensa, la acción de remoción del *caveat* <sup>28</sup>.

En cuanto a la duración del *caveat*, no se recoge, como para la *notice*, un plazo de caducidad. Para evitar que se eternice una situación, de importantes

(23) Como prescribe el artículo 150 de la *Land Title Act* de 1994 de Queensland.

(24) Expresamente, el artículo 151 de la ley de Queensland. Esta preferencia del *caveat* no se da en el caso de la *stay of registration*, de manera que el *caveat* presentado en el plazo de cuarenta y ocho horas tras la expedición de la certificación registral ha de verse postergado al título acogido a aquel beneficio (cfr. art. 149 de la Ley de Australia Occidental de 1893).

(25) Cfr. arts. 74 de la *Real Property Act* de 1900 de Nueva Gales del Sur, 191 de la *Real Property Act* de 1893 de Australia del Sur, 121 a 131 de la *Land Title Act* de 1994 de Queensland y 133 a 138 de la *Land Titles Act* de 1980 de Tasmania.

(26) Se incluye, por tanto, la posibilidad de que sea el propio titular el que presente el *caveat*, lo que le será muy útil para casos en los que hubiera sido engañado en alguna transacción o hubiera perdido su certificado de título; cfr. Casado Pallarés, ob. cit., pp. 154-155.

(27) Cabe también que el *caveat* 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).

(28) Este procedimiento es, por regla general, judicial, aunque algunos Estados posibilitan una vía alternativa ante el registrador. Sobre la desjudicialización del *caveat*, vid. Casado Pallarés, ob. cit., pp. 153-154.

efectos, pero que no deja de ser provisional, se establece para el *caveator* la obligación de ingresar en un plazo determinado título fehaciente que acredite haber interpuesto su demanda <sup>29</sup>, y siempre que el *caveatee* no hubiera presentado antes su acción de remoción <sup>30</sup>. Se antoja, así, imprescindible la actuación del registrador ya que a través de su calificación podrá evitar que se registre un *caveat* insuficientemente fundado, y más considerando que en el sistema Torrens no se exige titulación pública para la inscripción.

Como ya he dicho, aunque su naturaleza originaria sea puramente contradictoria, el *caveat* también puede servir en el Acta Torrens para proteger registralmente a contratos *in fieri* <sup>31</sup>. 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 registral. Ese negocio de disposición consiste 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 propiedad <sup>32</sup>. La anotación del *caveat* impedirá que el propietario de una finca pueda lesionar las expectativas generadas para un futuro adquirente, en tanto y en cuanto no le sean entregados esos documentos <sup>33</sup>.

#### 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 Derecho español. Antes, parece adecuado acercarse

(29) Tres meses en Queensland y Nueva Gales del Sur, por ejemplo.

(30) Si se solicita la remoción, el *caveator* tendrá que acreditar su derecho en un plazo mucho más breve, contado desde la notificación de aquélla (catorce días en Queensland o veintiuno en Australia del Sur).

(31) "El *caveat* ha venido a ser considerado como una forma de registración provisional 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 propietario, que transformará su derecho provisional o de equidad en propiedad registrada. El efecto que cumple es el de notificar al que lo presentó, en la dirección 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 *caveat*, que además, puede ser prorrogado por los Tribunales" (Seminarios Regionales de Derecho Hipotecario de Extremadura y Valladolid-Salamanca, «Certificación registral con reserva de prioridad», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 33-34).

(32) Cfr. Miranda, ob. cit., pp. 148 y ss.

(33) Según Miranda (cfr. ob. cit., p. 180), al adquirente, hasta el momento de la inscripción de su título le corresponde un derecho únicamente oponible frente a la otra parte, pero no frente a otro adquirente de buena fe y a título oneroso. El *caveat* es justamente el remedio que la equidad habilita para amparar ese derecho, de tal manera que el titular registral se vea comprometido por las obligaciones ya asumidas con el *caveator* y se le impida, por ejemplo, celebrar una segunda venta.

a las distintas propuestas que se han sucedido en la materia, las cuales, aparte de resucitar, de cuando en cuando, el interés por la cuestión, han puesto de manifiesto sus verdaderas implicaciones. El epígrafe terminará con una seria revisión de los postulados tradicionalmente admitidos, en cuya virtud se invita a considerar la preanotación como el tipo de reserva más acorde con las bases del sistema.

## 1. Propuestas legislativas

### a) La "clausura 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 "clausura del Registro"<sup>34</sup>. El artículo 9 de aquel texto se pronunciaba en los siguientes términos:

"El dueño del dominio o de cualquiera 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 á su finca ó derecho y que sea posterior á la fecha de su solicitud.

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

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

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

Consistía, como vemos, en una certificación con auténtico cierre registral, en la que destacaban varios aspectos: la exclusiva legitimación del titular registral para su solicitud, la limitación de este mecanismo a los actos de carácter voluntario, exceptuándose, por tanto, los mandamientos judiciales, la ausencia de una regulación más detallada de los efectos de este cierre con respecto a los

(34) Sigo la tramitación legislativa tal y como se recoge en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes 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 novedad: "La posibilidad de que expedida por el registrador certificación referente á una finca sobre que se va á contratar, se inscriban después transmisiones ó modificaciones del dominio, produce siempre incertidumbre y constituye un peligro para el tercero, que la Comisión procura evitar en lo sucesivo, proponiendo que todo el que tenga inscrito el dominio ó cualquiera otro derecho real pueda pedir que se cierre el Registro para toda otra posterior inscripción relativa á su derecho, y que cerrado quede hasta que con el título que se pretenda inscribir se presente la certificación de la clausura" (*Leyes...*, cit., II, p. 239).

actos que accedieran al Registro con posterioridad a éste, 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. Éste fue uno de los temas principales de la discusión parlamentaria, el cual haría que, a la postre, se malograra su adopción.

El senador Sánchez Román criticó con severidad la fórmula. Se trataba de un medio limitador de la libertad de contratación, que sustraía durante un tiempo al titular de la posibilidad de disponer del derecho inscrito en sentido contrario al expresado en el certificado, por lo que se prestaba a prácticas usu-reras. En sus propias palabras, no era más que un secuestro autónomo de la voluntad personal<sup>35</sup>. Y claro está, la conclusión lógica era la consideración del certificado de clausura como un título público transmisible, muy al estilo del certificado de título característico del sistema Torrens<sup>36</sup>.

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 estuviera pendiente de registración. Igualmente, se previó el supuesto de que ingresara un título anterior 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 éstas tuvieran oportunidad de determinar una hipotética responsabilidad criminal<sup>37</sup>.

