

Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español

I. PRESENTACION

1. Nuestro actual Derecho hipotecario es el resultado de una compleja tradición. La aportación más sólida que a esa tradición nuestro país ha hecho consiste, sin duda, en la doctrina que en ciento treinta y un años la Dirección General de los Registros ha venido elaborando. Poca sensibilidad jurídica es preciso tener para no apreciar la altura científica, de vértigo, que esta doctrina ha conseguido alcanzar.

Nuestra jurisprudencia cautelar hipotecaria, mejor que ninguna otra, ha probado, en la práctica cotidiana, la fiabilidad de los viejos conceptos y la permanencia de los principios del Derecho civil. Este resultado congratula y conforta al privatista que, por ese solo hecho, quizá estuviera predispuesto a justificar la intervención registral en el tráfico inmobiliario.

La política hipotecaria no emitiría, por este solo hecho, un juicio tan benevolente. Sus preocupaciones no son científicas, sino exclusivamente prácticas. La administración es actividad y el moderno Derecho hipotecario fruto de una reforma administrativa. Sólo el éxito en el desempeño de los objetivos encomendados justifica las instituciones: sólo persiste lo que resiste los retos que provoca el paso del tiempo.

Es en este peligroso terreno, que en consecuencia no rehúye, en el que se desenvuelve el discurso que tratan de hilvanar estas líneas. Son cuatro sus ideas centrales.

La seguridad del crédito exige la seguridad del tráfico inmobiliario. La Seguridad del tráfico inmobiliario se hace desde los derechos, no contra ellos. La seguridad del tráfico, si es cometido atribuido al Registro, exige dotar al asiento de valor sustantivo. En fin, si se quiere que el asiento tenga valor sustantivo es preciso disponer de instrumentos adecuados que garanticen la exactitud de sus contenidos.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

1. La preocupación por la productividad agraria define la política decimonónica y explica el proyecto hipotecario. La tierra no era ya asiento del señorío, sino de empresa agrícola. Su valor se calcula en razón del beneficio que procura y éste lo define el mercado.

Los nuevos propietarios necesitan capital para valorizar sus fincas, pero la capitalización de la agricultura pasaba inevitablemente por una reforma jurídica que posibilitase el crédito.

El nuevo Derecho fundiario debía proteger los derechos de los inversores y no únicamente los del llamado *verus dominus*. La suerte del crédito territorial estaba, por consiguiente, ligada a la promulgación de leyes especiales que formularan principio de estímulo del tráfico inmobiliario bien diferentes a los tradicionalmente reconocidos en el Derecho común.

En primer lugar, el Derecho tradicional se ocupaba únicamente en defender adecuadamente la propiedad agraria entendida al viejo estilo y en consecuencia garantizaba, por encima de todo, la estabilidad de los derechos de los propietarios: nadie da lo que no tiene.

En segundo lugar, el viejo orden de los propietarios estaba sumido en la más exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias o de nulidad, todas ocultas, lastraban la tierra de modo que convertían el tráfico de inmuebles en un juego de azar (1).

En tercer lugar, la tierra estaba amortizada, en poder de manos muertas o vinculada, lo que impedía su circulación.

La política liberal había dado una solución a este último problema: había liberado a la propiedad agraria de las «cadenas» feudales y, en consecuencia, la había dotado de la imprescindible movilidad. Pero este hecho, por sí solo, no bastaba para atraer los capitales que la agricultura necesitaba. Se precisaba algo más: lo que podríamos llamar una segunda desamortización, ahora de naturaleza estrictamente civil.

2. Un sector de la doctrina considera, sin embargo, la Ley Hipotecaria como una medida de apoyo directo al proceso desamortizador, concretamente de bienes eclesiásticos (2).

(1) Basta recordar que era dudoso entonces si subsistía la hipoteca general que los bienes de todo obligado por razón de contrato. *Vid.* la discusión en el Parlamento entre Luzuriaga y Gómez de la Serna, en *COLEGIO*, cit. pág. 39. Hizo falta una Circular de fecha 23 de marzo de 1863, que recoge M. MARTÍNEZ-ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Madrid, 1919, pág. 612, sobre la hipoteca «general de bienes: no procede hoy su inscripción». «Modo de cancelar las anteriores a la Ley», *ibídem*, *id.*

(2) A. FIESTAS: «La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados», en *AHDE*, 53, 1963, págs. 333 y sigs. Conjetura probablemente inspirada en investigaciones históricas de origen francés. *Vid.* B. DE JOUVENEL: *LOS orígenes del Estado moderno*,

Se ha destacado, desde esta perspectiva, con acierto la cercanía temporal, casi simultaneidad, entre la culminación de la primera etapa de la desamortización con los inicios del proyecto hipotecario. Al tiempo que se ha insistido sobre la necesidad, sentida entonces, de articular medidas legislativas que permitiesen superar la desconfianza de los nuevos propietarios en cuanto a la firmeza de sus adquisiciones. Las advertencias de la jerarquía eclesiástica minaban el éxito de la política desamortizadora.

El conocido más tarde como juego registral de la fe pública sería un instrumento que trataría de garantizar la irreversibilidad de la adquisición de los bienes desamortizados. Lo cierto, sin embargo, es que si esa fuese la finalidad escondida de la ley, ciertamente el legislador no habría obtenido más que un rotundo fracaso.

Como veremos luego, el viejo sistema de seguridad inmobiliaria del antiguo régimen, en que el juego sucesivo de inscripciones nunca convalida los títulos, subsistió hasta bien entrada la década de los setenta. Desde entonces fue privado el juego registral de toda eficacia convalidadora respecto a los posibles vicios de los títulos inscritos: el principio de fe pública fue, durante muchos años, conscientemente desterrado. Hay, por lo tanto, razones para dudar del acierto de esta opinión, que puede ser calificada de reduccionista a la hora de valorar los motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (3).

CLAVERO, por lo demás, ha destacado un hecho de experiencia política. Las reversiones de bienes a antiguos propietarios en virtud de anulación de algunas leyes revolucionarias, concretamente las desvinculadoras, se imponen en virtud de la fuerza política y sólo remiten como mucho al Derecho privado el alcance obligacional de las indemnizaciones procedentes. La reversión es un efecto legal que se impone por encima de cualquier consideración jurídica de Derecho privado (4) y (5).

Toledo, 1977, pág. 194. Vid. también A. FIESTAS: «¿Protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados?», en *RCDI*, 578, 1987, págs. 92 y sigs.: las advertencias de la jerarquía eclesiástica.

(3) Además, la doctrina y la jurisprudencia admiten que el asiento posterior pueda ser invalidado en virtud de cualquiera otro anterior y anterior válido considera, a todos los efectos, el nuevo Reglamento al extendido en las viejas contadurías. En ellas constarían asentados o obligatoriamente mayorazgos pero también las disposiciones a favor de los institutos eclesiásticos. Cfr. B. CLAVERO: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, pág. 372.

(4) Vid. el texto de la Real Cédula de 11 de marzo de 1824, que declara la nulidad de la legislación desvinculadora, en CLAVERO, cit., pág. 292.

(5) Vid. cómo razona, respecto a la Ley de desvinculación de 1820, PACHECO: «... no es una ley regular... es un hecho de revolución... La legitimidad de lo que decreta el poder de hecho no puede ser contestada por los mismos argumentos con que se contestaría en tiempos comunes...», en CLAVERO, cit., pág. 383; *ibidem*, pág. 380, para la distinción, bien clara entonces, entre medidas políticas y de Derecho privado.

Sigue siendo, por lo tanto, convincente la finalidad confesada por el legislador. El Registro no sirve para apuntalar la eficacia de la desamortización en sí misma, sino del efecto que ésta desata y al que declara servir: la circulación de la riqueza inmobiliaria. En realidad, la Ley Hipotecaria es una medida más de un proyecto típicamente liberal que arrastra resabios de claro corte fisiocrático: la denominada capitalización de la agricultura (6).

El legislador hipotecario tiene en mente a la propiedad agrícola descapitalizada y maniatada por la usura e intenta levantarla de su tradicional postración. La promulgación de la nueva Ley es la última de tres necesarias medidas a un proyecto consecuentemente fisiocrático.

Se ha sustituido la vieja y paralizante imposición indirecta por la nueva capitación personal (reforma de Alejandro Mon). Definitivamente se ha instaurado la libertad de comercio en virtud del nuevo Código de Comercio. Sólo faltaba, según los dictados de escuela, asentar en sólidas bases la propiedad para proporcionar la seguridad necesaria al nuevo proceso económico que se trata de promover y, en consecuencia, promocionar el uso agrícola del capital frente al uso industrial o comercial (7). La principal de las artes es la agricultura, como dicen expresamente las exposiciones de motivos de la Ley de 1861 y del proyecto de reforma de 1869.

Es significativo que el impulso decisivo para la implantación del sistema hipotecario no procederá, como veremos, del Ministerio de Justicia, sino del de Hacienda, y se relaciona con la creación de los bancos de crédito territorial, concretamente del Banco Territorial Central (8).

(6) La implantación del sistema capitalista encuentra firme oposición en el campo donde es vital que triunfe como fuente principal de la riqueza de un país según el pensamiento de la época. «El Gobierno nada tiene que hacer como fomento positivo, pero nunca hará demasiado para quitar las trabas y reparar los obstáculos puestos a los bienes raíces...», palabras de M. M. CAMBRONERO en *ibídem*, pág. 374. Todavía en 1821 D. RICARDO: *Principios de economía política y tributación*, México, 1959, pág. 28, estimaba que la evolución del tipo general de beneficio, prevaleciente en el sistema económico, depende del tipo de beneficio que se forme en la agricultura. Contra esta idea tiene que luchar, y de qué abstrusa manera, K. MARX: *El capital*, III, México, 1972, págs. 725 y sigs.

(7) Son las máximas 5, 13, 4 y 9 para un gobierno económico de un reino agrícola de F. QUESNAY: *Textes annotés*, 2 (edición a cargo de L. Salieron), París, 1958. Concretamente en la cuarta afirma literalmente que «la seguridad de la propiedad es el fundamento esencial del orden económico de la sociedad». La principal de las artes es la agricultura, como dicen expresamente las exposiciones de motivos de la Ley de 1861 y del Proyecto de reforma de 1869, cfr. COLEGIO DE REGISTRADORES: *Leyes hipotecarias y registrales de España*, I-1, Madrid, 1975. Pero la agricultura sólo disputará los capitales a las otras ramas de la economía si se encuentra el instrumento que consiga ofrecer a los financieros las necesarias garantías a fin de poner en movimiento sus capitales. Para entender la desamortización en el proyecto fisiocrático. *Vid.* también el ya clásico F. TOMÁS: «Plantamiento político de la legislación desamortizadora», en *RCDI*, 473, 1969, pág. 897, n. 46.

(8) El impulso decisivo para la implantación del sistema hipotecario no procederá,

3. Frente al propietario meramente rentista, el nuevo Derecho civil decimonónico protegerá al inversionista que con su capital pone en marcha la producción. La plasmación legislativa de estas medidas se produce en la nueva regulación de la hipoteca si el capital que se trata de invertir es ajeno. En cuanto al inversionista de capital propio es protegido mediante la modificación del régimen civil del poseedor de buena fe y el hipotecario de los arrendamientos (9).

Es simplificador, por consiguiente, entender que las leyes hipotecarias persiguen simplemente una «abstracta» seguridad del tráfico inmobiliario.

PAZ ARES, con razones de peso, ha impugnado la tradicional «hipótesis de la repelencia» entre seguridad de derechos y de tráfico. Desde un punto de vista económico, de una racional asignación de recursos, no ve la razón de por qué va a ser mejor el nuevo que el viejo propietario.

«Tradicionalmente, dice, se viene diciendo que la tutela del tercero de buena fé se justifica en función del incremento de volumen y del ritmo de circulación que la misma induce. Con esta suerte de argumentaciones no se llega a justificar nada... El tráfico o la circulación no constituyen un fin en sí mismos, son medios para... el disfrute de los recursos... no se entiende por qué se va a preferir al adquirente frente al titular... Es más, las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son precisamente aquellas cuya alteración no es posible voluntariamente. Por consiguiente, en principio y mientras no se demuestre lo con-

como veremos, del Ministerio de Justicia, sino del de Hacienda, y se relaciona con la creación de los bancos de crédito territorial, concretamente el Banco territorial central. Vid. B. Oliven *Derecho inmobiliario español*, Madrid 1892, pág. 696. Esta ligazón no se pierde. Para el proyecto de crédito agrícola (introduce garantía sobre frutos) y Montero Ríos, vid. las observaciones del ponente señor Lavín en la discusión parlamentaria de la Ley de reforma de 1909, en COLEGIO, II-1, cit., pág. 382. Es curioso que, como pasa en otros países, estos bancos no harán negocio en el campo, sino en la ciudad. Vid. G. PALMADE: *La época de la burguesía*, Madrid, 1978, pág. 100. El éxito de nuestro sistema hipotecario residió en que logró ofrecer garantía firme al capital industrial, también el urbano. Las razones por las que el campo fue derrotado frente a la industria en su lucha por el capital no interesan ahora.. La vinculación entre la Ley Hipotecaria y las sociedades de crédito está presente ya en la discusión parlamentaria de la primera Ley Hipotecaria; vid. COLEGIO, I-2, cit., pág. 184, y la exposición de motivos en COLEGIO, I-1, cit., pág. 289: «... entre capitalistas y propietarios... haya instituciones intermedias que emitiendo obligaciones de valor único...».

(9) Para el régimen del poseedor de buena fe es indispensable el estudio de F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, págs. 361 y 391, con su análisis de las innovaciones de los artículos 404, en cuanto a limitación del derecho del propietario a la sola renta, y 432, en cuanto a las mejoras. Por lo que se refiere el arrendamiento inscrito se trata de conferirle estabilidad como un «verdadero derecho real». Vid. la exposición de motivos de la Ley de 1861 en COLEGIO, cit., pág. 244.

trario, lo sensato es dejar el Derecho en manos de quien realmente lo ostenta (10).

Las reglas de seguridad de tráfico, añade, son reglas que se establecen para proteger los titulares de derechos... para hacerles más fácil valorizar o hacer efectivo el disfrute de sus derechos subjetivos, que justamente consiste en que se consume la transacción relevante.» (11).

Esto es, dicho llanamente, la seguridad de tráfico es una medida coherente en el mundo mercantil, donde el valor de uso de las cosas se confunde con su valor de **cambio**, pero el destino de la tierra no es el cambio, sino el uso; por lo tanto, la llamada **seguridad** de tráfico inmobiliaria, desde esta perspectiva, debería ser vista con recelo.

La historia del sistema hipotecario en este país demuestra, sin embargo, que la seguridad de tráfico inmobiliario se confunde simplemente con la seguridad del crédito. Sólo para servir al crédito, al comercio del dinero y, en tanto lo sirve, la tierra se transforma en una auténtica mercancía (12).

Hasta tal punto es esto así que la protección al tercero prestamista es

(10) Cfr. PAZ ARES: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, págs. 7 y sigs.