El texto, no obstante el cambio de la Legislatura, se trasladó al Congreso de Diputados, donde se dictaminó la no inclusión de la “clausura” por los abusos que de una regulación poco sosegada e incompleta de ésta podría derivarse<sup>38</sup>. 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

---

(35) “Y ahora dice el dueño: «quiero yo, que con la misma facultad, ya que con una sola palabra mía se clausuró el registro, que me deis el derecho de reapertura», y á eso decís vosotros: «no». ¿Pero qué es esto? ¿Qué fuerza hay aquí, y qué título superior que saca las cosas de la esfera de acción de poder, en suma, que el dueño tiene? Si el dueño tiene poder para clausurar un registro ¿por qué no ha de tenerlo para abrirlo de nuevo, y no que le hacéis tropezar con un obstáculo formal. De modo qué, ¿yo soy soberano para hacer una cosa y no lo soy para des-hacerla, por un obstáculo puramente formal, mera expresión de mi voluntad soberana, que es el documento que la consigna, que es la certificación del registrador que lo cerró? Se me pide como indispensable algo que tiene puramente un carácter puramente material, de prenda, de estorbo, que es la presentación del documento mismo. Pues ¿no lleva el registrador libros de asiento y de las certificaciones que expide? No es el mismo dueño el que pide eso?” (*Leyes...*, cit., II, p. 337).

(36) La defensa corrió a cargo de Álvarez Guijarro, para quien el cierre indudablemente favorecería el crédito territorial. En su opinión, no se podía hablar de «suicidio de la voluntad»: “el que tiene la certificación ¿para qué quiere tener el Registro abierto? Para inscribir el título á cuyo otorgamiento concurra. ¿Le sirve para algo á él, al dueño de la finca, del inmueble ó del derecho real, le sirve para algo el que el Registro esté abierto ó cerrado, como no sea para que pueda llevarse allí un título para inscribirlo?” (*Leyes...*, cit., II, p. 345).

(37) Cfr. *Leyes...*, cit., II, pp. 565-566.

(38) Sin embargo, se dejó constancia de que para una futura regulación en la materia sería imprescindible que ésta señalara un plazo de caducidad para el certificado (cfr. *Leyes...*, cit., II, p. 628).

no dar el dinero hasta que se acreditara la situación registral de la finca en los términos que se habían 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 1944<sup>39</sup>, se valoró la posibilidad de establecer el bloqueo del Registro durante un período 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 equivalía a negar a los interesados durante un período de tiempo la posibilidad de dirigirse contra los inmuebles inscritos”<sup>40</sup>.

## 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 conveniencia 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 posiciones –a favor o en contra– que la hacen aún más interesante. Anticipando que el sector crítico parece haberse impuesto, al menos por el momento, merece la pena acercarse a la opinión de quienes más se han destacado en su defensa. 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 culminantes. El primero, tras la reforma hipotecaria de 1944-1946, cuando los autores reivindicaron la fórmula, tras comprobar cómo el legislador, mejor dicho, la Comisión que se encargó de su redacción, había desaprovechado aquella oportunidad para introducirla. 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 seguir<sup>41</sup>.

(39) Formaban parte de aquella Comisión: José María Porcioles, Jerónimo González, Eduardo López Palop, Ángel Traval (sustituido más tarde por Raimundo Noguera), Cirilo Genovés, José Alonso Fernández y Ángel Sanz Fernández.

(40) Sanz Fernández, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1945, p. 147.

(41) En las conclusiones del Primer Congreso Internacional, que tuvo lugar en Buenos Aires dos años antes, ya se percibía la enorme influencia de nuestra legislación: “Considerando las exposiciones de los señores delegados argentinos, dirigidos a caracterizar la certificación registral en su país, de las cuales resulta: 1º. Que en cuanto a su significación jurídica, la certificación registral tiene relación directa con el negocio de trascendencia real a otorgarse y, desde luego, con el instrumento público que la contendrá. 2º. Que dicha certificación está provista 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 con relación a los sujetos que transmiten, constituyen o modifican derechos, como a los inmuebles sobre los cuales versarán tales negocios (publicidad

Se ha de empezar mencionando el trabajo publicado en 1952 por el notario Pelayo Hore, cuyo título, «La angustiosa prioridad», parece ya lo suficientemente expresivo de la posición que en él se mantiene<sup>42</sup>. La prioridad, en su concepción, 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 título y cargas en la cual se hiciese constar que se expedía, a los solos efectos, de operar un contrato determinado y, abrir un cierto plazo, por ejemplo, de diez días, durante el cual la prioridad estuviese reservada exclusivamente al contrato anunciado. La expedición de la certificación quedaría constanding en el Registro por nota marginal”<sup>43</sup>.

En 1953, Manuel Villares Picó invitó al legislador a que dispusiera un nuevo párrafo tercero en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), donde se plasmara la facultad de los futuros otorgantes de solicitar, de mutuo acuerdo y mediante documento privado, el cierre del Registro respecto de cualquier anotación o inscripción de un título traslativo o declarativo durante el plazo de sesenta días a contar desde la presentación de la solicitud<sup>44</sup>. Del escrito se tomaría nota en el Libro Diario y también al margen de la inscripción de dominio 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 Martínez<sup>45</sup>.

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 sede registral la producción de los efectos propios de ese negocio, o sea, transmitir, constituir o modificar un determinado derecho real, siempre que se cumplan los 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 medio de carácter preventivo, requerida por el titular inscrito o quien ejerza su representación. Por ello, el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral recomienda: a las delegaciones de los países participantes que promuevan el análisis de este instituto a la luz de la experiencia recogida en la República Argentina y considera la posibilidad de implantarlo en los regímenes nacionales, en cuanto fuere compatible”.

(42) Cfr. *Revista de Derecho Privado* n° 421 (1952), pp. 281 y ss.

(43) Hore, ob. cit., p. 283.

(44) Cfr. «El principio de prioridad debe actuar al mismo tiempo que el principio de fe pública registral o inmediatamente», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 302-303 (1953), p. 518. Un año después, Villares también propondría la posibilidad de que los documentos privados pudieran causar asiento de presentación o anotación preventiva. De este modo, los interesados dispondrían del plazo de su vigencia para poder acudir al notario y presentar la correspondiente escritura en el Registro (cfr. «El documento privado en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 312 [1954], pp. 413 y ss.). Otros autores han compartido esta tesis; así, Durán Corsanego (cfr. «La prioridad registral anticipada y la doctrina de la seguridad jurídica», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXI [1978], pp. 347 y ss.) o, más recientemente, De Juan de Castro (cfr. «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° 75 [2001], pp. 2562 y ss.).

(45) Cfr. «Principio de prioridad y cierre registral», en *Primer Congreso de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1965, pp. 53 y ss.

En este ambiente tan propicio al cambio, llega el Congreso Internacional de Madrid y con él los partidarios de mantener el *statu quo* se desquitan. Sin embargo, entre las ponencias presentadas por el nutrido grupo de especialistas que acudió, destaca, por desmarcarse de la tesis mantenida por el resto de la delegación, la de Ávila Álvarez <sup>46</sup>. En ella proponía la modificación de los artículos 24 y 236 LH y la incorporación al Reglamento Hipotecario (en adelante RH) de un nuevo artículo 335 bis, que llevase por título el de “Certificaciones de prioridad” <sup>47</sup>. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el proyecto se caracterizaba por dos circunstancias. La primera, por no retocar el artículo 17 LH <sup>48</sup>, lo cual parecería imprescindible en atención a los importantes 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. Ávila 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 registrado <sup>49</sup>. Sobre este aspecto, en aquel proyecto se echaba de menos una nueva redacción del segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento Notarial (en

---

En esta Ponencia, el autor parece variar su posición anterior, cuando había llegado a calificar de desorbitante la preocupación de Hore por el problema (cfr. Ruiz Martínez, «El principio de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 265 [1952], p. 891).