(11) No parece dudoso que los fisiócratas estuviesen interesados en promocionar un cambio de «manos» en la propiedad de la tierra. Entienden que no hay peor asignación de la tierra, vista la eficiencia, que la entonces existente, legado del régimen señorial: por ello se trata de fomentar un cambio de propietarios. Cfr. las agudas observaciones de R. L. MEEK: *La fisiocracia*, Barcelona, 1975, págs. 260 y sigs. Esta redistribución de bienes no la realiza el mercado autónomamente por sí mismo precisamente porque el mercado no existe. Las familias nobiliarias no se deshacen de la propiedad sino cuando no les queda otro remedio, no razonan económicamente. Sobre la racionalidad económica del régimen señorial vid. W. KULA: *Teoría económica del sistema feudal*, Buenos Aires, 1974, págs. 43 y sigs. La política aquí impuso sus límites, como se dice en el texto.

(12) La subordinación de la tierra al capital que la ley persigue está clara en la discusión parlamentaria, cfr. las palabras del señor Álvarez en *COLEGIO*, I-2, cit., pág. 117: «la gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital tan seguro como el que existe en el Banco de España... millares de ciudadanos que por su posición no pueden dedicarse a las aventuras del comercio, emplearán los ahorros de sus familias. Hoy nadie presta...». Lo cierto es que el capital financiero ha conseguido el derecho real de garantía sea el derecho real mejor protegido: expresión de su hegemonía política. Cfr. la insistencia de N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, págs. 119-142, en que «no se puede interpretar el dinero y los demás bienes partiendo de la propiedad, sino que sólo se puede interpretar la propiedad... partiendo del dinero». En fin, la diversidad de derechos civiles adquiribles sobre cada finca que el Derecho posibilita es un estorbo al negocio del crédito, por ello éste exige claridad. De este modo, o se articulan mecanismos de equilibrio entre la seguridad del crédito y la de los derechos adquiridos civiles o se presiona para purgarlos, sea en vía legislativa sea judicial. Hay un incontenible proceso de «desrealización», privación de eficacia real a derechos que antes la tenían. Acciones resolutorias, rescisorias, revocatorias, censos, foros, legítimas (catalanas) han caído ya.

incluso distinta de la concedida al simple adquirente. De esta manera surge incluso un régimen privilegiado dentro del mismo Derecho hipotecario (13).

La razón de este trato discriminatorio parece clara: el dinero sí que es mercancía y su valor de uso es sólo el de cambio. Entre el momento de entrega y el de devolución del capital prestado ha de mediar necesariamente un tiempo mínimo, necesario para que culmine el proceso de producción o consumo que posibilita.

Ahora bien, la entrega que el prestamista hace, durante ese plazo, no se apoya en un simple acto de fe. Como nos recuerda GARRIGUES, los bancos no conocen el crédito sin la correspondiente garantía (14). La seguridad de tráfico inmobiliario así es necesaria porque la tierra es un medio de garantía típico del préstamo.

La seguridad de tráfico en el mundo inmobiliario no es más que un eufemismo para referir a la seguridad del crédito. El tercero de buena fe típico es el prestamista hipotecario.

Sólo queda insistir en que de lo que la política hipotecaria trata de conseguir no es de asignar eficientemente la tierra, sino el capital, y no hay asignación más eficiente de capital, para el pensamiento económico dominante entonces, que cuando aquél se invierte en la tierra, única fuente de renta.

4. Este planteamiento, por lo demás, poco tiene que decir en el mundo inmobiliario por otras razones. La política liberal ha exigido que todo sistema de seguridad de tráfico se montase desde los derechos, no contra ellos; la seguridad, como la libertad, no eran divisibles.

Si la construcción del mercado inmobiliario pasaba inevitablemente por la necesidad de proceder a una vigorosa intervención estatal en el orden civil que facilitase la circulación de los inmuebles, lo cierto es que la política decimonónica española procedió selectivamente. Con radicalidad liberó la propiedad predial de las trabas feudales mediante la desamortización política, pero no pudo, ni probablemente quiso, hacer lo mismo con las cargas de naturaleza civil.

El planteamiento del nuevo mercado inmobiliario sólo pudo hacerse

(13) Las diferencias de trato entre el simple adquirente y el prestamista hipotecario que la ley establece son fácilmente apreciables. La comparación entre las causas de oposición del artículo 41 de nuestra Ley Hipotecaria a la petición de posesión del titular inscrito y las del artículo 131 a la ejecución hipotecaria es muy significativa. Justificación teórica de este resultado en J. VALLET: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *RDP*, 31, 1957, págs. 391 y sigs. Es más segura la inversión hipotecaria que la compra directa.

(14) Cfr. J. GARRIGUES: *LOS contratos bancarios*, Madrid, 1975, pág. 293. La seguridad de tráfico inmobiliario es necesaria porque la tierra es un medio de garantía típico del préstamo.

dentro de límites estrictos. Debía fundarse en el respeto escrupuloso de los derechos ya adquiridos.

En primer lugar, el legislador debía encontrar una fórmula que permitiese armonizar la sólida garantía que la tierra ofrece como asiento del capital con el necesario respeto de los derechos adquiridos sobre ella.

En segundo lugar, el respeto no puede transformarse en un obstáculo: la seguridad en el disfrute de lo adquirido no podría conseguirse a costa de entorpecer su futura disposición.

La dificultad de la política hipotecaria consiste en conseguir la armonía entre estos opuestos. El aprovechamiento óptimo del capital es función también de su velocidad de circulación. Rapidez y seguridad son, a partir de un cierto punto, pretensiones contradictorias. Se trataba de buscar y encontrar una posición de equilibrio.

III. ORGANIZACION REGISTRAL: TRACTO Y CIERRE

1. Seguridad de los derechos y fluidez de tráfico inmobiliario son así necesarias pero como principios ocupan posiciones opuestas a partir de cierto punto. Hasta llegar a él son, sin embargo, posibles distintas soluciones de compromiso a partir de un hecho indiscutible: mayor intervención, como diría SHANNON, proporciona más seguridad a la circulación pero a costa de reducir inevitablemente su velocidad y encarecer los costes (15). Esta cuestión puramente técnica, la de encontrar un equilibrio justo entre ambos valores, ha merecido distintas respuestas, también meramente técnicas, que han cristalizado en estructuras orgánicas diferentes. No son iguales todos los Registros de la Propiedad, las instituciones a quienes el Derecho ha encomendado la custodia de la circulación inmobiliaria.

Todos ellos se apoyan en un suelo común: el legislador les ha concedido el monopolio de la llamada publicidad legal de los hechos y derechos relevantes para el tráfico inmobiliario. Los derechos publicados en los libros son conocidos de todos, sin que quepa alegar ignorancia (16).

Pero la publicidad, aunque es un elemento necesario a la seguridad, no se confunde lisa y llanamente con ella. De la una a la otra hay un trecho que no todos los países han recorrido, ni de la misma manera si lo han llegado a hacer (17).

(15) PEIRCE: *Símbolos, señales y ruidos*, Madrid, 1962, págs. 176 y sigs.

(16) Para la distinción que la doctrina italiana ha popularizado entre la publicidad noticia, la publicidad notificativa y la publicidad declarativa, excelente el resumen de A. PAVONE: *// registro della impresa*, Milano, 1954, págs. 118 y sigs.

(17) Una vez aceptado que la seguridad de tráfico inmobiliario es indispensable al crédito, se trata de organizar un sistema hipotecario que no la consiga simplemente a costa del sacrificio de los derechos de los viejos propietarios. Por esta razón son total-

2. La publicidad, si es confusa o contradictoria, no produce obviamente seguridad. No cabe avanzar hacia la seguridad sin organizar en alguna manera la publicidad que se oferta de modo que se garantice su exactitud (18).

Para comprender el camino recorrido por cada Estado en esta dirección nada mejor que ocuparse de estudiar los concretos principios organizativos que en cada caso estructuran la institución registral. Pueden distinguirse dos modelos (19). En el primero, la inscripción de un título ni extingue la inscripción de los contradictorios ya inscritos ni impide la de los no inscri-

mente desechables los sistemas de inspiración «mercantil» de seguridad apoyados en la mera posesión o apariencia, porque sacrifica automáticamente todos los derechos que no la aparejan (la posesión). Este sistema garantizaría los intereses de los adquirentes pero no de los que han ya adquirido, tampoco de los que han prestado. Por eso el Derecho inmobiliario es un baluarte civil (garantía de derechos) frente al deseo de mercantilizar la tierra (mera garantía de tráfico). Entre los sistemas inmobiliarios que consiguen ofrecer garantías a los derechos no posesorios, sin duda son más efectivos en el respeto de los derechos adquiridos aquellos que consulta a los ya inscritos el acceso al Registro de todo nuevo derecho que les puede perjudicar que los que no lo hacen. Los sistemas de especialidad con cierre y tracto vigilan rigurosamente ya en el mismo proceso de inscripción el respeto al principio del consentimiento (nadie da lo que no tiene), escudo del derecho de propiedad, y no remiten o aplazan este control al juicio posterior: no ingresa derecho contradictorio en los libros sin consentimiento del antiguo propietario o sentencia judicial.

(18) Uno de los objetivos de este trabajo es precisamente llamar la atención sobre la importancia del llamado Derecho hipotecario formal. La organización del Registro es el fundamento de todos los efectos de Derecho material de los que se le quiera dotar. Simplificando, podría decirse que los Registros de tracto y cierre perfeccionan el mecanismo contable que todo Registro supone. El paralelo contable no es de cosecha propia; está explícito ya en Antón Luzuriaga en el artículo 82 de su Anteproyecto de reforma hipotecaria de 1848; cfr. COLEGIO, I, cit., pag. 86.

(19) El primero es propio de los sistemas de tipo latino. El segundo define el sistema germánico. El acceso al registro no es un mero derecho formal precisamente porque de la inscripción siempre se deducen consecuencias de Derecho material: v. gr. en nuestro sistema, presunciones de todo orden en favor del titular inscrito contra los que discutan la atribución que el asiento publica. Lo que merece ser destacado es que hay sistemas que no pueden cumplir el cometido que tienen atribuido si no es operando sobre ese derecho de acceso para restringirlo: inscrito un derecho son expulsados los contradictorios inscritos y vetados los no inscritos. Esta restricción es requisito previo imprescindible cuando el sistema pretende que la publicidad por él dispensada sea exacta: al menos ya nunca será contradictoria. Por lo tanto, donde la ley no liga ningún efecto de derecho material al asiento poco importa que se garantice el derecho de acceso al Registro a todos los derechos reales. A la inversa, un Registro que veda el acceso a determinados derechos tiene poco valor como instrumento fiscal: libra de la exacción a aquellos a quienes rechaza. Por ello los sistemas de especialidad con cierre suelen ser los únicos apropiados para organizar registros jurídicos y que, en cambio, sólo los que no aceptan el efecto cierre puedan cumplir perfectamente finalidades de orden fiscal. Cfr. las observaciones de PAVONE, cit., pág. 122, sobre la que llama publicidad sanante: «... En el caso que a la inscripción deba reconocerse eficacia (sanante), no se puede decir que exista una obligación de inscripción, puesto que la ley prohíbe que sean inscritas situaciones a las que faltan los requisitos requeridos...».

tos. Los libros se limitan a hacer públicos los documentos a medida que se van presentando pero sin relacionar unos con otros, de modo que no se impide la publicidad simultánea de derechos incompatibles.

En el segundo, la situación es exactamente la contraria: no cabe hacer simultáneamente publicidades contradictorias. El Registro publica un mapa coherente de titularidades sobre cada finca, por ello cada asiento extingue la publicidad de titularidades inscritas que le sean contradictorias e impide el acceso o subordina a las no inscritas.

De este modo la resolución, por la que se decide sobre la oportunidad de la inscripción solicitada, cobra un valor superior en los sistemas presididos por un principio de coherencia organizativa: la suerte registral del título a inscribir vincula la de los contradictorios, ya inscritos o todavía no inscritos.

En este último caso existe un juego registral autónomo, con sentido en el mismo, que perjudica a terceros. Cuando el asiento de un título condiciona la suerte registral de otros diferentes, es evidente que el interés en inscribir del presentante no es el único digno de protección.

Este es el punto esencial donde el sistema se juega su operatividad. El proceso de inscripción debe también cuidar los intereses de los titulares de asientos a quienes la práctica del solicitado puede perjudicar, sin comprometer por ello la agilidad del tráfico que se trata de proteger (20).

El grado de complicación organizativa que tienen las oficinas en estos casos, por consiguiente, es mucho mayor. Pero este esfuerzo suplementario es absolutamente necesario si se quiere avanzar en la seguridad del tráfico inmobiliario exclusivamente con ortopedias registrales.

La publicidad que estos Registros ofrecen, al menos, ya nunca será contradictoria: condición necesaria cuando lo que se quiere es atribuir a las declaraciones registrales valor sustantivo frente el tercero que adquiere.

3. Cabe, en conclusión, formular una especie de teorema: existe una correspondencia directa sobre los efectos registrales y los materiales que cada sistema concede a sus inscripciones. Se elige un determinado sistema registral precisamente porque se quiere dotar a la inscripción de determinada eficacia de derecho material. Dicho de otra manera: el efecto civil de la

(20) Debe destacarse que la proposición inversa, también cierta, permite nuevos desarrollos dialécticos. Es evidente que si el procedimiento registral cuenta con los intereses de titulares de los derechos ya adquiridos, también puede producir, ya en el ámbito registral, actos que pueden perjudicarlos. La salvaguarda de los intereses de esos terceros no ha de producirse, sin embargo, siempre de la misma manera. Depende mucho del alcance de los posibles perjuicios, su irreversibilidad y su irreparabilidad. No hay que olvidar que la mayor o menor eficacia del acto jurídico es función de la mayor o menor intervención que se conceda en el procedimiento que lo produce a los particulares cuyos intereses pueda perjudicar.

inscripción está en función de la estructura organizativa del Registro que la produce.

El estudio de la organización hipotecaria tiene, por ello, evidente relevancia científica: la eficacia formal de la inscripción es así presupuesto de su eficacia material.

IV. REGISTROS DE DOCUMENTOS: LA PURGA

1. El Registro de la Propiedad no es un ente benéfico, sino un poderoso instrumento de control del tráfico inmobiliario puesto al servicio no de una abstracta seguridad de tráfico, sino de la más concreta del inversor.

Su juego no es posible sino mediante la subordinación de derechos que el orden civil entiende justamente adquiridos. El grado de subordinación es cuestión que ha decidido la política. La fórmula que concreta en la práctica esta subordinación es ya, en cambio, una construcción puramente técnica.

Así cada sistema hipotecario da forma jurídica, expresa un delicado compromiso político, un equilibrio siempre discutible, entre el necesario respeto a los derechos adquiridos y protección de interés del tercero que adquiere.

2. El legislador puede estar simplemente interesado en dar publicidad a los títulos o documentos de posible eficacia real. Los Registros que llamaremos de mera publicidad están pensados para cumplir este cometido.

Los derechos o acciones reales adquiridos según el Derecho civil se respetan *íntegramente* cuando sus titulares se preocupan de inscribirlos en el Registro: sólo de este modo perjudican a terceros.

Toda la intervención hipotecaria en el orden civil termina aquí. Los asientos registrales nada añaden a la bondad intrínseca de los contenidos que publican: los títulos aún inscritos siguen siendo nulos, revocables o resolubles a instancia de cualquiera que alegue otro contradictorio. La inscripción no refuerza o *legítima* la validez de los derechos que resulten del título inscrito frente a otros títulos estén o no inscritos.

La debilidad de la eficacia material que la inscripción produce congruentemente permite una notable sencillez del procedimiento registral que la produce: nunca por el hecho de extender un asiento pueden resultar cancelados otros asientos pasados ni vetados los que se intenten en el porvenir, por contradictorios que sean. El asiento recién extendido no perjudica a los ya practicados o que se intenten en el porvenir (21).

(21) Es llamativo el desliz de nuestro codificador. Es mejor la venta que primero se inscribe (art. 1.473 del Código Civil). En nuestro Derecho hipotecario sólo se inscribe una: la que primero llega si se califica como válida. Pero inscrita una, incluso inválida, no cabe inscribir la otra. Al contrario del Derecho francés, de donde se toma el citado

El último asiento extendido en los libros carece de toda pretensión de hegemonía sobre los contradictorios, inscritos o no. De este modo, si se niega o permite el acceso por la razón que sea a un documento, es el peticionario el único perjudicado, y el sistema puede limitarse a contar únicamente con él, pues de este modo da tutela cumplida al único interés que se ventila: el suyo. En consecuencia, el procedimiento de registración puede prescindir de los terceros (22).

Estos sistemas son apropiados para la obtención de finalidades de naturaleza pública, principalmente fiscales, más bien que privadas. De hecho el interesado en adquirir una finca o derecho sólo puede satisfacer su comprensible aspiración a asegurarse, antes de comprar, sobre la identidad de su verdadero titular acudiendo a medios extrarregistrales (23).

3. De hecho, la unión indisoluble entre seguridad de tráfico y registro, que nosotros estamos tan habituados a dar por supuesta, sólo madurará muy tardíamente. Durante muchos años la adquisición irrevocable de la propiedad es efecto que se produce fuera del Registro que, como mucho, se limita a constatarla. El estudio de esta larga travesía es, de todos modos, aleccionador también para el estudioso del Derecho hipotecario.

En el Antiguo Régimen la tierra, en su mayor parte, no estaba en venta, sino amortizada, vinculada. A la inversa, y por la misma razón, tampoco apremiaba, como de forma obsesiva pasará en el siglo XIX, la necesidad de organizar un sistema que permitiese garantizar la estabilidad, la seguridad, de las adquisiciones inmobiliarias (24).

Sin embargo, el tráfico de bienes inmuebles, aunque escaso, no había desaparecido. Las transferencias de la escasa propiedad libre tenían que someterse a los principios que gobernaban el viejo orden civil, que no

precepto en que si se inscriben las dos: no hay cierre. No deja de ser enigmático que nuestra primera Ley Hipotecaria atribuya también la propiedad al que primero inscribe. En todo caso, el precepto se reforma en 1909. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria de ese año dice: «por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita», COLEGIO, II-1, pág. 717. Sobre cierre, R. ROCA SASTRE y L. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1979, pág. 210.

(22) El derecho de acceso que necesita ser tutelado es en estos sistemas únicamente el del solicitante. Este es, por hipótesis, siempre parte en el procedimiento de inscripción; por lo tanto, las resoluciones que recaigan en el oportuno recurso judicial que llegase a promover pueden tener eficacia de cosa juzgada. Para el sistema francés, artículo 26 y siguientes del DL de 4 de enero de 1985, en DALLOZ: *Code civil*, París, 1984-1985, págs. 1246 y 1247.

(23) Sobre fórmulas extrarregistrales (económicas) de seguridad es de enorme provecho A. MORO: *LOS sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*, Madrid, 1986, en donde se ponen de relieve, descendiendo a los oportunos detalles prácticos, los principios de toda política de seguridad: coste y responsabilidad.

(24) Sobre la extensión que, v. gr., en Castilla alcanzó la propiedad vinculada, vid. CLAVERO, cit., pág. 128.

admitía la adquisición de derechos que no procediese de su verdadero titular (25).

Sólo es seguro propietario el que todos los interesados en la finca aceptan como tal; de hecho deben renunciar a sus derechos en cuanto se opongan al recién adquirido. El nacimiento de nuevo derecho pasa por la muerte de los viejos. Cada transmisión pone en crisis el orden de los propietarios. Esto es lo importante: no hay propiedad absolutamente segura sino con los terceros y contra los terceros. El viejo régimen lo sabía perfectamente.

4. La bondad de la adquisición es garantizada porque todo posible tercero perjudicado la ha consentido explícita o implícitamente. Todos los interesados, conocidos o no, son genéricamente intimados a un proceso (26) y por lo tanto obligados a respetar su efecto. Hay adquisición segura porque, a través de un proceso fingido, se extingue todo derecho contradictorio con el nuevo que nace: una especie de adquisición originaria. Siempre que se transmite un inmueble se desencadena, por esta razón, un proceso que define el verdadero propietario. El derecho renace con cada transmisión.

Es significativo que este recurso fuese común a muchos países europeos: Bremen, Bretaña o los reinos de Sicilia o de Mallorca (27). Era un remedio

(25) Cfr. cómo H. HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Barcelona, 1987, pág. 85, justifica la *traditio* abstracta en el contexto político decimonónico: «aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles. En la nueva situación la teoría de la *traditio* encajaba como negocio jurídico abstracto, ya no era su historia (la de cada derecho de propiedad en cada cosa) la que justificaba la propiedad, convertida en un derecho ahistórico. Para su reconocimiento judicial bastaba que alguien estuviese en posesión de una cosa y pudiese probar la voluntaria entrega de la posesión por parte de su predecesor... El rechazo de la doctrina del *titulus iustus* desvalorizaba los antecedentes de la propiedad y revalorizaba en la misma medida la tenencia factual. La nueva doctrina agradó por igual a conservadores y empresarios liberales. No era pertinente la cuestión acerca del origen de un patrimonio...». Solución que evidentemente facilitaba la implantación del sistema hipotecario y contraria a la española (irretroactividad de la Ley Hipotecaria), *vid.* capítulo tercero de la segunda parte.

(26) Sólo la sentencia es instrumento apto para fijar la situación jurídica entre las partes, de modo que éstas no pueden, una vez dictada, tratar de reargüir el estado anterior. Sobre esta cuestión, C. FURNO: *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1967, págs. 81 y sigs. Efecto novatorio de la sentencia es origen de una acción distinta *actio iudicati*. Este efecto, más que constitutivo, sustantivo de la sentencia había tratado de extenderlo a la escritura pública R. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950. En contra, CASTRO, *cit.*, págs. 307 y sigs. Un resumen claro en J. L. MEZQUITA: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, 1989, pág. 105, n. 411.

(27) *Vid.* un resumen muy completo en el todavía imprescindible B. OLIVER: *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892. Era significativo el caso de la ciudad libre de Bremen. La transmisión de fincas exigía una subasta judicial, anuncios en periódico oficial, lo que fundamentaba que la declaración judicial tuviese efecto extintivo de los

exorbitante pero necesario en una sociedad condicionada por la existencia de un grave obstáculo al comercio inmobiliario que necesariamente había que salvar: la falta de un sistema fiable para conocer las cargas que cada finca soportaba y la identidad de sus titulares.

Había que dispensar al que pretendía adquirir de hacer llamamientos individuales a juicio de todos los titulares de derechos sobre el inmueble por la simple razón de que la mayor parte eran desconocidos. La monarquía francesa acabó concediendo este derecho al interesado en comprar previo pago de las tasas oportunas, cuyo cobro se reservaba evidentemente el fisco (28).

De este modo la seguridad de los derechos ocultos se convertía de hecho en una regalía. Conclusión que está en la base de todos los modernos Registros de la Propiedad (29).

derechos no reclamados en plazo (*lassung*), *ibidem*, págs. 90-91. Para el reino de Mallorca, *vid.* OLIVER, cit., pág. 277; recoge el texto íntegro de la disposición redactada por los Jurados de aquel reino y aprobada por el Gobernador del mismo en 1413, «encaminado a dar seguridad a los compradores de bienes inmuebles, haciendo irrevocable la adquisición de dominio de los mismos, mediante un procedimiento especial análogo al conocido en la legislación alemana con el nombre de *Praklusion* y en el Código de Napoleón con el de *purque* o liberación». La purga francesa la introduce todavía un edicto de 2 de febrero de 1771 (!). Esta confrontación de datos permite conjeturar la existencia de un pensamiento común a la seguridad inmobiliaria en toda Europa. Este efecto automático constitutivo y extintivo de la investidura formal parece fundarse en que todos los interesados convocados formalmente (edictos) están vinculados por los acuerdos del Tribunal aunque no comparezcan. Así era en sus orígenes (sentencia en un proceso real, luego fingido, ante el Tribunal del rey franco). Cuando, con posterioridad, el Juez se limita a confirmar la jurisdicción de la transmisión, sólo transcurrido año y día desde la sentencia, hay *rechte gewere*. H. PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, Barcelona, 1957, págs. 168-169. *Vid.* dos notas finales.

(28) Cfr. A. E. GIFFARD y R. VILLERS: *Droit romain el ancien droit français*, París, 1976, págs. 416 y sigs., las referencias al Edicto de 2 de febrero de 1771. *Ibidem*, *id.*: «Primitivamente el decreto voluntario (de purga), habitual en el siglo xvi, copiaba la *sasis* real con toda su lentitud. Este modo ... fue reemplazado en junio de 1771 por el sistema de *lettres de ratification*: el adquirente no tenía más que tomar sus cartas en la cancillería; estas cartas eran libradas desde que transcurrido un cierto plazo ningún acreedor había hecho oposición.

(29) J. A. ALVAREZ: *La propiedad en la formación del moderno Derecho administrativo*, Pamplona, 1983, pág. 43, entiende la política hipotecaria como típicamente liberal en el sentido que da a esa expresión: eliminación de todo límite al ejercicio del poder político. El «estado es titular originario de la propiedad... El Estado es el ser trascente e inescrutable anterior a la propiedad y a la persona...». *Ibidem*, pág. 34. Sin embargo, tener en cuenta, además de lo que resulta del texto, el estado de la cuestión que con carácter general para el Estado absoluto y los derechos adquiridos explica J. L. CARRO: «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado pre-constitucional», en *Estudios jurídicos homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago, 1981, págs. 382-383. En cuanto al nacimiento real y conceptual de la soberanía hay que atenderse a C. SCHMITT: *El nomos de la tierra en el Derecho de gentes del Ius Publicum Europaeum*, Madrid, 1979, págs. 157 y sigs.

5. El legado del viejo régimen al Derecho contemporáneo tenía un contenido muy preciso. La publicidad es una función de titularidad estatal y la inscripción, en consecuencia, una carga del ciudadano.

De este modo la distancia que media entre el respeto liberal por los derechos civiles y el sacrificio a que les sometía la monarquía absoluta ya no será insalvable. Prueba plena ofrece el Derecho francés, que conoce el sistema con el nombre de purga.

En primer lugar, la purga necesita la ayuda de un eficaz sistema de publicidad que permita conocer los titulares de los posibles derechos a purgar. No hay más derechos que los contados en los libros. Sólo ellos han de ser llamados a la purga. Los que no están inscritos, en cambio, no serán llamados precisamente porque no están contados y por ello no merecen ser conservados (30). La intimación personal a los interesados, que la publicidad posibilita, permite dar tutela adecuada a los titulares de las cargas o derechos que el Tribunal ha sido llamado a liberar.

En segundo lugar, los papeles deben estar claramente repartidos. La publicidad de los derechos reales la hace el Registro. La seguridad en la posesión del derecho recién adquirido, porque se obtiene a costa de la extinción de los antiguos, sólo puede ser obra de los Tribunales.

En tercer lugar, estructuras registrales sencillas, livianas, que ordenen los asientos siguiendo un mero orden cronológico, bastan, son eficientes para dar cobertura al juego de la purga. No se precisa ningún esfuerzo suplementario que siempre sería un sobreesfuerzo baldío, una costosa complicación.

Ciertamente, pocas dudas cabe albergar sobre la seguridad de las adquisiciones efectuadas con arreglo al sistema de purga; sí, en cambio, era preciso reconsiderar los costes de muy diverso orden que genera.

La purga provoca el juicio: la amenaza de un proceso que el mismo sistema estimula vierte sobre todo adquirente que pide la purga. Sólo si comparece y se opone, el posible perjudicado conseguirá defender sus derechos e impedir su extinción.

Sobre su agilidad o la inmoderación de sus costes poco hay que decir: viene de suyo. Lo difícilmente tolerable para el buen espíritu liberal es el desproporcionado, excesivo, efecto de la purga. La finca, si nadie se opone, surge ciertamente inmaculada de cada transmisión pero a costa de dejar en el camino todos los derechos adquiridos que no se han hecho valer oportunamente.

Fueran éstas u otras las razones, lo cierto es que el Derecho francés ha

(30) Esta idea se expresa en la denominación de las oficinas francesas: se conservan los derechos que se inscriben porque se tienen en cuenta en la purga. Cfr. GIFFARD, cit., pág. 417.

limitado considerablemente su fortaleza. El efecto exorbitante de la purga debe subsistir sólo en la medida que devenga estrictamente necesario.

Primero: la purga es sólo un instrumento para facilitar el crédito liberando la tierra de privilegios e hipotecas, pero no es adecuada para depurar la finca de reservas de resolución u otras cargas inscritas, para definir, en definitiva, quién es verdadero propietario (31).

Segundo: los derechos extinguidos necesitan ser eficazmente protegidos, por lo que la purga sólo procederá cuando un tercero intente comprar y precisamente antes de que lo haga. No hay purga sin subasta, cuyo precio garantiza el hecho de que hayan de ser llamados a la puja todos los directamente interesados en la finca que los asientos del Registro descubre. Además, los derechos purgados tienen el derecho excluyente de verter con preferencia sobre el precio de la finca adjudicada.

De este modo, sin embargo, aparece un nuevo inconveniente. La purga garantiza la adquisición pero no necesariamente el interés del que pretende adquirir: por el juego de la puja en la subasta (32) que el sistema exige, el que había decidido adquirir determinada finca puede verse privado de ella por un mejor postor.

6. Bajo la hipnosis de este modelo vive nuestro Derecho hipotecario decimonónico. La inseguridad del tráfico inmobiliario venía acentuada, en nuestro país, dado el pie forzado de que el legislador hubo de partir: el respeto del viejo orden inmobiliario del Derecho común, recopilado en las *Partidas*. Los derechos, con arreglo al orden tradicional, tienen el contenido, la eficacia real que resulta del título, el envase que lo contiene.

(31) El *Code* ha limitado el juego de la purga: sólo hipotecas y privilegios que vertirán sobre el precio de compra. Este efecto puede encontrar apoyo textual en el mismo Derecho romano; C. 8,25,6: *Si no tempore, quo praedium distrahebatur, programme adminiti creditores, cum presentes essent, ius suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisissae*. La purga no decidía cuestiones de propiedad, no liberaba derechos de resolución ni tampoco de uso o disfrute sobre la cosa. Esta limitación perdura en *Code* pero con otro resultado. Entre tanto se han producido modificaciones sustanciales en el Derecho civil francés. El *Code* ha transformado en personales la mayor parte de las viejas acciones reales de efecto resolutorio. Por lo demás, las cuestiones de propiedad están excluidas y se reservan a los Tribunales. El ejercicio judicial de la acción de resolución debe asentarse en los libros si quiere afectar a tercero y, evidentemente, no puede ser purgada: un juicio simulado (voluntario) podría dejar sin sentido la sentencia dictada en otro plenario, artículos 2.181 y sigs.