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

(47) Ese hipotético artículo 335 bis RH resumiría toda la regulación propuesta: “El titular registral de una finca o derecho, al solicitar la expedición de certificación del contenido del Registro e independientemente de ésta, podrá solicitar la concesión de prioridad para un derecho que haya de constituirse posteriormente, cuyas características de naturaleza, extensión, condiciones y titular, 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 última inscripción de la finca o derecho y extenderá también nota de la operación al pie de la solicitud que archivará en el legajo correspondiente. También hará constar en su día, por nota marginal, la caducidad de tal concesión por el transcurso del plazo concedido. El título en que en su día se constituya o adquiera el derecho de que se trate, se entenderá presentado en el Registro en la fecha de dicha nota marginal de concesión, siempre que las características de aquél coincidan con las que consten en la certificación y que la presentación de tal título 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 certificación”.

(48) En que se inspirara el mismo artículo de nuestra ley registral. El precepto español literalmente establece: “inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento”.

(49) Cfr. Ávila Álvarez, ob. cit., p. 139.

adelante RN) que recogiera el deber del notario de advertir al adquirente su derecho 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 interesado solicitar una certificación por menos tiempo, facultad que en la práctica hubiera sido muy poco operativa, pues se imponía que los primeros quince días fueran de carencia<sup>50</sup>. Esto significaba que durante ese plazo los títulos anteriores a la expedición de la certificación podían presentarse sin quedar afectados 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 plazo<sup>51</sup>. En su opinión, esta solución era el mal menor, en comparación con la posibilidad de que se fueran practicando, al estilo argentino, inscripciones de carácter condicional.

### 3. Fundamentos positivos para su rechazo. La inscripción del precontrato como alternativa

Salvo las autorizadas voces recién destacadas, el sector doctrinal mayoritario ha mantenido siempre que la importación de la reserva de prioridad al sistema español no es viable, en atención a sus principios generales, en especial, el del título y el modo y el de inscripción<sup>52</sup>. En primer lugar, se piensa que cuando el artículo 609 del Código Civil establece que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, estaría prohibiendo que el negocio acogido a la reserva pueda prevalecer sobre cualquier otro perfeccionado antes de su concesión. Nada se transmitiría, ni nada conseguiría quien en su virtud contratara con el titular registral, pues el bien habría pasado a manos de un tercero. En otro caso, se estaría fomentando un grado de conflictividad ciertamente exagerado. Por su parte, el artículo 606 de aquel mismo cuerpo legal, al evitar que los títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos o anotados puedan perjudicar a terceros, estaría impidiendo que un derecho, aun en formación, se anticipara en cuanto a sus efectos registrales en detrimento de los que ya lo estuvieran.

(50) Cfr. Ávila Álvarez, ob. cit., pp. 141 y ss.

(51) Cfr. Ávila Álvarez, ob. cit., pp. 145 y ss.

(52) Cfr. Seminarios Regionales de Derecho Hipotecario de Extremadura y Valladolid-Salamanca, «Certificación registral con reserva de prioridad», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, pp. 49 y ss.; Arnaiz Eguren, Cabello de los Cobos y Mancha y Canals Brage, «La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 621 (1994), pp. 660 y ss.; García García, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1995, p. 673; Chico y Ortiz, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 325.

La Dirección General de los Registros y del Notariado comparte 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 pueden o no celebrar) equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque, 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 rango*—un difuso derecho real en formación— que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor), en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario”<sup>53</sup>. 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 aprehender su correcto significado, se hace muy conveniente diferenciar entre una reserva de prioridad en sentido propio y otra impropia<sup>54</sup>. La primera estaría vinculada a un negocio en hipotética proyección, y se representaría por reserva de prioridad obtenida 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 términos en los que esta figura ha sido definida, y cuyos ejemplos más relevantes serían la hipoteca unilateral (cfr. art. 141 LH), la llamada reserva de rango (cfr. art. 241 RH) o la inscripción de derechos sujetos a condición (cfr. arts. 23 y 142 LH).

(53) La Dirección exponía los perjuicios que acarrearía la figura: “si la finca es después hipotecada o embargada en garantía de otros créditos, los respectivos acreedores podrían, por el arbitrio del que será avalado, perder su preferencia en favor de créditos que nacen después (los del avalista), a pesar del carácter imperativo que rige la materia del orden de prelación de créditos. Por otra parte, la inadmisibilidad de estas preferencias anticipadas propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras. Además, estas reservas de rango podrán ciertamente facilitar determinadas operaciones comerciales, pero, a la vez, y al no existir un legítimo interés actual suficiente que las justifique, menoscabaría indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían al tráfico inmobiliario. Finalmente la cancelación de las llamadas hipotecas de máximo en garantía de distintas deudas enteramente futuras exigiría difíciles pruebas de hechos negativos, lo que equivaldría prácticamente a que formalmente se perpetuasen cargas inexistentes con la consiguiente perturbación del tráfico y del crédito”.

(54) La distinción entre reserva de prioridad propia e impropia es utilizada por Arnaiz Eguren, Cabello de los Cobos y Mancha y Canals Brage (cfr. ob. cit., pp. 647 y ss.), aunque encuentra sus antecedentes en la ya expuesta por Mesa Lago, entre reserva de prioridad directa e indirecta (cfr. *La reserva de prioridad* [s. e.], La Habana, 1959, pp. 99-100). Para este autor, el elemento diferencial entre ellas era la inmediatez en la protección que el Registro hubiera de dar al derecho objeto de cada una. En su opinión, el derecho de retorno arrendaticio, regulado hoy en día en el artículo 15 RH, sería el ejemplo característico de esa reserva de prioridad directa o inmediata.

Evidentemente, como ya se pusiera de manifiesto durante los debates parlamentarios del proyecto de 1908, una reserva a modo de bloqueo o secuestro del Registro a la libre disposición del propietario resulta totalmente impracticable, sin una previa y total reforma de las bases en las que se asienta el ordenamiento. 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 precontrato <sup>55</sup>.

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, siempre desde la concepción de la dogmática española. La primera, defendida por Roca Sastre, mantiene que el precontrato es ya un contrato completo que no implica la obligación de contratar en el futuro, pero sí la de colaborar en el establecimiento del contrato definitivo, fijando unas líneas directrices a desenvolver ulteriormente <sup>56</sup>. La segunda se debe a De Castro. Para este autor, el precontrato no conlleva la existencia de dos contratos sino la suspensión, en sus efectos, de un contrato hasta que se exija su cumplimiento. Por ello, resulta preferible denominarlo promesa de contrato, habida cuenta de que consiste en “un quedar obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes. De este modo se consideraría promesa de contrato el convenio por el que las partes crean en favor de

---

(55) Para quienes pueda parecerles extraño el recurso a la inscripción del precontrato como método para defender a los que vayan a adquirir el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien registrable, debo decirles que no se trata de una idea nada original. En efecto, la posibilidad de su adopción ya fue puesta de manifiesto en el Congreso de Madrid. Allí, y en contestación a una insostenible reserva de prioridad con alcance puramente formal, se apostó por la superación de la distinción entre derechos reales y personales en favor de otra más apropiada, entre derechos susceptibles, o no, de registración. Esta distinción permitiría 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 conseguir la prioridad para el contrato definitivo (cfr. Seminarios Regionales de Derecho Hipotecario de Extremadura y Valladolid-Salamanca, ob. cit., pp. 59 y 64). En el mismo sentido se concluyó en el IX Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Torremolinos (Málaga) en 1992. En él se advirtió sobre la conveniencia de superar la tradicional concepción de que solamente deben tener acceso al Registro los derechos reales ya formados, debiendo ampliarse la publicidad registral a los “derechos reales en fase de formación y a las relaciones jurídicas de contenido obligacional a las que cada legislación nacional estime oportuno dotar de eficacia y trascendencia real” (cfr. *Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 15-16).

(56) «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado*, I, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1948, pp. 324 y ss. La teoría de Roca fue asumida, punto por punto, por la Sentencia del Supremo de 5 de octubre de 1961.

una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado”<sup>57</sup>.

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 definitivo<sup>58</sup>. De este modo, el precontrato perdería todo su significado, al someterse a las reglas de responsabilidad propias de los tratos previos o preliminares. Sin embargo, la jurisprudencia, ya desde las Sentencias de 9 de julio de 1940, 16 de abril de 1941 e, incluso, la de 1º de julio de 1950, la cual sirvió de fundamento para su tesis a De Castro, siempre ha sostenido la coercibilidad del *pactum de contrahendo*, dejando la indemnización para el supuesto de que el contrato definitivo no pudiera elaborarse a partir de los escasos elementos prefijados<sup>59</sup>. Es decir, el juez debe valorar, caso por caso, el contenido del convenio, de modo que sólo mandará su ejecución si el negocio futuro ha sido suficientemente determinado. Con la asunción de este criterio material, aceptado en el Derecho positivo por la ley 516 de la Compilación Navarra, las diferencias entre las teorías referidas quedan, en la práctica, diluidas<sup>60</sup>.

(57) «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», en *Anuario de Derecho Civil* 1950, p. 1170. A favor de esta tesis se han pronunciado también, Albaladejo (cfr. *Derecho Civil*, II, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 446-447), Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (cfr. *Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 68-69), Lalaguna (cfr. «El contrato de promesa de venta y el retracto convencional», en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Reus, Madrid, 1978, pp. 99-100). En su aplicación, véase la Sentencia de 29 de julio de 1996.

(58) Cfr. Moro Ledesma, «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 116 (1934), pp. 573-574; Alguer, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado* nº 267 (1935), pp. 430 y ss; De Castro y Bravo, «La promesa...», cit., pp. 1139 y ss.; Sánchez Velasco, «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI (1952), pp. 517 y ss.

(59) En este sentido, la Sentencia de 7 de febrero de 1966 advierte que la promesa de venta no siempre se presenta de la misma forma, “pues 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 incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia –por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso– de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes demuestran su decidida voluntad –en todos los pormenores y detalles– de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos, como la falta de autorizaciones o la liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo”. También cabe citar, por actuales, las Sentencias, siempre del Supremo, de 13 de diciembre de 1989, 25 de junio de 1993 y 14 de febrero de 1995.

(60) “La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace, siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete.

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

“La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la Ley, o, en su defecto, por el Juez” (ley 516 de la Compilación Navarra).

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

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 traslativos, constitutivos o modificativos de derechos reales, aquél quedaría al margen por no generar más efectos que los obligacionales, esto es, celebrar en el futuro un contrato siguiendo determinadas coordenadas. Para despejar cualquier tipo de duda, el artículo 9 RH establecería la no registrabilidad de “la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores”.

No obstante esta prohibición, se ha de advertir que tan sólo unos artículos más adelante se permite el acceso de una figura ciertamente “afín” 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 optante”<sup>61</sup>. Para su registración, el artículo 14 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, nunca superior a cuatro años, salvo en el caso del arrendamiento con opción de compra, la cual resultará ejercitable durante el tiempo que dure aquél.

De acuerdo con su definición, la no necesidad de reproducir un consentimiento de naturaleza contractual que articule 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 recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble

---

(61) Sentencias del Tribunal Supremo español de 4 de abril de 1987, 24 de enero de 1991 y 1º de diciembre de 1992. Conforme a estos fallos, los elementos esenciales del contrato de opción serían “la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra; la determinación del objeto; el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; y la concreción de un plazo para el ejercicio de la misma; siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de una prima”.

consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto”<sup>62</sup>.

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 progresiva<sup>63</sup>, donde también estarían incluidos el pacto de preferencia<sup>64</sup>, el contrato normativo<sup>65</sup> y el de licitación<sup>66</sup>.

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 pretendida naturaleza real del derecho que origina y la inminencia de la conclusión del futuro negocio traslativo. Centrémonos en cada uno de ellos.

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”<sup>67</sup>. Sin embargo, esta posición no es para nada pacífica

(62) Sentencias de 9 de febrero de 1985, 23 de diciembre de 1991, 17 de mayo de 1993 y 14 de febrero de 1997. Para Alguer, 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 optante una relación jurídica (cfr. «Para la crítica...», cit., en *Revista de Derecho Patrimonial* nº 266 [1935], p. 376).

(63) Cfr. Talma Charles, *El contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 52 y ss.; Menéndez Mato, *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 101-102. Más estrictamente, Spota considera preparatorios todos aquellos contratos, como el de opción, que no obliguen a celebrar un ulterior contrato, y tengan por fin reglar las “vinculaciones jurídicas de las partes si éstas llegaran a advenir” (*Instituciones de Derecho Civil*, II, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 6).

(64) 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 (cfr. Aparicio, *Contratos*, I, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 326; Fontanarrosa, *Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1992, p. 83).

(65) Los contratos normativos son aquellos en los que las partes, integradas en una relación de cierta perdurabilidad, fijan las bases y las condiciones generales de los contratos que vayan celebrando en el futuro. En relación con esta modalidad contractual, *vid.*, entre otros, García Amigo, *Lecciones de Derecho Civil*, II, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 195; O’ Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 953 y ss.

(66) Por el contrato de licitación, “una pluralidad de partes se obliga a respetar una serie de criterios dirigidos a la selección del candidato idóneo, para ocupar la posición de parte contractual en un posterior contrato definitivo” (Menéndez Mato, *ob. cit.*, pp. 126-127).