(32) Este efecto es coherente con el Derecho común: subasta es garantía de precio justo y nadie puede pretender adquirir las cosas por menos de su valor. Puede conjeturarse que todo el moderno derecho de garantías es el desarrollo de una idea probablemente de origen eclesiástico (el precio justo) que obtiene especial predicamento porque sirve más a los intereses de los acreedores como estamento que al deudor. La subasta o la tasación de valor de la cosa hipotecada tutela el sobrante que es el derecho actual

Las restricciones impuestas por los propietarios al libre uso o disposición de la tierra gozan de eficacia real. Los nuevos propietarios eran causahabientes de los viejos y deudores de acatamiento a sus decisiones. La propiedad era obra exclusivamente de los propietarios. Por esta razón no existían derechos reales en estado puro. Al contrario, están contaminados por el título que los origina que, en consecuencia, condiciona su eficacia real.

Esta situación ciertamente generaba confusión y emponzoñaba el libre tráfico. Era necesario aportar claridad, que, por consiguiente, pasaba por definir con precisión el contenido de los derechos. Si el legislador decidía que la custodia del tráfico era tarea exclusiva del Registro, éste había de cumplir dos requisitos.

No bastaría que el Registro publicase todos los títulos con posible eficacia real, sino que era preciso también que los seleccionase: cada derecho, su titular. Además debía definir, con suficientes garantías, el contenido de los derechos publicados.

La complejidad de esta tarea desanimó en ocasiones al legislador, que, como veremos, renegó del Registro y recurrió al demoledor efecto de la purga. Es muy aleccionadora la historia del sistema de purga en nuestro país. Los distintos papeles que se le atribuyó y los curiosos altibajos por que pasó (33).

de los segundos acreedores permitiendo un aprovechamiento de la garantía. El *ius offerendi* tutela el sobrante, por eso el momento óptimo para la purga es la venta en subasta que extingue el *ius offerendi*. Sobre estas ideas, imprescindible A. D'ORS: «El 'ius offerendi' de tertius», en *Studi Biondi*, 1, Milán, 1965, págs. 213 y sigs.

(33) La publicidad está por lo tanto siempre en la base de la fortaleza del efecto transmisivo. Pero para alcanzar seguridad plena se precisa algo más que garantice la legitimidad de la adquisición. Para conseguirla se precisa contar en algún modo con los posibles perjudicados, aunque a veces esta cautela se reduzca al extremo: consentimiento fingido (edictos más transcurso de plazo sin oponerse). Instalado el nuevo orden liberal en la propiedad no podía fundarse nunca en el despojo de los propietarios. Por ello la propuesta hipotecaria que parece imponerse a finales del xix, en cuanto prescinde de la purga dada su «pesadez» o rigidez, dispone una mera homologación oficial que genera una mera apariencia a favor de su titular y que, sólo si éste vuelve a vender, se transforma en irrevocable frente al tercero. En este caso, las cautelas que la ley disponga en garantía de los otros terceros, los perjudicados, serán menos formalistas, ya que no necesita pasar por la renuncia a sus derechos (la solución de la *GBO*, consentimiento formal que simplemente autoriza el asiento, es original porque utiliza los medios propios del primer sistema para conseguir los efectos limitados del segundo; pero de este modo consigue desresponsabilizar al Estado del riesgo de organizar la seguridad de tráfico). Lo importante es que la publicidad por sí sola no produce nunca una adquisición irrevocable. El Derecho contemporáneo conoce, también, una solución intermedia que tuvo éxito en el Derecho histórico de todos los países europeos: la publicidad combinada con el transcurso del tiempo concede al adquirente una posición irrevocable: *jar and tac ane rechte widersprache*, *Tenure d'an et jour*. Para la posesión de año y día en los Derechos peninsulares, P. MEREJA: «A posse de ano e dia no direito dos foros», en

V. REGISTROS DE BIENES: EL SISTEMA ESPAÑOL

1. Los sistemas hipotecarios de organización mas reciente, de inspiración germánica, pretenden dotar de la seguridad necesaria al tráfico inmobiliario pero no a costa de sacrificar, en interés del nuevo propietario, todos los derechos que gravasen la finca transmitida. La estabilidad de los derechos sobre la tierra no puede ser puesta en crisis cada vez que se produce un cambio en su titularidad.

Evidentemente era necesario encontrar el medio de renovar, con más acierto y sobre otros fundamentos, el viejo compromiso entre el respeto a los derechos adquiridos y la agilidad necesaria al negocio transmisivo, base del mercado de capitales.

Al tercero simplemente le basta con que se le garantice que lo efectivamente transmitido era aquello que trataba de adquirir. No quiere menos, pero tampoco más. El Registro cumple, por lo tanto, su misión si consigue encontrar una fórmula justa que permita definir el exacto alcance de cada uno de los derechos que gravan las fincas. Sólo entonces la ley podrá garantizar al tercero que el derecho inscrito existe y con el contenido que el folio publica.

Evidentemente, para conseguir este resultado en modo alguno es necesario pasar por la extinción de los derechos ya adquiridos sobre la finca que se trata de comprar. Pero esta declaración atributiva de derechos a favor del titular registral, que el asiento implica, no deja de afectar a los terceros: se produce contra todos los demás (34).

Estudos de Direito hispánico medieval, Coimbra, 1953, págs. 163 y sigs. «La *rechte gewere* del Dercho alemán presupone una adquisición mediante *Auflassung* judicial», *ibídem*, pág. 186. En la Península, «muchas fuentes, para indicar que la adquisición fue legítima, requisito necesario para la firmeza de la posesión de año y día, aluden expresamente a... *carta roborada*», *ibídem*, pág. 177, nota 32. Para la *roboratio* y otras instituciones paralelas, *vid.* los textos que para Castilla, Vizcaya, Navarra y Aragón recoge OLIVER, cit., págs. 241 y sigs. Para la analogía con *appropriance* de La Bretaña, *ibídem*, pág. 174. El efecto de la *roboratio* (año y día) deriva hacia la llamada *usucapio secundum tabulas*. Para el Código civil austríaco, *vid.* OLIVER, cit., pág. 157. Para el sistema italiano instaurado por el nuevo Código en su artículo 2.652-6,7, que exige plazos que varían entre cinco y diez años para la llamada eficacia sanante del asiento ante causas de resolución, etc., *vid.* ROCA, cit., I, pág. 559.

(34) La originalidad del moderno juego de la fe registral consiste en que trata de conseguir un efecto casi como la purga sin pasar por un proceso judicial irreparablemente extintivo y constitutivo de derechos. La inscripción no produce una auténtica atribución de propiedad, sino sólo una legitimación irrevocable frente al tercero. El origen de esta solución ecléctica está bien explicado por OLIVER, cit., págs. 111 y sigs. *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*: 1,10,6 y 7. Este efecto de menor alcance permite atenuar o incluso prescindir de la pesadez de la organización que la purga exige (consentimientos materiales de todos los interesados que deben ser llamados); excesivo para los fines pretendidos. La Ley prusiana de 1783 se servía todavía de la purga por edictos o la *Praklusion* para hacer propietarios. El Código civil austríaco también pres-

Nuevas sutilezas organizativas son necesarias para que los Registros sean capaces de asumir sin riesgos estos cometidos dentro de un marco de respeto generalizado a todos los intereses que cada transmisión pone en juego y sin recurrir a la ayuda constante de los Tribunales.

La sustancia de los nuevos Registros está en saber quiénes se responsabilizan de la confección de las declaraciones registrales, de definir el contenido de los derechos a publicar. Pues bien, una solución equilibrada sólo puede proceder cuando se atiende a tres factores.

2. En primer lugar, el efecto del llamado principio de publicidad legal es necesario que se convierta en el basamento del nuevo edificio registral. Indiscutiblemente los derechos inscritos deben tener más valor que los no inscritos.

La inscripción es, en consecuencia, una carga que la ley impone al propietario. La sociedad necesita el tráfico y éste genera riesgos inevitablemente. El que deja de publicar sus derechos se responsabiliza de ellos y a él sólo deben imputárseles, con independencia de cuál sea la naturaleza de esos riesgos y su alcance.

El Registro puede, por esta razón, prescindir de todos los derechos no inscritos; sin embargo, y como lógica consecuencia, está obligado a contar con los ya inscritos. Ciertamente este paso sería importante, pero, desde luego, no suficiente. Bien poco se había avanzado si la definición jurídica que el asiento hace sólo tuviese valor ofensivo frente a los derechos no inscritos: también tiene que perjudicar a los derechos inscritos si son de naturaleza incompatible.

En segundo lugar, los libros del Registro deben estar confeccionados de modo que precisen detalladamente los titulares de todos los derechos que recaen sobre cada una de las fincas del territorio nacional. La inscripción de un derecho cancela el anterior incompatible. No cabe el uso simultáneo del Registro por dos derechos contradictorios. En consecuencia, también se tienen por no inscritos los derechos incompatibles con el último que el folio publica y ello aunque no consten formalmente como extinguidos o transferidos.

De este modo, aunque el asiento carezca de eficacia constitutiva directa, hay ya un daño inmediato a todos los terceros, inscritos o no, que pretendan un asiento incompatible. Daño que puede llegar a ser irreparable si un tercero adquiere confiado en los pronunciamientos registrales.

Este efecto, al que ya hemos dedicado algunas palabras, es de importancia primordial, ya que permite superar los viejos registros de documentos o títulos y pasar a los hoy llamados registros de bienes o derechos.

cinde del efecto purga y sólo acoge la prescripción tabular en un plazo corto sobre la sola base del asiento, *ibidem*, pág. 157.

En tercer lugar, dado los peligrosos efectos que ampara este juego formal, es preciso determinar en quién se descargará la responsabilidad de definir el contenido del asiento, quién es el autor de las declaraciones registrales.

Ciertamente, la eficacia legitimadora que la inscripción produce no es posible sin adecuada tutela de los intereses de los terceros a quienes pueda perjudicar. Pero no por ello resulta necesario concluir que la confección del asiento es responsabilidad que deben asumir siempre aquellos a quienes la inscripción pueda perjudicar.

Como vimos en otro capítulo, sólo hay aquí un límite irrebable: el procedimiento por el que los títulos acceden al Registro debe proveer los medios de tutela adecuados a la salvaguardia de los intereses de esos terceros. El tráfico se organiza desde los derechos ya adquiridos, no contra ellos.

3. El sistema hipotecario alemán, es sabido, es fruto de un admirable esfuerzo doctrinal cimentado sobre ciertas especialidades de su Derecho sustantivo que le facilitaron la compleja tarea.

Primero, la inscripción constitutiva le permite prescindir de los intereses de los titulares no inscritos (35). El procedimiento registral tiene sólo en cuenta a los titulares con derecho inscrito: en efecto, en principio, carecen de toda eficacia real los no inscritos.

Segundo, el asiento pretendido ha de ser consentido por los posibles perjudicados que, en consonancia con el principio de inscripción constitutiva, son sólo los titulares de otros asientos contradictorios (36).

Tercero, el consentimiento prestado por los titulares inscritos al nuevo asiento es independiente, abstracto, de modo que no renuncian, por ese simple hecho, a su derecho. Se trata, pues, de un consentimiento meramente formal: el asiento.

El asiento es, por lo tanto, objeto de un acto autónomo de disposición perfectamente válido aunque no se haya dispuesto del derecho material.

(35) A PAU: «Panorama del sistema hipotecario alemán», en *RCDI*, 551, 1982, pág. 1007, enumera los escasísimos casos en que la inscripción no es constitutiva. Al final de este trabajo su autor ofrece una traducción de la ordenanza inmobiliaria vigente en Derecho alemán.

(36) Dos son las características fundamentales del consentimiento formal en Derecho alemán. Al contrario que el material, va dirigido no al adquirente que pretende el asiento, sino al Estado, a través de la oficina registral, permitiéndole la disposición del folio en los términos autorizados. Es un acto independiente que exige la existencia y capacidad del titular registral en el momento en que lo emite (que puede ser distinto al momento en que se celebró el consentimiento material), *vid.* M. WOLFF: *Derecho de cosas*, I, Barcelona, págs. 166 y 210.

Asiento y derecho pueden seguir su propio camino (37). Un nuevo juego de consentimientos se superpone a los que hayan provocado la transferencia material del derecho. Su objetivo es únicamente autorizar la extensión del asiento.

La inscripción es así obra de los directamente perjudicados por ella. Lo importante es que la disposición del asiento hecha por el titular anterior no implica nunca la pérdida irreparable de su derecho perjudicado por la inscripción consentida, si ésta fuese indebida o inexacta. El titular del derecho puede, desde luego, reclamarlo, mientras no haya aparecido un tercero protegido y exigir la rectificación del asiento contradictorio. La razón es sencilla: sólo había consentido «formalmente» su práctica.

En fin, el asiento es debido porque es consentido y, además, sólo puede publicar uno entre los varios derechos típicos que la ley conoce. Los interesados no se responsabilizan de la exactitud del contenido real que la inscripción recoge sencillamente porque el legislador no les deja: cada derecho tiene el contenido que la ley define.

Por consiguiente, el asiento resulta legítimo simplemente porque los directamente perjudicados lo han consentido. Con independencia de que la transmisión legal, o incluso haya existido, desentendiéndose además de las posibles condiciones a las que su eficacia haya quedado subordinada.

El sistema alemán conoce un auténtico procedimiento registral cuyos protagonistas principales son los directamente interesados: nadie vigila mejor el derecho que su titular.

4. El Derecho español no podía adoptar esta fórmula, como vamos a ver, por varias razones. No por ello ha renunciado a los beneficios del sistema, sino que ha profundizado en otra solución al problema, también de tradición germánica (38).

(37) En la mayor parte de los casos se produce el asiento probando sólo el consentimiento formal, PAU, cit., pág. 1007. Por lo tanto puede extenderse el asiento y faltar el consentimiento material: de hecho ocurre así con frecuencia, WOLFF, cit., pág. 180. En consecuencia, la inscripción es en Alemania frecuente, como en España, aunque por razones inversas, rectificadora y no constitutiva. En nuestro sistema la adquisición real se produce normalmente antes que el asiento, en Alemania el cambio registral antes que el real. El asiento en uno y otro casos sólo tiene eficacia rectificadora del registro: rectificación en un sistema inexacta y en el otro exacta. Si, en el sistema alemán, se produce el consentimiento formal y el material no llega a producirse, el asiento es inexacto y procede la acción de rectificación si el titular registral «aparente» no la consiente voluntariamente. El consentimiento formal no priva al antiguo titular de la acción de rectificación. El titular registral puede siempre retractarse, revocar su consentimiento formal, ejercitando la acción de rectificación mientras no haya aparecido un tercero, *vid.* WOLFF, cit., págs. 260 y sigs.