(67) Serrano Alonso, «Notas sobre el derecho de opción», en *Revista de Derecho Privado* 1979, p. 1138. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, Badenes Gasset (cfr. *La preferencia adquisitiva en el Derecho español: tanteo, retracto y opción*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 221-222), Camy Sánchez Cañete, (cfr. *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, I, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 158-159), Ramón Chornet (cfr. «Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº

dado que son también muchos quienes le niegan los caracteres de inherencia y exclusividad propios de los derechos reales<sup>68</sup>. 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 transmutar, convirtiendo 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 comportamiento 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”<sup>69</sup>.

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 De la Rica y Arenal, quien fue uno de los miembros de la Comisión redactora del Reglamento Hipotecario de 1947<sup>70</sup>, donde se introdujo, tal posibilidad se debe al mero hecho de haberse manifestado a su favor el legislador, el cual no quiso con ello prejuzgar su configuración jurídica.

El segundo argumento para la inscripción de la opción consistía, recuérdese, 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 noticia de una muy adelantada fase en relación con una modificación jurídica inmobiliaria, de un “negocio jurídico bilateral, perfecto en cuanto a su contenido, y que puede considerarse una cuasi-transmisión cuya inscripción se condiciona en cuanto al tiempo y en cuanto a sus efectos”<sup>71</sup>.

A mi juicio, ésta es justamente la razón de que la opción encuentre cobijo en el Registro. Con tal previsión, el legislador español quiso corresponder a una frecuente y útil práctica, sobre todo en materia arrendaticia, y proteger a

---

591 [1989], pp. 333 y ss.) o Vidal Francés (cfr. *La problemática de las condiciones en el Registro de la Propiedad*, Atelier, Barcelona, 1999, pp. 141 y ss.).

(68) Desde su consideración del precontrato como promesa de contrato, advertía 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 exigir el debido cumplimiento, era la situación jurídica creada por la promesa que no tenía el carácter de poder independiente o derecho subjetivo, al estar unida “a la creación de las obligaciones que haga surgir el contrato y que recaen indefectiblemente 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 Muncunill, *Derecho hipotecario*, III, Bosch, Barcelona, 1979, p. 547). También, Torres Lana (cfr. *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 1987, pp. 197 y ss.) entiende que la opción no se opone a terceros, salvo por la inscripción, ni tampoco otorga a su titular un señorío sobre la cosa, sino más bien “una eventual pretensión adquisitiva de la misma”.

(69) Sentencias de 9 de octubre de 1987, 9 de octubre de 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000.

(70) Cfr. «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», en *Libro-Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*, I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pp. 209 y ss.

(71) Arnaiz Eguren, Cabello de los Cobos y Mancha y Canals Brage, ob. cit., pp. 647 y ss.

la persona que tuviera una expectativa de adquisición sobre la finca frente a quienes contrataran posteriormente con el concedente.

En virtud de este último dato, puede afirmarse que la categoría del precontrato tendría encaje dentro de un sistema cerrado como es el español al certificado con reserva tal y como lo conocemos en nuestro ordenamiento, sin que, por ello, se subviertan sus bases. Si la posición del optante refleja una expectativa frente al derecho de propiedad, no parece descabellado comprender en análoga situación a quien hubiera convenido, con determinación de sus elementos fundamentales, una futura compraventa, y más teniendo en cuenta que la jurisprudencia de aquel país ha venido reconociendo la plena ejecución del precontrato perfecto, esto es, el que concreta de antemano esos elementos <sup>72</sup>. Entre ambos tipos contractuales la diferencia residiría en la concesión al optante de la facultad de exigir, no la mera celebración del futuro contrato, sino su cumplimiento, dado que el consentimiento de la otra parte ya se habría formulado <sup>73</sup>.

Reconozco que a la tesis 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 (v. gr. 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 sustitutoria de éste, al estilo 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 emitida la declaración de voluntad, “si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio”. En los casos en los que esos elementos no se hubieran fijado por las partes con antelación y el condenado no accediera a su determinación, entonces, sí se acudiría a la ejecución por equivalente pecuniario (cfr. arts. 712 y ss. LEC) <sup>74</sup>.

(72) Cfr. Santos Briz, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 93.

(73) Sobre el particular, Martínez de Aguirre considera la opción una especie del género precontrato 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 Pablo Contreras *et al.*, *Curso de Derecho Civil*, II, Colex, Madrid, 2000, p. 381).

(74) Si los elementos indeterminados fueran de carácter no esencial, el precepto manda al Tribunal, una vez oídas las partes, integrarlos conforme a los usos del mercado o tráfico jurídico.

El último y más importante de los reproches se basaría en el alto nivel de conflictividad que generaría en la práctica la convivencia entre derechos constituidos y derechos en formación <sup>75</sup>. En realidad, esa circunstancia se fundamentaría 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 posición definida sobre la aplicación de sus principios a todos los derechos inscritos. Las lagunas que en relación con 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 clase que sea, de los artículos 606 del Código Civil y 32 LH <sup>76</sup>.

### III. Seguridad postescrituraria y retroprioridad

Con el concepto de retroprioridad se hace referencia a la retroactividad o ampliación de los efectos de la inscripción al momento en el que el respectivo acto fue otorgado. El artículo 5 de la ley registral argentina establece con claridad su funcionamiento: “las escritura públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de instrumentación”. Cuando tal plazo no sea respetado, se estará al criterio general de la presentación. En virtud de ello, la doctrina suele distinguir entre prioridad directa e indirecta, según la prelación de un título estuviera determinada por la fecha de su acceso al Registro o por la fecha de su formalización <sup>77</sup>.

Por su parte, el Derecho español desconoce la figura 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) contenía, 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

(75) Cfr. Arnaiz Eguren, Cabello de los Cobos y Mancha y Canals Brage, ob. cit., p. 666.

(76) El artículo 606 del Código ya ha sido comentado en el texto, razón por la que sólo transcribiré el artículo 32 LH, que dice así: “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero”. Cuando se dice que debe potenciarse una interpretación literal de este precepto se hace en alusión a que en el Derecho español el único tercero verdaderamente protegido frente a lo inscrito no es el referido en él, sino el más exigido del artículo 34 LH, esto es, quien que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo y proceda a inscribir, a su vez, su derecho.

(77) Cfr., entre otros, García Coni, «La retroprioridad y su reserva», en *La Ley* (Revista argentina) 1984-C, pp. 892 y ss.; López de Zavalía, *Curso introductorio al Derecho Registral*, Colegio de Escribanos de Tucumán, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1983, pp. 380 y ss.; Scotti, «Certificación registral con reserva de prioridad. El negocio jurídico en gestación», en *ED* 167 (1996), p. 1152.

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 ellas 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 contaran a su favor con un plazo de retroprioridad, 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 1870, 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 aquéllos, sino que también era necesario, en el supuesto de que se hubiera transmitido la finca, que el derecho inscrito se hubiera referido en los títulos de la propiedad, pues, en caso contrario, es decir, si éste no constare en los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición, la inscripción seguiría el régimen general. En definitiva, el principio de prioridad suspendía su eficacia en beneficio de estas personas y como una medida más para promocionar la inscripción primigenia.