(38) El principio de calificación bajo la responsabilidad del Tribunal recibe formulación acabada, vigente cuando se publica nuestra Ley Hipotecaria, en la prusiana *Allgemeine Landrecht*, 1, 20, 428 y 430: hace responsable al Tribunal que decretó la

Como resultado de este esfuerzo, puede hablarse de un hallazgo hasta cierto punto original. Lo significativo es que esta originalidad ha sido mantenida por el legislador a pesar de la opresiva influencia de las soluciones alemanas, por lo demás de imposible acomodo a nuestro Derecho. Algunos obstáculos lo impiden:

- Los consentimientos formales, que nuestro Derecho civil admite, no son hábiles para dotar al asiento de eficacia sustantiva. Los consentimientos formales son causales, por lo que no servirían para dotar al asiento de la fortaleza que el sistema exige. El asiento carecería de valor en lo que por exceso o defecto se apartase del título. Los terceros no estarían excusados de comprobar la validez del título al que la inscripción expresamente se remite (39).
- Estas consecuencias son rechazadas explícitamente por la Ley Hipotecaria. El asiento debe definir *erga omnes* el contenido legítimo de los títulos inscritos y, de rebote, también el de todos los contradictorios, inscritos o no. Nuestros asientos son de inscripción y no meramente transcriptivos. Los derechos se adquieren con el contenido que resulta del Registro.
- Hay otra razón para que nuestro sistema prescindiera de la intervención de los interesados. Nuestro sistema es causal. Las partes no pueden

inscripción de una hipoteca que se declaraba nula por consecuencia de los defectos de que adolecía el título. Así abandona el sistema de purga de la *Allgemeine Hypotheken Ordnung* de 1783. El Código civil austríaco declara que el que tiene inscrito a su nombre algún inmueble, servidumbre u otro derecho real sobre cosa se libra de toda reclamación transcurridos tres años (art. 1.467): la hoy llamada prescripción según el Registro. En este Código, basado en la Ley prusiana de 1783, estaría el modelo orgánico de nuestro sistema: los libros «se llevaban bajo la inmediata dependencia de los Tribunales de Distrito, los cuales quedaban sometidos a severas responsabilidades por las faltas en que incurrían»: OLIVER, cit., págs. 128, 108-109 y 157.

(39) Consentimiento formal típico en nuestro país es la elevación a público del llamado documento privado. Basta la lectura del artículo 1.224 del Código Civil para comprender hasta qué punto está subordinado el valor del nuevo consentimiento a la subsistencia y respeto al contenido del consentimiento material que documenta. El consentimiento «formal» defectuoso no ampara ninguna pretensión del tercero («nada prueba») «a menos que conste expresamente la novación», a menos, por tanto, que no sea un consentimiento formal, sino material. De ahí la necesidad de reproducir el documento privado en la escritura que lo eleva a público. Sobre si el consentimiento repetido ante el Notario es en nuestro Derecho un consentimiento formal (formalización de consentimiento verbal o escrito anterior), es una cuestión de importancia capital que está relacionada con la posibilidad en nuestro Derecho del llamado negocio de fijación. Para los argumentos en contra y a favor de su posibilidad, *vid.*, respectivamente, CASTRO, cit., págs. 307 y sigs., y NÚÑEZ-LAGOS, cit., págs. 287 y sigs. Es de advertir que este autor no confunde el efecto de la escritura notarial con el del negocio reconocimiento. Para la aspereza de la discusión en Derecho italiano, el bien informado y polémico FURNO, citado.

disponer de los asientos si no lo han hecho antes de los derechos. Si expresamente, y con conocimiento de las consecuencias, las partes consintiesen el contenido del asiento, novarían el derecho material en aquello que resultasen incompatibles. La ley niega que las partes puedan producir de intento una discordancia entre asiento y derecho. Sin embargo, ésta se produciría inevitablemente si el titular del asiento que lo renuncia no perdiese la acción de rectificación y, con ella, el derecho material.

Los consentimientos dirigidos a provocar un cambio registral o son materiales o no son: su eficacia es irreversible. El que consiente asiento se entiende que renuncia, salvo error, al derecho propio en aquello que la nueva inscripción perjudica. Por ello son sólo excepcionalmente permitidos por la ley: su lugar propio es el proceso.

- Pero hay todavía algo más. Nuestro Derecho admite con normalidad que haya derechos con eficacia real aunque no estén inscritos (40): la inscripción no es normalmente constitutiva.

Nuestro sistema no podría contentarse con el simple consentimiento de los titulares inscritos. La razón es sencilla: nuestro Derecho admite titulares plenos aunque no hayan inscrito sus derechos y ellos también tienen un interés protegible a que sólo ingresen en el Registro títulos legítimos. Habrían de consentir el asiento no sólo los titulares de derechos inscritos, sino también los de los no inscritos y éstos evidentemente son desconocidos (41).

(40) Los derechos reales se perfeccionan en nuestro Derecho sin necesidad de escritura e inscripción. Incluso si hay efectiva posesión perjudican no sólo al titular no inscrito, sino también al inscrito, protegido por el artículo 34 en los términos que disponen los artículos 36 y 41 de la Ley Hipotecaria. La inscripción es siempre debida al derecho real que la solicita, y el derecho existe cualquiera que sea la forma del título que lo justifica. El derecho de acceso al Registro sólo puede ser limitado por causa justificada; en otro caso se produciría una discriminación que vulneraría el principio de igualdad. Es cierto el efecto principal del sistema español consiste en dotar de legitimidad a los títulos que se inscriben y éste no cabe, por hipótesis, en el documento privado, por lo que mal puede procederse a su inscripción. Las dudas en este campo surgen de la negativa reglamentaria a la presentación de documentos privados: prohibición sin cobertura legal expresa. Durante el proceso de inscripción cabe subsanar todos los defectos que no sean insubsanables (el derecho adquirido en documento privado sólo tiene dificultades de prueba). Sobre todo si se piensa que subsanables por excelencia eran los defectos formales (art. 57 del primer Reglamento Hipotecario, COLEGIO, I, cit., pág. 407); que es presentable documento público otorgado por mandatarios verbales en que los consentimientos ratificatorios necesarios serían incluso materiales, no formales; que hay casos en que el documento privado puede originar asientos principales y que hay precedentes legislativos que lo admitían como base del mismo asiento de inscripción (Ley Hipotecaria de 1869). Un resumen claro, como siempre, en A. SANZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1953, págs. 480 y sigs.

(41) Lo que no cabría nunca en nuestro Derecho es entender que el interés de los

A pesar de estas dificultades nuestro Derecho dispone de un verdadero sistema de seguridad registral: la ley mantiene normalmente en su adquisición al tercero que adquiere derecho de persona que aparece en el Registro con facultades para transmitirlo. Este efecto sólo es posible con el apoyo de dos condiciones.

Primero: el dispositivo organizativo de nuestro sistema es semejante al alemán. El Registro español no admite la coexistencia simultánea de publicidades contradictorias, soporte imprescindible del juego de la fe pública: por cada derecho un solo titular registral. Nuestro Registro lo es de derechos, no de documentos.

Por una parte, el asiento, una vez extendido, impide el acceso a la publicidad registral del título contradictorio no inscrito. Por otra, la inscripción última es la única y por ello cancela frente a tercero todas las contradictorias.

Segundo: el contenido del asiento es legítimo e irrevocable frente al tercero (42).

A la vista de ello, lo decisivo es determinar quién será el autor de los asientos, quién, por consiguiente, confeccionará su contenido. Lo cierto es que la autonomía del asiento respecto del título nunca puede resultar, en nuestro Derecho, de los consentimientos formales de los interesados. Sen- cillamente porque la inscripción carecería de valor propio frente al título que extracta (43).

titulares no inscritos en que sólo se inscriban títulos legales podía ser suficientemente tutelado por el consentimiento de los titulares ya inscritos. Sería una renuncia a la acción de rectificación por quien no la tiene. De hecho, semejante postura conduce a la inscripción constitutiva: los titulares de derechos no inscritos carecerían de la acción de rectificación.

(42) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 235, destaca el efecto material de la presunción de existencia y legalidad del derecho inscrito. Lo que le inclina a «utilizar el término técnico de legitimación y no de presunción, precisamente por el *alcance limitado a lo procesal (sin eficacia protectora para el tercero)* propio de la presunción». Precisamente porque el artículo 1.277 del Código Civil sienta sólo una presunción, no una legitimación, que tiene únicamente el efecto procesal de la inversión de la carga de la prueba, no otorga al titular una facultad ejecutiva o dispositiva independiente de la causa del negocio. «El artículo 1.277 no ha cambiado la naturaleza de título incompleto, dudoso y de eficacia desconocida, propia del que no manifiesta su causa. Por ello, es imprescindible que se exprese la causa del título que lo pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y esto no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título, y su eficacia hacia terceros, exige que se conozca cuál sea ésta, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio...», *ibidem*, *id.*

(43) Bajo estos supuestos se ha declarado como principio de nuestro Derecho hipotecario la inseparabilidad de derecho y asiento, A. SANZ, cit., II, pág. 40. Lo que nos lleva al alcance del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que parece dar por bueno, sin más,

Sólo la presencia del Tribunal podría conferir valor autónomo a la fijación del derecho que la partes realicen. Esta vía conduciría, en consecuencia, a que cada inscripción exigiría un proceso y cada asiento necesitaría el apoyo de una sentencia de eficacia constitutiva. Las declaraciones del asiento ya no se superpondrían a las de los títulos, sino que las suplan-

el consentimiento de cancelación para producirla. Se ha negado que este precepto ampare el consentimiento formal abstracto y para ello se remite el artículo 82 citado a los artículos 79 y 80, que recogen «todos los supuestos posibles de causa de cancelación». Siempre es preciso amparar la escritura de cancelación en uno de esos casos. *Vid.* M. PEÑA: *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Madrid, 1984, págs. 466-467. Pero el problema no parece, por esta vía, definitivamente resuelto. A mi entender, la polémica sobre la admisibilidad del consentimiento formal sigue planteada en los términos que la dejó J. GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, Madrid, 1948, pág. 30, cuando retrotrae la cuestión a si la renuncia material es causa suficiente del consentimiento de cancelación del artículo 92. Este autor, muy respetado formalmente y menos materialmente, en su estudio sobre la renuncia en Derecho inmobiliario entiende que el nervio de la discusión consiste en la aceptación o no del carácter revocable de la renuncia. En efecto, de poco sirve negarse a la posibilidad del consentimiento formal si puede ampararse, como causa en la renuncia, al derecho material y ésta fuese revocable. La renuncia material porque es revocable no impide el ejercicio de la acción de rectificación de la cancelación practicada en base a aquélla. En realidad, la renuncia material revocable, a falta de consentimiento de los posibles beneficiarios, equivale, funciona como un consentimiento formal. De hecho la renuncia sin contraprestación no parece a primera vista que pueda librarse de la aplicación analógica de las normas que disciplinan los actos lucrativos: mientras no hay aceptación es revocable. Frente a estos argumentos de notable consistencia, si quiere seguir negando el «efecto» del consentimiento formal (cambio en el asiento sin pérdida efectiva del derecho), sólo caben dos soluciones. O se entiende que la renuncia gratuita se sustrae a los preceptos de las donaciones, es irrevocable sin necesidad de aceptación o causa justa (sobre el tema de la causa justa, no meramente «liberal», F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 222-223, y sobre todo pág. 273). O se entiende que al menos así resulta en el campo del Derecho hipotecario. En uno y otro caso la cancelación amparada en renuncia gratuita es irrevocable y no cabe desdecirse de la ya prestada, intentando la acción de rectificación. La primera solución (civil) tiene apoyo en el artículo 1.204: se ha declarado «expresamente la voluntad de novar». También la conducta del renunciante haría incompatible la subsistencia del derecho antiguo: acto propio. Esta es la doctrina mayoritaria, *vid.*, sobre ella, L. Díez-Picazo y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, 1, Madrid, 1985, págs. 476 y sigs. La segunda postura late probablemente en el pensamiento de Luzuriaga, cuando en el artículo 1.864 del Proyecto de 1851 dice: «la cancelación puede hacerse por *allanamiento* de las partes interesadas en la inscripción, siempre que tengan capacidad *para enajenar bienes*, y conste su unánime consentimiento en escritura pública...». Cfr. GARCÍA GOYENA, *cit.*, II, pág. 226. Allanamiento parece hacer referencia a extinción material, con lo que concuerda la exigencia de capacidad dispositiva y la concurrencia de «todos los interesados». El carácter de orden público del procedimiento registral y la subordinación de todo principio dispositivo al principio de legalidad confiere, en nuestro ordenamiento, a la cancelación, una vez inscrita, el mismo valor que si hubiese sido prestada ante el Juez. En definitiva, la cancelación del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es o equivale, en Derecho hipotecario español, simplemente un consentimiento material: extingue el derecho subyacente. El simple consentimiento de cancelación del asiento, salvo error, implica renuncia irrevocable del derecho subyacente cancelado.

tarían directamente: incluso entre partes. Por este camino indirecto habría resucitado el viejo sistema de purga.

Esta redistribución de derechos, a falta de causa suficiente que la pueda justificar, es lo que se trata precisamente de evitar. No se ve por qué hay que forzar al que ya es titular de algún derecho sobre la finca, si quiere conservarlo, a defenderlo frente al que todavía no lo es; sólo porque este último pretende inscribir. El legislador español, después del fracaso de algunos ensayos que luego veremos, ha acabado por desechar esta opción.

6. Hay otra solución hoy vigente. Al igual que sucede en el sistema alemán, en nuestro Derecho la inscripción tiene valor independiente. Pero al contrario que en Derecho alemán, la inscripción no es fruto de un nuevo juego de consentimientos que se superpongan a los necesarios para producir el derecho que ahora se trata de publicar.

La disposición del asiento, la confección de su contenido, es una competencia estatal que nuestro ordenamiento jurídico ha concedido al Registrador: exige una decisión responsable fruto de una convicción personal.

En este proceso sólo hay un nuevo consentimiento, el suyo, que además es el único necesario en el proceso de inscripción. Su naturaleza es, por otra parte, material, no formal: le responsabiliza de la legalidad del asiento (44).

El Registrador no está vinculado por la voluntad o la interpretación de los interesados (45), salvo que otorguen un nuevo título, sino a la ley,

(44) El único consentimiento que opera en el procedimiento de inscripción es el del Registrador. Este consentimiento es, además, material porque es irreversible. Prueba: los asientos extendidos ya sólo pueden ser rectificadas, salvo determinados errores materiales, en juicio ordinario o con el consentimiento de todos los interesados y, entre ellos, el mismo Registrador que ocupa una posición autónoma frente a las partes (art. 219 de la Ley Hipotecaria). No hay recurso gubernativo contra el asiento ya extendido, aunque fuese manifiestamente improcedente (*vid.* RR de 12 de diciembre de 1923 y 30 de abril de 1935; *vid.* las RROO de 23 de agosto de 1866 y 26 de julio de 1875, en ALCUBILLA, cit., págs. 615 y 628. Por eso no se notifica su práctica. Donde no hay recurso opera la responsabilidad. La decisión de inscribir es irrecurrible, por ello responsabilizadora. *Vid.* la solución distinta de los párrafos 71-2 y 53 de la GBO en PAU, cit., págs. 1010 y 1006, que permite a través del recurso de alzada solicitar que se ordene a la oficina registral una cancelación o un asiento de contradicción.

(45) La conformidad del presentante a que se despache el documento que regula el artículo 433 del Reglamento Hipotecario vigente no es un consentimiento formal. Primero es conformidad a que se despache el documento por el Registrador con arreglo a su calificación (la del Registrador), pero no al consentimiento del presentante. Segundo, porque de no manifestar nada el interesado pasados treinta días de la presentación, en todo caso el Registrador, debe despachar el documento con arreglo a su calificación, pero con nota de defectos: la conformidad sólo dispensa de poner en el momento de despacho la nota de defectos. Tercero, la conformidad no priva a los interesados del recurso gubernativo: pueden, pese a la conformidad en el despacho, pedir la nota de defectos. Cuarto, pueden recurrir por toda clase de defectos no sólo para el caso de que el asiento no se haya extendido con arreglo a la conformidad prestada, sino también

garantía y presupuesto de su independencia. El asiento es debido, en consecuencia, sólo en la medida que se ha dispuesto legalmente del derecho y eso lo decide únicamente el Registrador. Otra conducta implicaría delegación de competencias y transferencia de responsabilidades, cosas ambas que la ley prohíbe rigurosamente (46).