Asimismo, tampoco ha habido ningún intento desde el punto de vista doctrinario que haya postulado por su adopción; sin duda, porque la preocupación de los autores por la fase postescrituraria quedaba absorbida en la polémica sobre la reserva de prioridad <sup>78</sup>. Y es que, en puridad, la retroprioridad nunca podría implantarse sin acompañarse de una fórmula al estilo de la certificación argentina (cfr. arts. 5, 17 y 23 ley 17801), pues se haría imprescindible que el negocio se encontrara anunciado en el Registro antes de su definitiva presentación, habida cuenta de que su otorgamiento no podría afectar a terceros de buena fe <sup>79</sup>. En este sentido, no es suficiente con que se hubiera instrumentado en escritura pública. El artículo 1218 del Código español, cuando expresa que “los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”, no

---

(78) Del mismo modo, la inscripción del precontrato, en los términos recién plasmados, abarcaría la fase postescrituraria.

(79) Incluso Vélez Sársfield, cuando acogió en el artículo 3137 de su Código una retroprioridad de seis días para las hipotecas, parecía percatarse de los riesgos de la fórmula al redactar el artículo inmediatamente anterior de la siguiente forma: “Si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, 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 registrare en el término de la ley”. A *contrario sensu*, 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.

podría implicar la derogación de las más elementales normas sobre publicidad registral<sup>80</sup>. Sobre este precepto, de marcado carácter procesal, como demuestra su inserción en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones, siempre se impondría, tratándose de títulos sujetos a inscripción, el citado artículo 606 de ese cuerpo legal<sup>81</sup>.

Por otra parte, la retroprioridad no ha de confundirse con aquellas otras previsiones que se observan en la legislación española, 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 española 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 omitieran 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 anotados<sup>82</sup>.

#### IV. Soluciones globales de lege lata

Después de todo, aun renunciando a figuras como la reserva o la retroprioridad, no puede decirse que el sistema español haya dado la espalda a los objetivos a que con tales institutos se preponde. En este punto, la preocupación

---

(80) Para Rodríguez Adrados, (cfr. «Valor y efectos de la escritura pública», en *Estudios sobre Derecho Documental*, Consejo General del Poder Judicial-Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 110), el artículo 606 CC, al igual que el artículo 1219 en relación con las “contraescrituras” –las realizadas para desvirtuar otra anterior–, actúa como excepción al artículo 1218 CC. Mucho más contundente se expresa García García, para quien el intérprete no puede prescindir de la ubicación sistemática del 1218 CC y pretender que se refiera 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 1257 CC, no pueden perjudicar a terceros (cfr. «El artículo 1218 del Código Civil visto sin ampliación de su volumen y sin sacarlo de su contexto», en *Boletín del Colegio de Registradores de España* nº 65 [1999], pp. 2130-2131).

(81) “Y no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que, para los inmuebles inscritos, la única posibilidad de afección u oponibilidad 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 conocidos principios hipotecarios, que son los que resultan de la Ley Hipotecaria, a los que se remite en bloque el importantísimo artículo 608 CC” (García García, «El artículo...», cit., p. 2132).

(82) Advierto que esta posición sobre las anotaciones preventivas por legados distintos de los específicos no concuerda con la que siempre se ha mantenido, según la cual estos derechos serían una excepción a la presentación como momento concluyente de la prioridad, y tomarían rango desde la apertura de la sucesión. De compartirse esta última tesis, se contaría en España con un excepcional supuesto de retroprioridad, eso sí, *mortis causa*, pero retroprioridad al fin y al cabo. Si, por el contrario, se sigue la ahora proporcionada, lo que tal regulación expondría podría denominarse, si se me permite la expresión, retropreferencia, ya que sólo jugaría en el ámbito de los privilegios.

por alcanzar 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 ponencia española presentada al 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 permitiera 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 sufriera *a posteriori* en cuanto a su situación registral una finca determinada, bastando para esa comunicación que fuera presentado algún título relativo a la misma, y 2) que el asiento de presentación pudiera extenderse en virtud de una simple notificación firmada y sellada por el Notario o funcionario autorizante de un documento registrable, expresiva de los datos necesarios para ello y remitida directamente por los mismos inmediatamente de otorgado el documento correspondiente”<sup>83</sup>. Con ambas fórmulas se buscaba una mayor coordinación entre notarios y registradores, la cual respondiera, sin alteración de los principios sustantivos imperantes en la materia, y cuando menos transitoriamente, a la cuestión suscitada.

Pues bien, cuatro décadas después, cabe comprobar 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 desde el punto de vista normativo para limitar dentro de lo posible el fraude inmobiliario (doble venta, ocultación de cargas), la práctica negocial 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 de 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 total 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<sup>84</sup>. A su

(83) Seminarios Regionales de Derecho Hipotecario de Extremadura y Valladolid-Salamanca, ob. cit., p. 64.

(84) Por su interés, se reproduce aquí literalmente el contenido del precepto:

“1. El petionario de una certificación podrá solicitar que ésta tenga el carácter de certificación con información continuada. La información continuada se referirá a los asientos de

tenor, el titular de cualquier derecho inscrito puede solicitar, con certificación previa o sin 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 solicitud.

La petición en ningún momento condiciona la aplicación del principio de prioridad, ni supone el cierre del Registro a nuevos derechos, ni otorga un rango prevalente 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 percató exclusivamente de la

---

presentación que afecten a la finca de que se trate y se practiquen desde la expedición de la certificación hasta transcurridos los treinta días naturales siguientes.

“Hasta transcurridos los veinte primeros días del plazo anterior el solicitante no podrá pedir nueva certificación sobre la misma finca o derecho.

“2. Las solicitudes de certificación con información continuada no podrán comprender más de una finca o derecho ni tener por objeto una finca no inmatriculada.

“Dichas solicitudes se presentarán por duplicado y expresarán necesariamente:

- a) El carácter de certificación con información continuada.
- b) El domicilio donde deban recibirse las notificaciones.
- c) Si la notificación ha de hacerse telegráficamente o por correo certificado.

“Cuando no se cumplan las exigencias anteriores, el Registrador devolverá al peticionario, si ello es posible, uno de los ejemplares de la solicitud, con nota expresiva de las omisiones o insuficiencias observadas, haciendo constar este hecho mediante diligencia en el otro ejemplar, que archivará seguidamente.

“3. La certificación con información continuada sólo podrá ser pedida por los titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes.

“4. Presentada la solicitud en el Libro Diario, el Registrador expedirá, en el plazo legal, dos ejemplares de certificación: Uno, con el carácter de original, que retendrá en el Registro, y otro, con el de copia, que entregará o remitirá al peticionario. Dicha entrega o remisión se hará constar en el original mediante diligencia.

“5. El Registrador expedirá notificación antes de que transcurra el día hábil siguiente, de todo asiento de presentación que afecte a la finca objeto de la certificación.

“La notificación expresará el número y fecha del asiento de presentación practicado, la clase y objeto del título presentado y el número registral de la finca objeto de la certificación.

“La notificación se hará por telégrafo o por correo certificado, según se haya solicitado, pero en todo caso, se entenderá bien hecha si se hiciera personalmente al destinatario, bajo recibo de éste.

“6. Las notificaciones practicadas se harán constar en la certificación original mediante diligencia, que expresará necesariamente el número del asiento de presentación y la forma en que la notificación se haya efectuado. Si el Registrador lo considera conveniente, podrán también expresar sucintamente el contenido de dicho asiento.

“7. Transcurrido el plazo de la información continuada, el Registrador lo hará constar por diligencia en el original sin que sea necesaria su notificación al solicitante.

“8. La solicitud de certificación con información continuada podrá hacerse por correo, en cuyo caso será requisito imprescindible la legitimación notarial de la firma del solicitante.

“9. Para la información continuada no será necesario la expedición de la certificación previa, si el interesado que ostente la condición del apartado 3 declara en la solicitud que deberá reunir los requisitos del apartado 2 y, en su caso, del 8, su conocimiento de la situación registral. En este caso, no se expedirá certificación del contenido ya existente en el Registro, y la información, con el contenido, forma, plazos y efectos señalados en este artículo, se hará constar por diligencia a continuación del duplicado de la solicitud que quede en el Registro”.

“mayor comodidad” que tendrá para el destinatario de la publicidad registral por ella obtenida. En un error parecido cae Ávila Álvarez cuando mantiene 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 legítimos representantes<sup>85</sup>. Desde luego, si se comparte esta interpretación, las posibilidades prácticas del artículo 354 RH quedarían fuertemente reducidas. Atentos a la redacción del precepto, sin embargo, nada impide, como se apuntaba más arriba, que el destinatario sea el tercero que pretenda contratar con el titular<sup>86</sup>.

#### B. La coordinación entre notarios y registradores

No obstante la específica previsión 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 contratante durante el tiempo inmediatamente anterior a la instrumentación del negocio y, por otro, en la agilización del acceso registral del negocio ya instrumentado. El texto se introducía 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 aquéllas y es también muy conveniente que, para ganar prioridad, sus copias se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad. Cumplidos estos requisitos se evitará que, después de otorgado el documento, los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transmitente 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 gran parte del contenido de la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993, que había sido dictada en desarrollo del de 1992<sup>87</sup>.

(85) Cfr. «La certificación con información continuada y la información continuada sin certificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n° 561 (1984), p. 266.

(86) En el mismo sentido, cfr. Cabello de los Cobos y Mancha, «Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de vivienda», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Centro de Estudios Registrales-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, pp. 154-155; Montserrat Valero, *Derecho inmobiliario registral*, Civitas, Madrid, 2000, p. 188.

(87) El carácter *ultra vires* de esta Orden era incuestionable, no sólo porque ampliaba en gran medida el alcance normativo del Decreto de 1992, sino porque, y esto era más grave, suspendía el mecanismo de coordinación hasta la entrada en vigor de la propia Orden.

## 1. La certificación anterior a la escrituración y la información continuada interina

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 o de constitución de un derecho real sobre ellos, información acerca de su estado jurídico. De la regla se excluyen los actos de liberalidad, aquellos en los que participe como transmitente o constituyente una entidad pública y los demás en los que el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declarara satisfecho por la información que ya tuviera <sup>88</sup>.

De los trámites posteriores a la recepción de la solicitud en el Registro se ocupa el artículo 354 a) RH. En principio, el registrador remitirá 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 hubiera pedido la información para un día concreto dentro de los quince inmediatamente posteriores, la enviará el día señalado.

Pero, sin duda, el punto más importante de la regulación, en cuanto al aseguramiento de las expectativas de quien esté 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 alterara. 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 planteada.

## 2. El preaviso notarial

Según el artículo 249 RN, “el Notario remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al 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 constarán testimoniados 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 pretenda inscribir. d) La reseña 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 carreras de las que hablaba Hore, pues a su través se anticipará la registración 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

---

(88) No obstante, y para el caso de que el contratante estimara suficiente la información resultante del título, las afirmaciones del transmitente o le instara a prescindir de este trámite por lo pactado entre ellos, el notario podría denegar su actuación inmediata cuando dudare de la urgencia alegada o de la exactitud de la información que dice poseer el adquirente.

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 3016 del Código Civil mexicano ya venía 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 entrada en el Registro, el aviso causaría el correspondiente asiento de presentación, asiento cuya vigencia de noventa días permitiría a las partes inscribir sin prisas su derecho <sup>89</sup>. También en Argentina, y con el fin de evitar los peligros de la retroprioridad, cuando aún no se había regulado la certificación con reserva de prioridad, se proponía una medida parecida <sup>90</sup>. Acertadamente, y sin perjuicio de que remitiera 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 <sup>91</sup>.

### 3. El empleo de las nuevas tecnologías

Los artículos 175 y 249 RN permiten que las comunicaciones en ellos establecidas se realicen por cualquier medio o procedimiento. En la actualidad, entre esos 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 advertía la Instrucción de

(89) Téngase en cuenta que desde la reforma legal de 1973, el aviso preventivo convive en la práctica con un modelo de reserva de prioridad al estilo argentino. Sobre el juego combinado de ambas figuras, cfr. Pérez Fernández del Castillo, *Derecho Registral*, Porrúa, México D. F., 1991, pp. 85 y ss.

(90) En nuestro ordenamiento, 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 ese momento lo único que se preveía era la prohibición al notario de autorizar actos de transmisión o constitución, sin que tuviera a la vista un certificado reciente en el que se reflejara el estado registral de la finca. Sin embargo, ese certificado no haría que los efectos del título, una vez presentado, se retrotrajeran a la fecha de su expedición. En relación con los antecedentes de la legislación argentina en la materia, *vid.* Greco, «Publicidad registral, reserva de prioridad. Ley Hipotecaria española de 1861 comparada con la Ley argentina de 1881», en *Ponencias 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.

(91) Cfr. Prayones, Dassen y Laquis, *Tratado de Derecho Hipotecario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 119. Más recientemente, Cambiasso advierte que para eludir los riesgos y sorpresas derivados de la retroprioridad “algunos 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 conferir efectos frente a terceros durante un periodo de clandestinidad. Por este instrumento se permite al titular registral anunciar registralmente el negocio en gestación, protegiéndolo de las inscripciones posteriores y al mismo tiempo evitar el perjuicio que puede ocasionar al tercero el periodo de clandestinidad 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).

19 de octubre de 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 la comunicación electrónica 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, generalizado por el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que modificó el Reglamento Hipotecario en materia de información, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia, 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 <sup>92</sup>; 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 instrumento de control y seguridad alternativo. Es lo que se denomina firma electrónica avanzada, para cuya obtención resulta necesario contratar los servicios de certificación a cargo de una empresa especializada <sup>93</sup>.