La falta de los posibles resistentes a una pretensión, recuerda S. SATTA, provoca el riesgo de que el juzgador sustituya su voluntad o la de la parte presente por la que correspondería con arreglo a Derecho (47).

La responsabilidad rigurosa es el dispositivo que sujeta al Registrador al principio de legalidad. Nadie vela mejor por los intereses de otro que cuando resulta que son también los propios. Así la responsabilidad del Registrador es el ingenioso medio que hace presentes en el procedimiento registral a todos los terceros, necesariamente ausentes, dando cumplida tutela a sus derechos, al tiempo que garantiza la neutralidad del proceso.

7. No debemos a esta altura olvidarnos de otro punto. El asiento mal extendido no impide, al posible perjudicado, reclamar su derecho y exigir la oportuna rectificación del Registro: precisamente porque no lo había consentido.

Por lo tanto, tanto en Derecho alemán como en el español se dispone del asiento, pero esa disposición la realizan personas distintas: en Alemania, el titular registral; en nuestro país, el Registrador.

Lo importante es que, en uno y otro casos, aunque por razones distintas, esa disposición no es irreversible si estuviere equivocada: nunca impide al verdadero titular reclamar su derecho material si el cambio jurídico que el Registro publica, por la razón que fuese, no se ha producido en la realidad.

De este modo también en Derecho español se consigue que la disposición del asiento no comprometa la existencia del derecho contradictorio. De

aunque se haya extendido con arreglo a ella (la conformidad). Esto es, al contrario, que en el Derecho alemán la conformidad no elimina el uso del recurso, con lo que no hay realmente disposición alguna.

(46) Tampoco creo que quepa un equivalente al consentimiento formal a través de la renuncia de los posibles perjudicados al ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Registrador. Aunque se admitiese en este caso la validez de la renuncia anticipada, iría claramente contra el orden público registral. El Registrador no calificaría bajo su responsabilidad, por lo que cometería una grave infracción a los deberes del cargo, el cobro de honorarios carecería de causa justificativa y si, de todos modos, sabía el Registrador era ilegal la inscripción, sería reo de prevaricación y la renuncia a hacer efectiva la responsabilidad de todo punto nula (art. 1.102 del Código Civil: dolo).

(47) El hecho de ser tercero no concede, sin más, la condición de imparcial. Aunque no se esté directamente interesado en el asunto si no se decide oyendo las representaciones de todos los intereses afectados, no hay realmente independencia e imparcialidad, sino disposición libre. En el juicio cada parte controla la acción de la contraria y las dos al Juez. *Vid.* S. SATTA: «A proposito dell' accertamento preventivo», en *RTDPC*, 1960, págs. 1396 y sigs.

la vigencia de un sientto cabe por lo tanto deducir la presunción de exactitud de la titularidad que publica, fundamento necesario y suficiente al juego sanable de la fe pública.

8. En resumen, el Registro español ha dispuesto mecanismos de salvaguardia suficientes de los derechos que la inscripción compromete, sin perjuicio de la rapidez del mismo tráfico de bienes que es límite técnico infranqueable a todo sistema hipotecario.

La política hipotecaria española, por las razones que hemos tratado de exponer, se mueve para conseguirlo en torno a un dilema que este estudio trata de convertir en conclusión: purga y fe pública son los únicos instrumentos de garantía del tráfico inmobiliario que nuestro Derecho puede admitir. Su naturaleza es, sin embargo, incompatible y exige decisión.

La historia ha elegido, pero, como veremos, sólo porque la suerte de su lucha era reflejo de otra de mayor alcance que con igual resultado libraron dos sociedades y poderes distintos. En todo caso, la historia, conviene no olvidarlo, nunca concluye y la excepcionalidad de hoy con harta facilidad vuelve a ser la norma de mañana.

Es, a mi modo de ver, por lo demás, muy ilustrativo para el hipotecarista el estudio de la historia contemporánea de nuestro Derecho inmobiliario al calor de ese combate. La implantación del moderno Registro de la Propiedad no se logró de modo sencillo ni de una sola vez.

Sabemos que no hay más historia que la historia del Derecho, entendiendo por tal un ser y no un mero deber ser (48). Y este recuerdo nos sirve, una vez más, para advertir que es misión del estudioso descubrir en cada texto sus insuficiencias, que sólo las reformas posteriores confirman: en definitiva, sólo en el comprensible suceder de los hechos jurídicos reside una íntima razón de ser.

No son los proyectos, sino las realizaciones, las que cuentan. Es, por cierto, el modo de superar las dificultades ocasión para nuevos descubrimientos que perfilan el carácter y la originalidad de un sistema, como vamos a ver.

Desde luego, nuestro sistema hipotecario es tanto como otros, y en muchos casos más que otros, un producto de un proceso histórico apasionante y revelador. El sucesivo discurrir de derrotas y conquistas, de cambios de táctica y también de estrategia, gestó felices hallazgos y también discutibles transacciones que sólo el atento seguimiento de los hechos nos permite comprender y valorar.

(48) Para la lucha entre las concepciones sobre la naturaleza del Derecho como ser o un deber, C. SCHMITT: «I tre tipi di pensiero giuridico», en *Le categorie del «político»*, Bolonia, 1973, págs. 247 y sigs.

SEGUNDA PARTE

FE PUBLICA CONTRA EXPEDIENTE DE LIBERACION:
HISTORIA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

I. CONTADURIAS

1. En las contadurías (49) los asientos se hacían en los libros por orden cronológico y no juzgaban sobre la validez de los documentos asentados, por lo que en principio todos eran inscribibles.

La eficacia del sistema se apoyaba principalmente en la subordinación de las escrituras sujetas a inscripción al juego del que hoy llamamos principio de publicidad: la inoponibilidad de los documentos no inscritos (50).

La prioridad del derecho no la determinaba la fecha del asiento, sino le seguía dando la fecha de la escritura que lo documentaba (51) y (52).

(49) La instrucción conocida por pragmática de hipotecas se publicó en 1768; ésta, en su propio preámbulo, advierte sobre el fracaso de las disposiciones anteriores otorgadas por las Cortes de Toledo de 1539 y por Felipe V en 1713. Las sanciones resultan de *N. Recopilación*, 5, 15.3, 2 y 10, que recoge lo ordenado en las Cortes de Toledo. Felipe V llegó a amenazar en su auto acordado a los Tribunales que admitiesen documentos no asentados con severas penas... Todas estas disposiciones se recogen en la pragmática transcrita en ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES: *Leyes hipotecarias y registrales de España*, I, Madrid, 1974-1989, págs. 42 y sigs.

(50) Efecto nulidad puede deducirse de la RO de 31 de octubre de 1835 por cuanto transcurridos tres meses sin haberse asentado el documento no cabía ya autorización para su toma de razón. *Vid.* R. GALINDO y R. ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, I, Madrid, 1899, pág. 45. Está expreso en el artículo 40 del RD de 23 de mayo de 1845, en función del «derecho de hipotecas nacido por D de 31 de diciembre de 1829, que castigaba también con nulidad la falta de asiento, GALINDO, cit., IV, pág. 556. *Vid.* también OLIVER, cit., págs. 294 y sigs. El impuesto de hipotecas desaparece en 1867. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 entiende como vigente la sanción de nulidad, por falta de asiento, en el Derecho que deroga la nueva Ley. *Vid.* COLEGIO, cit., pág. 236: «... por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos... que no han sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes (!); por esto se separa de lo que está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio, que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

(51) *Cfr.* *Nov. Recopilación*, 10, 16.3.1 y *N. Recopilación*, 5, 15.5.2. También *Nov. Recopilación*, 3, 9, 21 (auto acordado) y *Parí.* 5, 13, 27.

(52) Eran, sin embargo, preferentes los gastos por razón de entierro, funerales y de última enfermedad sobre los demás acreedores del difunto, *Part.* 5, 13, 30. El acreedor refaccionario, *Part.* 5, 13, 28. El huérfano respecto a la cosa comprada con su dinero, *Part.* 5, 13, 30. Por lo demás, el fisco (tácita en varios casos) y la mujer son preferidos incluso a los acreedores con hipoteca tácita, aunque sea anterior, *Part.* 5, 13, 33. Las sucesivas dispensas y prórrogas de la obligación de inscripción llevaron a convencer a los propietarios que *de facto* su falta podría ser más adelante subsanada o sería perdonada.

La propiedad vivió realmente en régimen de clandestinidad (53): la legislación de contadurías nunca llegó a alcanzar vigencia plena. Su entrada en vigor fue sucesivamente aplazada y los plazos de gracia para procurar la inscripción sin sanción alguna, a medida que se agotaban, fueron inmediatamente prorrogados. El último aplazamiento se topa con la mismísima Ley Hipotecaria (54).

II. LA REFORMA HIPOTECARIA

2. El proyecto de Código Civil de 1836 (55) acogía un sistema mixto de evidente paternidad francesa. El conservador ha de certificar las hipotecas sentadas y es responsable de las omisiones (56). Esta certificación tiene efecto sustantivo de fe pública. El conservador, bajo su responsabilidad,

(53) Es interesante, como siempre, el juicio del señor Fernández Negrete, a la sazón Ministro de Justicia, en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1861: «... no se comprende lo que quería el legislador (Carlos III), porque dice: las escrituras que debieron registrarse antes y que no están registradas a la publicación de la Ley (la pragmática), no habrá necesidad de llevarlas al Registro, sino cuando se vaya a hacer uso de ellas en juicio; es decir, que se legisla para nada... Se puede aseverar con verdad que no tenemos sistema hipotecario...», en COLEGIO, I-2, cit., pág. 387.

(54) Es esclarecedor el simpático cuadro trazado por el conde Torrealanaz en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909. Por cierto, la mejor historia de las contadurías que conozco, COLEGIO, II, cit., pág. 387. «En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezara a aplicarse el Registro. Después, una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo al obligar a registrar... La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció ya otra regla, diciendo que la fecha inicial la del título de escribano del Registro de Censos... Más tarde se volvió a la... retroactividad a partir de 1539... auto del Consejo de Castilla de 1713... Por último, en 1768 se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuese menester llevarlos a los Tribunales... Esto mismo fue reformado por el propio Consejo... en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre..., es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad... Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861, si bien dándose prórrogas constantemente...: 10 de abril de 1782, 23 de agosto de 1784, 14 de mayo de 1787, 31 de julio de 1789, Circulares de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc...» Todavía la S de 2 de abril de 1869 permite la subsanación mediante la inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio, *vid.* GALINDO, cit., IV, pág. 551.

(55) Presentado al Gobierno el 15 de septiembre de 1836, *vid.* COLEGIO, cit., pág. 64. Hay dos registros que están unidos. El de hipotecas y el de traslación de la propiedad de bienes raíces (arts. 1.778 y 2.111). La acción hipotecaria se liga a la toma de razón (art. 1.783).

(56) Artículo 1.784: «Los conservadores... serán responsables de no expresar en las certificaciones cada una de las tomas de razón...»; artículo 1.786: «Los bienes inmuebles acerca de los cuales hubiese omitido el encargado del Registro especificar cualquiera de los gravámenes o cargas a que estuviesen sujetos, quedarán libres de éstas respecto al nuevo poseedor con tal de que éste haya pedido la certificación des-

determina así con plenos efectos frente a tercero, que inscribió su derecho, las cargas que le afectan.

3. La Comisión de codificación aceptó el principio de especialidad en la famosa base (57) de las aprobadas por un proyecto de Código Civil.

Sobre esta base **Luzuriaga** adoptó un sistema híbrido en que mezclaba el folio real y personal en su Anteproyecto de hipotecas de 1848 (58).

Este soporte organizativo era suficiente para imponer el tracto sucesivo y el principio de cierre y así acoger la fe pública registral: sólo los derechos inscritos perjudican a tercero y desde la fecha del asiento y con el contenido que del asiento resulte (59).

4. Será en el Proyecto de 1851 cuando Luzuriaga dará entrada al mecanismo de la purga por primera vez. Ciertamente, la fe registral sigue siendo la columna vertebral del sistema que propone (60).

La purga se usa sólo como un instrumento de seguridad complementario a la fe del tenedor que se ofrece al adquirente de bienes hipotecados que quiera liberar la finca (61).

pués de estar registrado o anotado su título, y salva la responsabilidad del encargado del Registro.»

(57) La base 51 extendía el principio de especialidad de las hipotecas a todas las cargas que «limiten o modifiquen el derecho de propiedad...», *vid.* COLEGIO, cit., pág. 77.

(58) El anteproyecto en la parte hipotecaria está recogido en *ibídem*, págs. 61 y sigs. En su artículo 82 se dispone: «El nuevo adquirente se abrirá cuenta de cada uno de los bienes que se inscriban a su nombre. En esta cuenta se inscribirán los bienes que estaban inscritos a cargo del propietario anterior y quedan subsistentes, descargándolos de la cuenta del anterior propietario...»

(59) Cfr. artículo 57: «No se hará ninguna inscripción cuando los bienes a que se refiere no se hayan inscrito con anterioridad como propiedad de la persona por quien haya sido otorgado el título que se presenta...» Artículo 58: Después de haber inscrito un acto *inter vivos* traslativo de propiedad de bienes raíces, no se hará inscripción de ningún derecho adquirido sobre los mismos bienes contra propietario anterior que lo ha transferido...» Artículo 74 para el escribano y artículo 79 (... la designación clara del derecho que forma el objeto de la inscripción...) y 80 para el Registrador. Esencial es el artículo 72-6 y 7: También deberán inscribirse ...6.ª las cargas de restitución o reversión. 7.ª Cualquier reserva o condición que lleve consigo la revocación, resolución, suspensión de la libre facultad de disponer la propiedad. Artículo 94 para el efecto inoponibilidad y artículo 130 para las certificaciones.

(60) Artículo 1.857: «Todas las inscripciones que sucesivamente se hicieren y que afecten unos mismos, se ordenarán de modo que en cada de una de ellas se encuentre la guía para instruirse de todos y venir a conocimiento, así del actual propietario... y de todos los gravámenes existentes.» Sólo hay un asiento vigente, el último. Al tiempo que se reconoce fe a los asientos se le priva a las certificaciones. En efecto, el examen del Registro ahora permite a cualquiera conocer su contenido. Artículo 1.855: «... los bienes inmuebles no quedarán libres de cargas omitidas por el tenedor del registro en su certificación...». Cfr. GARCÍA GOYENA, cit., II, pág. 221.

(61) Artículo 1.809: «El que quiera comprar bienes que se hallen hipotecados por una cantidad que excede de su justa estimación podrá solicitar... que se haga la venta en subasta judicial, ofreciendo desde luego el precio de tasación: la subasta y consignación se realizará en la forma prescrita en el párrafo 2 del artículo anterior...» Art.

5. Cuando el Gobierno decide tramitar separadamente la Ley de Hipotecas sobre la base de la especialidad y fe registral se plantea la necesidad de ofrecer el respeto adecuado a ciertos derechos adquiridos.