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 avanzada. Pero, al contrario de los particulares, que pueden contactar libremente con cualquier prestador acreditado al efecto, ambos tipos de funcionarios han de dirigirse a su respectiva corporación –Consejo General del No-

---

(92) Estas medidas eran: 1ª) la incorporación de todos los datos jurídicos y económicos inscritos o depositados en los Registros de la Propiedad y Mercantiles a bases informáticas para su acceso por vía telemática; 2ª) la creación de un sistema de correo electrónico que permitiera a los particulares plantear consultas a los registradores sobre cuestiones registrales; 3ª) la digitalización de los planos topográficos y su incorporación a los Registros de la Propiedad para mejorar la identificación de las fincas y hacer más completa la información registral; 4ª) el estudio para la sustitución de los libros registrales por soportes informáticos, sin anular el soporte de papel; 5ª) la reproducción informatizada de todas las inscripciones en el Registro, como medio de agilización del procedimiento registral y como medida de seguridad de conservación del archivo; 6ª) la progresiva modernización de las oficinas y homogeneización de su equipamiento; 7ª) la potenciación del Centro de Proceso de Datos del Colegio de Registradores y de los Decanatos Autonómicos para una completa elaboración de estadísticas inmobiliarias y mercantiles; 8ª) la coordinación del Registro con el planeamiento urbanístico para ofrecer a los que adquieran un inmueble una información lo más completa posible; 9ª) la coordinación del Registro con la legislación medioambiental y la colaboración con las autoridades para ofrecer al comprador una información exhaustiva acerca de la situación ambiental de los bienes que adquiera.

(93) Más exactamente, se reputa avanzada “la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control” (art. 3.2 ley 59/2003).

tariado, 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 refería, en la mencionada Instrucción de octubre de 2000 negó su utilización para cualquier otra actuación<sup>94</sup>. Sin embargo, con esto último se contradecía directamente el tenor del artículo 332 RH, en la redacción que le dispensó 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 televaciado del contenido del archivo”.

Ante estas reticencias, el legislador se vio obligado a intervenir para ampliar el elenco de posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen a los particulares en relación con lo que él 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 algunos de los preceptos de la Ley Hipotecaria en materia de publicidad formal. Con su promulgación, se despejó cualquier duda sobre la admisibilidad del despacho de información y la entrada de documentos por correo electrónico, en todos los casos, y no sólo cuando hubiera sido solicitada o emitida por un notario<sup>95</sup>.

Específicamente sobre la presentación telemática de títulos, con la importancia que pudiera tener en relación con una rápida atribución de prioridad, el artículo 112 de la ley 24/2001 vino a establecer una serie de reglas de tipo precautorio<sup>96</sup>. 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 testimonio de su contenido<sup>97</sup>.

(94) “En este momento se estima que la única faceta de la actividad de notarios y registradores en la que la firma electrónica puede tener una aplicación práctica es la relativa a la remisión de comunicaciones previstas en los artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial”.

(95) Lo cual se antojaría verdaderamente beneficioso cuando se debiera notificar la llegada de cualquier título, a los efectos de cumplir con la información continuada del artículo 354 RH.

(96) Al respecto, la Resolución-Circular de 26 de abril de 2000 se inclinaba por la aplicación para estos casos del artículo 418.3 RH, sobre la recepción de documentos por correo, y del 419 RH, sobre la entrega de un recibo de la presentación.

(97) El artículo, últimamente modificado en el año 2005, presentaría la siguiente redacción:

### C. Los medios negociales

Para complementar 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 auténticas 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 una insospechada alteración en la situación registral respecto de aquella que lo llevó a contratar. Entre esas cláusulas destacan: a) la de vencimiento anticipado por cargas y gravámenes preferentes; b) la de vencimiento anticipado por la no 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

---

“1. Salvo indicación expresa en contrario de los interesados, los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles podrán ser presentados en éstos por vía telemática y con firma electrónica reconocida del notario autorizante, interviniente o responsable del protocolo. El notario deberá inexcusablemente remitir tal documento a través del Sistema de Información central del Consejo General del Notariado debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. El notario deberá dejar constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador.

“2. En tales casos, el registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles comunicará al notario autorizante, o a su sucesor en el protocolo, por vía telemática y con firma electrónica reconocida del mismo, tanto la práctica del asiento de presentación, como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda, con arreglo a los principios de la legislación registral. Las notificaciones o comunicaciones que deba efectuar el registrador por vía telemática al notario autorizante del título, o a su sucesor en el protocolo, se remitirán a través del Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España debidamente conectado con el Sistema de Información Central del Consejo General del Notariado.

“3. Practicado el asiento registral, el notario dejará constancia de la recepción de la comunicación y del contenido de ésta en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

“4. Los asientos de presentación realizados por esta vía, se practicarán por el orden que correspondan a su hora de recepción. Reglamentariamente se establecerán los criterios y el procedimiento para que los asientos de presentación que traigan causa de títulos presentados por vía telemática, dentro o fuera de las horas de oficina, se practiquen de modo correlativo a la hora de su recepción teniendo en cuenta a su vez la hora de presentación de los demás títulos que tengan acceso al Registro, tanto los presentados en papel como los presentados por vía telemática.

“5. Respecto de la presentación de documentos judiciales, administrativos o privados que puedan causar inscripción en los diferentes Registros se estará a las siguientes reglas:

“1ª Tratándose de documentos judiciales, su presentación se realizará a través del punto neutro judicial o sistema de información telemático que lo sustituya, para lo cual deberá conectarse con el sistema telemático de información del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. En lo relativo a la acreditación de la condición del firmante, la vigencia, revocación y suspensión del certificado de firma electrónica del funcionario judicial remitente se estará a lo dispuesto en su legislación específica.

“2ª En el caso de documentos administrativos, la Administración Pública que pretenda inscribir aquéllos deberá utilizar técnicas y medios electrónicos informáticos y telemáticos que garanticen la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de sus competencias. En

la inexistencia de cargas diferentes de las señaladas tanto en la hipoteca como en la venta <sup>98</sup>.

Como nota común, todas estas estipulaciones servirían de defensa a quien contrate con el titular 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 pondrán en funcionamiento una vez éste se haya manifestado. En este sentido, cumplirían una función represiva y no preventiva. Por ello, son medios más costosos que cualquiera de los instrumentos de reserva de prioridad conocidos en los sistemas de 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.

---

cualquier caso, los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos utilizados deberán ser aprobados por la Administración correspondiente.

“3ª Con carácter excepcional y sólo en los casos y con los requisitos expresamente previstos en las Leyes y los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil para los documentos privados en soporte papel, podrá practicarse la inscripción de documentos electrónicos con firma electrónica reconocida que sean soporte de documentos privados presentados telemáticamente en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

“4ª Los documentos electrónicos que sean soporte de documentos privados que se presenten deberán estar firmados con firma electrónica reconocida amparada en un certificado reconocido conforme a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica”.

(98) Sobre el funcionamiento y problemas que, desde un punto de vista técnico, acarrearán estas cláusulas, *vid.* de Reina Tartièrre, *La prioridad en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 78 y ss., obra de la que estas páginas han pretendido ser un extracto debidamente adaptado y actualizado.