El Proyecto de ley presentado al Congreso el 11 de febrero de 1856 por el entonces Ministro de Justicia don José Fernández de la Hoz sobre las bases de la reforma hipotecaria señalaba lo siguiente: «como la nueva Ley no debe tener efecto retroactivo en cuanto pueda afectar a los derechos e intereses existente, tardaría muchos años en producir su fruto si no se adoptase algún medio que permitiese transmitir o hipotecar, desde luego con completa seguridad, todos los bienes raíces, sin menoscabo de aquellos derechos. Este doble fin...», se atiende en la base cuarta del Proyecto.

«Se prescribirá un procedimiento para la liberación... de las hipotecas tácitas y de las responsabilidades ocultas a que puedan estar afectos los bienes inmuebles, en el que se consulten convenientemente los derechos adquiridos con arreglo a las leyes» (62).

Cárdenas explicaba, en su defensa del proyecto en el Congreso, el sentido de la base: «... un procedimiento semejante al que en la legislación francesa se conoce con el nombre de purga...» (63).

1.808: «El acreedor puede ejercitar la acción real contra el tercero poseedor de la cosa hipotecada... Esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido los bienes hipotecados en subasta judicial practicada con citación personal de los acreedores, cuyo derecho se transportaba sobre el precio de remate que debe ser consignado judicialmente», *vid.* GOYENA, cit., págs. 206 y sigs. Al tiempo regula el proyecto también la llamada purga «legal» a fin de solucionar los problemas de implantación del nuevo sistema. Disposición transitoria tercera: «Todos los títulos anteriores a la promulgación de este Código, y con arreglo a él están sujetos a inscripción, deberán ser inscritos en el término de dos años, durante los cuales continuarán surtiendo todos los efectos que debían surtir con arreglo a las leyes anteriores; pasado este término no lo surtirán contra tercero, sino desde el día de su inscripción.» Disposición transitoria cuarta: «La hipoteca legal de las personas sujetas a tutela o curaduría de la mujer casada se registrarán por la legislación vigente al tiempo que entraron en el ejercicio de sus cargos los tutores o curadores, o en que se celebró el matrimonio... Pasados los seis meses, debe ser inscrita dicha hipoteca; y sólo en este caso, y desde su inscripción, surtirán efecto contra tercero...», *ibidem*, págs. 236 y sigs.

(62) COLEGIO, cit., pág. 129. El dictamen del Congreso decía: «para el tránsito de la actual a la nueva legislación, ofrecíanse dos medios de naturaleza y resultados muy diversos. Consistía el uno en dar efecto inmediato y retroactivo a la ley, sin consideración a los derechos adquiridos... Consistía el otro en no aplicar la misma ley sino a los actos futuros, lo cual privaría de los beneficios de la reforma no sólo a la generación presente, sino también a la venidera. Pero el Gobierno ha escogido un término medio entre estos dos... Adoptando un procedimiento equitativo para la liberación, de las hipotecas tácitas y de las responsabilidades ocultas a que pudieran estar afectos en la actualidad los bienes inmuebles... se conseguirá desde luego el objeto de la reforma sin menoscabo de... los derechos adquiridos», *ibidem*, pág. 125.

(63) *Ibidem*, pág. 128: «un procedimiento semejante al que en la legislación francesa se conoce con el nombre de *purge*, según el cual todo aquel que tenga sus bienes gravados con hipotecas tácitas, o tema que la *persona con quien va a tratar tenga*

III. LA LEY HIPOTECARIA

6. La Ley Hipotecaria (64) de 8 de febrero de 1861 (65), bajo un mismo texto, ocultaba dos leyes distintas. En la primera, que acaparaba casi todo su articulado, se regulaba minuciosamente el sistema hipotecario que regiría en el futuro (66). En la segunda, casi una «ley independiente», se disponía un conjunto de medidas coyunturales pensadas para salvar las dificultades que surgirían en el «tránsito del antiguo al nuevo sistema» (67).

A cada tiempo la ley (68) y (69), siguiendo los precedentes, destinará

también gravadas sus propiedades, puede invitar a los que se crean con derecho a los mismos bienes a reclamar dentro de plazo.

(64) COLEGIO, I-II, cit., pág. 390, recoge la previsión del Ministro de Justicia, señor Fernández Negrete: «... yo creo que esta Ley levanta las trabas que hasta ahora ha tenido el desarrollo de nuestra riqueza territorial; yo creo que con la seguridad que esta Ley da a la riqueza inmueble, que siendo el Registro como va a ser el espejo civil de la propiedad española, todo capitalista puede prestar con completa confianza de que recogerá su capital y sus intereses; yo creo que a proporción que crezca esta confianza, naturalmente disminuirá el interés...»

(65) COLEGIO, cit., pág. 392. La exposición de motivos entiende que los estímulos que el legislador establece son bastantes «para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones». Este optimismo se demostró luego totalmente equivocado. Luzuriaga no dejó de advertirlo en la discusión parlamentaria: «... la ejecución de esta Ley encontrará numerosísimas dificultades. El tránsito del estado antiguo al nuevo ha de ser difícil, han de aparecer dificultades que no pueden precaverse ahora...», en COLEGIO, I-II, cit., pág. 52.

(66) *Ibidem*, pág. 67, el señor Ministro de Justicia, Fernández Negrete, resumía, con su agudeza habitual, la finalidad del sistema: «... este es el principio permanente de la Ley: la publicidad para que nadie pueda ser engañado; la especialidad, porque en vano es la publicidad si no especifica la finca que se va a apreciar...».

(67) Las resistencias a la nueva Ley ya se expresaron abiertamente en la discusión parlamentaria. Es significativa la oposición del señor Fuente Alcázar: «... Y esta reforma ¿es, a pesar de todo, una reforma conveniente?... Yo creo que no satisface ninguna de nuestras necesidades; y creo que es una variación radical, absoluta, que viene a introducir grandes perturbaciones en la sociedad y en la familia... sistema (publicidad y especialidad) inadmisibile en España por lo radical y exagerado... ni el sistema ha de fomentar el crédito territorial, ni ha de matar la usura de la que tanto se habla, ni ha de servir tampoco para procurar la moralidad pública... ¿servirá para desarrollar el crédito? No porque el sistema de especialidad y publicidad se opone a una de las bases más cardinales del crédito a la buena fe. La primera base del crédito es la buena fe... Este sistema de trabas, requisitos y procedimientos se opone a la buena fe, porque la buena fe no quiere trabas ni requisitos ni procedimientos, la palabra del hombre honrado puede muchas veces más que todas las leyes de especialidad y de publicidad, y el crédito personal en anterior, precursor al crédito territorial...», en COLEGIO, cit., I-I, pág. 210.

(68) «... pero la más firme garantía del cumplimiento de la ley, tanto respecto a los derechos antiguos como a los que de nuevo se constituyan, está en la prohibición que expresamente se establece en admitir en los juzgados, tribunales ordinarios y especiales... ningún documento de que no se haya tomado razón... De seguro que cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza

un sistema de seguridad. El expediente de liberación o purga al derecho pasado; en el futuro sólo atiende a la llamada fe registral que la inscripción, previa calificación del Registrador, produce.

IV. DERECHO TRANSITORIO

7. El nuevo sistema no podía aplicarse de un día para otro (70). Como decía la exposición de motivos de la Ley: «el legislador, al hacer los cambios, debe respetar los derechos adquiridos, porque de otro modo su obra sería efímera y caería ante las justas reclamaciones de los perjudicados» (71). En consecuencia, el legislador dispuso las oportunas medidas coyunturales de Derecho transitorio (72).

la ineficacia (!) de los títulos no presentados, que los Tribunales aplican con todo su rigor la ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omisión culpable puede ocasionarles...», en COLEGIO, cit., pág. 333. No había excepciones a la prohibición, salvo el expediente posesorio. Sobra, a la vista de la evolución posterior, todo comentario. Vid. J. M. GARCÍA: «El tercero del artículo 313 de la Ley Hipotecaria», en *Libro homenaje a T. Carretero*, Madrid, 1986, págs. 749 y sigs.

(69) La ausencia de tradición no es obstáculo a la transmisión si hay inscripción. Es interesantísima la opinión manifestada por el Ministro de Justicia, Fernández Negrete, en la discusión parlamentaria de la Ley en el Congreso: «... El artículo 25 dice que el derecho nace desde la inscripción y es la diferencia que hay entre la legislación germánica y la latina. En la latina el derecho nacía del contrato, y como el contrato era oculto... el derecho nace desde la inscripción, desde el momento en que el tercero puede enterarse de que éste o el otro derecho tiene tal o cual circunstancia. La cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho, está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25. Es una base esencialísima de la ley...», en COLEGIO, cit., pág. 398.

(70) El que primero inscribe su título por ese solo hecho gozaría de una posición inatacable. Por hipótesis, no hay título anteriormente inscrito que pueda perjudicarla, ya que él fue el primero y tampoco título no inscrito que pueda preocuparle, pues su inscripción impide el acceso de todo documento contradictorio o lo posterga. El legislador no podía cargarse todo el juego de preferencias del viejo Derecho de un plumazo. Vid. OLIVER, cit., pág. 420: «... se corría este riesgo gravísimo porque el que, a título de propietario, hubiese logrado obtener la primera inscripción de dominio en los nuevos libros, podía privar de la REALIDAD a los (derechos de naturaleza real adquiridos anteriormente y a las acciones que pudiesen corresponder a otra persona para exigir la rescisión o nulidad de los títulos inscritos) mediante la inscripción en aquéllos (los libros) de cualquier acto o contrato de enajenación o gravamen.

(71) COLEGIO, cit., pág. 240.

(72) En resumen, el modelo elegido podía ser aceptable para el futuro. Pero si se aplicaba sin matices desde el momento de entrada en vigor de la Ley, de hecho revolucionaba el estado de la propiedad existente. Sería como un pistoletazo para el inicio de una loca carrera que convirtiese en propietario a través del Registro al que primero lograra inscribir la finca. OLIVER, cit., pág. 420: «... de no dictarse... reglas (de derecho transitorio), la persona que presentase cualquier título de transmisión de dominio, sin acreditar que el transmitente había adquirido legítimamente aquella cualidad, facilitando y casi autorizando el legislador la consumación de un verdadero y general despojo,

En primer lugar, la implantación del nuevo sistema debía de hacerse, en lo posible, sin que trastocase la eficacia y valor que a los títulos reales correspondía según el viejo Derecho. El juego del Registro estaba pensado para operar en el futuro, no para revolucionar el pasado. Por ello se concedió un plazo perentorio para que todos los derechos existentes a la entrada en vigor de la Ley se incorporasen al nuevo Registro sin que el asiento en los libros de los viejos títulos en algún modo alterase la eficacia material que tenían según el Derecho anterior (73).

En segundo lugar, transcurrido ese plazo, el nuevo sistema entraría en vigor con toda su fuerza. El proceso de implantación no se demoraría indefinidamente. Por imposición legal los derechos que no se incorporasen en plazo serían purgados, pues perderían su eficacia real por el efecto retroactivo de la ley.

En tercer lugar se introduce el juicio de liberación de los bienes inscritos por razón de hipotecas o gravámenes ocultos que pudieran subsistir en razón del respeto otorgado al Derecho antiguo por la nueva Ley. Consistía esta innovación en una purga de naturaleza judicial: recurso salvador que permite al nuevo sistema ofrecer una completa seguridad al adquirente ya desde el primer día, a pesar de las excepciones transitorias admitidas al juego de la fe **registral** (74).

porque, atendidos los extraordinarios efectos que la Ley Hipotecaria concede a los que aparecen como dueños en los libros, era de temer que hombres sin conciencia se apresurasen a solicitar la registración de fincas cuya propiedad o nunca les había pertenecido o la habían transmitido a otro antes de la promulgación de la Ley...».

(73) COLEGIO, cit., pág. 332: «Siempre que se han hecho cambios profundos en la legislación, se procura estimular y facilitar los medios de que la nueva Ley sea pronto ejecutada para que se consigan los beneficiosos resultados que de la innovación se esperan. Respecto a la inscripción de los derechos reales y las hipotecas en los Registros no sólo se ha procurado esto siempre que se han hecho algunas reformas importantes, sino que ha sido frecuente señalar nuevos plazos dentro de los cuales pudieran sin temor a penalidad alguna librarse los interesados de los perjuicios que, según el tenor literal de las leyes, deberían experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripción. No debía ser más severo el proyecto respecto a las omisiones, que pueden haberse cometido con arreglo a leyes anteriores, ni desechar un medio tan eficaz para conseguir que sean registrados los actos y contratos que según la reforma deben estar inscritos en los Registros. Los estímulos que la ley establece son los de la fijación de un plazo dentro del cual deben hacerse las inscripciones para aprovecharse del beneficio de la ley... El plazo se ha fijado en un año desde el día en que la Ley empiece a regir; término que si bien no es muy largo, basta para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones...»

(74) COLEGIO, cit., I, pág. 329, *ibidem*, pág. 239: «... ha creído la comisión que debía establecer para libertar la propiedad de cargos que, aunque resulten de los títulos... Lejos de perjudicarse con esto ningún derecho legítimo, todos son consultados, y sin producir vacilación ni dudas en los que en realidad existen... Los medios de publicidad que para estas liberaciones se proponen alejan hasta la sombra del fraude, y darán a que muchos que tienen derechos que ignoran, y que probablemente perderían para *siempre* sin

Respeto a los derechos adquiridos sí, pero, como veremos, claudicante, que en el caso incluso del expediente de liberación los sacrificaba olímpicamente, si preciso fuese, a las necesidades del tráfico y el crédito.

V. LA IMPORTANCIA DEL EXPEDIENTE DE LIBERACION

8. El llamado período de planteamiento de la nueva Ley sería de un año (75) a partir de su entrada en vigor (76). Durante ese plazo conservarían toda la eficacia de Derecho material y procesal que el derogado sistema les concedía. Con la prórroga del antiguo régimen de la propiedad fue necesario también prorrogar, temporalmente, la clandestinidad que consentía y que la nueva Ley quería para siempre desterrar (77).

- a) La prioridad registral fue suspendida: la fecha de los derechos no era la del asiento, sino que seguiría siendo la del título. Los títulos que ingresasen en el plazo de un año de la entrada en vigor de la ley perjudicarán a tercero desde la fecha del título por el que se habían adquirido. Incluso si aportan el título de su transmitente o causante, con fecha fehaciente, desde ésta. Esta era la conclusión a extraer del artículo 391 de la Ley (78).

el procedimiento que se establece, puedan reclamarlos y entrar así en el disfrute de los que ni siquiera imaginaban...».

(75) Artículo 389 de la Ley: Los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha que la misma Ley empiece a regir. La exposición de motivos dice simplemente que «el que deja pasar estos términos... no podrá después hacerlo (valer los derechos) en perjuicio de tercero; medida justa que consulta (?) los derechos existentes, cuando no quiere renunciar a ellos aquel a cuyo favor se hallen constituidos», COLEGIO, cit., I, pág. 329. Cfr. artículos 350, 361 y 392 de la Ley.

(76) El RD de 8 de febrero de 1861, que sanciona la Ley Hipotecaria, en su artículo 2 disponía que «esta Ley empezaría a regir dentro del año siguiente a su promulgación en el día que señale el Gobierno de S. M.».

(77) A los titulares de los otros derechos reales se les sometió a la misma ordenación, pero se facilitó su ingreso a todos a través de la doctrina de la mención. Se tienen por inscritos cuando lo está el título que los menciona. Entran a caballo del propietario. Además, se les concede un procedimiento para forzar a la inscripción al propietario en cuyo derecho se funda el propio.

(78) Artículo 391: «... las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año... no surtirán efecto en cuanto a tercero, sino desde su fecha... si el derecho inscrito no constase de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición... Si constare tal derecho en los títulos se retrotraerán los efectos de la inscripción a la fecha en que se hayan adquirido por el dueño. Son las famosas inscripciones retroactivas, como luego se llamarán».

- b) Esta suspensión arrastró también la suspensión del principio de cierre registral por el mismo período. En efecto, si la prioridad de los derechos se decidía durante este plazo en atención a la fecha de los títulos era preciso admitir la inscripción posterior de títulos contradictorios con otros ya inscritos si la fecha de los primeros era anterior. El artículo 35 del Reglamento decía: «La prohibición de inscribir títulos de fecha anterior a la del último inscrito en el Registro contenía en el artículo 17 de la Ley se entiende sin perjuicio de la facultad, que según la misma Ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales, para registrar en plazos determinados, los títulos que oportunamente no hubieren presentado al Registro...»
- c) Una y otra suspensión también arrastraron la del principio de inoponibilidad de lo no inscrito (79). El artículo 309 del Reglamento disponía: «Dentro del año siguiente a que empiece a regir la Ley se podrán deducir las demandas que procedan, según la anterior legislación, y tengan por objeto o resultado invalidar títulos inscritos, en virtud de otros que no lo estén...»

De hecho, pues, durante ese fatídico período regía incólume el viejo Derecho: el que inscribía estaba desprotegido y, en estas condiciones, de mala manera podía funcionar el crédito territorial. Era verdadero propietario el que tuviese título más antiguo con independencia de que hubiese o no asentado el documento en el Registro.

Las inscripciones practicadas en ese plazo, aunque extendidas con arreglo al nuevo sistema, de hecho no tendrían más valor que las extendidas en las antiguas contadurías.

El autor del Reglamento, con estas premisas, se atrevió a dar otro paso, si cabe, todavía de mayor peligro. Si durante el período de gracia los asientos practicados en los libros nuevos tienen el mismo valor que los sentados en las antiguas contadurías, es preciso concluir que los asientos de las contadurías tienen el mismo valor que los asientos nuevos (80).

(79) El mismo artículo 34 de la Ley suspendió el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, en consecuencia, por el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley. El Reglamento admitió consecuentemente que incluso durante ese período era posible hacer valer ante los Tribunales derechos no inscritos contra tercero... Se trataba de conservar durante el plazo concedido a los propietarios para ponerse «en regla», para inscribir en los nuevos libros, el juego del sistema anterior en toda su integridad. Y en éste nada contaba el que los derechos estuviesen o no inscritos. Esto es, durante este período transitorio, como en el Derecho antiguo, los títulos no inscritos perjudican a los inscritos.

(80) El legislador no se había pronunciado sobre esta cuestión, por lo que parecía que los sometía al régimen general, de modo que si no se trasladaban al nuevo registro en plazo perdían toda preferencia por razón de la fecha su título. En efecto, la fecha de

El artículo 307 del Reglamento dispuso: «Las inscripciones de los antiguos registros surtirán, en cuanto a los derechos que en ella consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de algunos de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley, bajo pena de nulidad, y no se lleguen a trasladar a los nuevos asientos.

Esta decisión tuvo gravísimas consecuencias. Había muchos asientos en los viejos libros que no había forma de precisar a qué finca o derecho se referían. Aunque el Reglamento **previó** un procedimiento para su aclaración, lo cierto fue que estos confusos asientos jugaban como una amenaza y un motivo de permanente preocupación para el tercero al que desde luego perjudicaban si se lograba demostrar que se referían a su finca.

9. Transcurrido el año correspondiente al período transitorio, la falta de inscripción funcionaba como una verdadera purga por imperio de la ley. Su alcance era diferente según se tratase de acreedores por hipotecas generales, por condiciones resolutorias o propietarios de los bienes y titulares de otros derechos reales (81).

La seguridad de los prestamistas estaba, en consecuencia, amenazada mientras no concluyese el período transitorio, en el que el legislador reabría

los asientos en las contadurías nada importaba en el viejo Derecho. Sin embargo, el artículo 307 del Reglamento dispuso sin contemplaciones que los asientos de los antiguos registros producen los mismos efectos que las nuevas inscripciones, y ello aunque careciesen de requisitos que aparejan nulidad o no se trasladen a los nuevos libros. Esto tenía su razón de ser, pues según la vieja legislación los títulos sentados en las Contadurías eran oponibles a tercero y sin duda los propietarios no entenderían que se les volviese a obligar a inscribir sus títulos en el nuevo Registro para conseguir el mismo efecto. *Vid.* el juicio demoledor de OLIVER, cit., págs. 465-511.

(81) La «purga» de los derechos y preferencias antiguas se producía una vez concluido el período transitorio con arreglo al siguiente cuadro:

— Los acreedores por hipotecas generales debían exigir su conversión en especiales en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Ley. Así se les mantenía la preferencia de sus derechos en la forma establecida en el Derecho antiguo; esto es, desde la fecha (!) de sus títulos. En otro caso, caducaban sin más sus preferencias sobre los bienes hipotecados.

— Se hizo una excepción, a la que haremos referencia, con las hipotecas generales que garantizaban determinados intereses familiares. Aquí se concedía a los favorecidos por ellas o sus representantes la posibilidad de exigir que se convirtiesen en especiales, pues, en otro caso, subsistían en los términos que prescribía el Derecho antiguo. Artículos 347 y sigs. de la Ley.

— Los titulares de acciones resolutorias si podían ejercitarlas, debían hacerlo en el plazo de un año. En otro caso, debían exigir en ese plazo su conversión en hipotecas especiales. En otro caso, caduca su eficacia real. Artículos 358 y sigs. de la Ley.

— Los demás derechos reales, el mismo título de dominio que dejase pasar el plazo sin inscribir no tiene ya efectos frente a tercero desde la fecha en que efectivamente se inscribe. Nunca ya desde la escritura o incluso la fecha del título de su causante. Artículos 389 y sigs. de la Ley.

la clandestinidad de los derechos y acciones reales que el nuevo sistema trataba de eliminar.

10. Para hacer frente a todas estas dificultades se introducía el juicio de liberación («importantísimo punto» según la Comisión) «... que es procedimiento admitido y probado en otros países» (82).

Al efecto establece «un orden de procedimientos meditado y minucioso, en que al interesado se impone el deber de manifestar... los inmuebles que posee, las hipotecas o gravámenes ocultos a que puedan estar afectos y de las personas a quienes correspondan». Se exige la presentación de títulos, se oye a los que tendrían derechos, se emplaza a los desconocidos por edictos, se admite audiencia y oposición y se dicta sentencia.

Esta sentencia tiene efectos inmediatos de Derecho sustantivo, de modo que se produce la pérdida real y, con efecto inmediato, de los derechos que se declaran extinguidos.

El expediente de liberación tiene la naturaleza de una auténtica **purga** judicial cuya resolución se impone a todos los llamados; también a las mismas partes. El artículo 379 de la Ley disponía: «Transcurrido el término señalado por el Juez sin presentarse reclamación ninguna..., se declararán... libres de toda hipoteca tácita y gravamen no inscrito, los bienes cuya liberación se ha solicitado...»

Decía B. OLIVER, por ello, con razón: «... tiene por objeto este procedimiento poner en claro el verdadero estado civil de las fincas, desde luego y sin esperar a que terminasen los plazos fijados para la duración de las antiguas hipotecas tácitas y gravámenes ocultos, obligando a las personas a cuyo favor estaban impuestos a que los reclamasen o hiciesen efectivos en brevísimo plazo, quedando, en caso contado, anulados o extinguidos respecto de las fincas de que era dueño el solicitante...».

El señor Fernández Negrete, a la sazón Ministro de Justicia, observaba muy atinadamente, al comentar el expediente de liberación en la discusión parlamentaria de la Ley: «... hay otro medio, y este medio es una imitación del que inventó en Francia el Edicto de 1771. Es lo que los franceses llaman la purga, que es un sistema de liberación: de manera que esta Ley (la hipotecaria), al tiempo que protege todos los derechos escogita todos los medios posibles para hacer que queden lo menos gravadas...» (83).

La inscripción a través de la liberación o purga era así un expediente excepcional para superar todas las inseguridades jurídicas que producía la concesión del llamado período transitorio. La Ley, apoyada en un juego de

(82) Palabras de la exposición de motivos en COLEGIO, cit., págs. 329-330.

(83) OLIVER, cit., págs. 55-553. Para las palabras del Ministro, *vid.* COLEGIO, I-2, cit., pág. 390.

consentimientos presuntos, atribuía *ex novo* el derecho en las condiciones materiales que fijaba la sentencia liberatoria (84).

Ciertamente se contaba con los derechos ya adquiridos antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, pero al tiempo se disponía un mecanismo que las sometía a una especie de muerte «súbita».

VI. QUIEBRA DE LOS MUNICIPIOS

11. Toda excepción a los principios del nuevo Registro, cuya implantación se trataba de conseguir, estaría justificada si fuese transitoria, de corta duración. La Ley Hipotecaria estimó suficiente plazo, el de un año, a partir de su entrada en vigor. Pero esta previsión, lo veremos, se demostró demasiado optimista (85).

El año que tenían los propietarios para optar por el viejo derecho inscribiendo antes sus títulos fue sucesivamente prorrogado, con lo que las hondas excepciones al sistema pensadas para un breve tránsito tuvieron vigencia suficiente para debilitar las ideas rectoras del sistema en la mentalidad de sus propios ideólogos (86).

Las prórrogas sucesivas permitieron que el viejo Derecho subsistiese en toda su integridad: los títulos reales eran eficaces, estuviesen o no inscritos, también contra terceros.

12. Sucedió algo más grave todavía. Con la excusa de respetar los derechos adquiridos, el legislador no sólo transigió en consentir que durante el período transitorio se suspendiese la eficacia de Derecho material de los nuevos asientos, sino que dio un paso más: abdicó del principio organizativo esencial del nuevo Registro: el cierre y tracto **registral**.

(84) La alternativa entre calificación responsable del Registrador o consentimiento material de los posibles perjudicados está muy clara para el legislador hipotecario, desde la promulgación de la ley... *vid.*, por curioso, el RD de 21 de junio de 1876 sobre faltas subsanables en los asientos de los Registros de la Propiedad ocupados por los carlistas durante la última guerra civil en M. MARTÍNEZ-ALCUBILLA: *Diccionario de la Administración española*, VIII, Madrid, 1919, pág. 630. Cfr. también el RD de 30 de julio de 1882 para proceder a la rectificación de las inscripciones en las antiguas contadurías.

(85) Una detallada exposición de estas dificultades, en OLIVER, *cit.*, págs. 643 y sigs.

(86) La primera de las prórrogas fue adoptada por el Gobierno, bajo su responsabilidad, sin necesidad de refrendo legislativo por RD de 31 de diciembre de 1863 (según ALCUBILLA, *cit.*, pág. 613, de fecha 29). «El Gobierno se decidió con aplauso general y sin que a nadie se le haya ocurrido pedirle por ello responsabilidad alguna...», OLIVER, *cit.*, pág. 673. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno de nuevo prorrogó por tiempo indefinido las normas transitorias «hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente» por RD 19 de diciembre de 1865, *vid.* ALCUBILLA, *cit.*, pág. 614.

Durante la prórroga del viejo Derecho, al igual que pasaba en las viejas contadurías, había que admitir la inscripción de título contradictorio con otro ya inscrito si era preferente porque su fecha era anterior (87).

En consecuencia, el mismo folio registral podía dar albergue a tractos incompatibles y publicar derechos contradictorios. Pero tracto y cierre son el soporte de la legitimación, base del juego de la fe pública (88).

(87) Todas las quiebras a los principios registrales están por su orden tratadas en la exposición de motivos que el señor Ministro de Gracia y Justicia, don Antonio Romero Ortiz, presentó acompañando al proyecto de reforma hipotecaria de 16 de marzo de 1869. «Se señala... el (plazo) de sesenta días para inscribir y anotar los derechos anteriores a la Ley del 61, con los beneficios y efecto retroactivo establecidos en la misma..., lo cual no sucede mientras pueden registrarse derechos con efecto retroactivo...», *vid.* COLEGIO, cit., págs. 477-478. Para los asientos de las Contadurías, *ibidem*, págs. 479-480: «Otro de los peligros a que en el día se hallan expuestos los prestamistas sobre hipoteca reconoce por causa de las inscripciones defectuosas que se han encontrado en los libros de registro que llevaban las suprimidas contadurías de hipotecas. En muchas de ellas sólo se determinan los bienes que son su objeto, por el nombre con que sin duda fueron conocidas en pasados siglos y que ya han perdido, o por circunstancias o linderos que en la actualidad son completamente desconocidos. Si las expresadas inscripciones fueron válidas en su origen, porque las permitía la ley, hubiera sido ahora injusto estimarlas nulas, porque el Registrador no puede saber a qué bienes se refieran. Si sobre este hecho hay duda, su resolución corresponde a los Tribunales... En el Real Decreto de 30 de julio de 1862 se procuró su rectificación de tales inscripciones, llamándose al efecto a los interesados, pero no se fijó tiempo para solicitar la rectificación y, por consiguiente, no se declararon ineficaces las inscripciones que no se rectificaran, y lo que se dijo fue que los Tribunales de justicia decidirían en el juicio correspondiente los efectos legales que puedan producir en perjuicio de tercero.» Para «adelantar en el crédito territorial sería preciso dictar una disposición legislativa fijando un término preciso, en el que pudiese solicitarse la rectificación de aquellos asientos, y declarando ineficaces los que transcurrido dicho término no se hubiesen rectificado. Esta medida, cuya justicia podría sostenerse, ofrece la grave dificultad de que su ejecución requeriría mucho tiempo... porque sería indispensable reproducir los llamamientos a los interesados...».

(88) La posibilidad de inscribir derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863, aunque fuesen contradictorios con otro ya inscrito, si la fecha del título del primero era anterior a la del segundo, que concedía el artículo 35 del Reglamento, era dudoso si era temporal (sólo durante el período de gracia de un año en que regía el antiguo Derecho) o de duración indefinida. La redacción del precepto era muy confusa. Se remitía, entre otros, también al artículo 392 de la Ley que regulaba el caso de ingreso de derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863, pero que ingresaban en el Registro después del manido plazo de gracia de un año. Por lo tanto *literalmente* el cierre no operaba a títulos anteriores a 1863, aunque ingresasen con mucha posterioridad. No cabe alegar contra esta afirmación que poco interés tendría la inscripción del título anterior después del paso del fatídico año, pues entonces ya jugaría la prioridad registral y sería mejor el primeramente inscrito de fecha posterior. En efecto, la inscripción permitiría la alegabilidad del documento anterior inscrito con posterioridad ante los Tribunales para pedir la nulidad del primeramente inscrito, mientras no estuviese protegido por el artículo 34. En todo caso, la cuestión no tenía entonces ninguna importancia práctica porque el plazo de un año fue indefinidamente prorrogado y la prioridad registral indefinidamente suspendida.

Esta confusión permitió una dialéctica peligrosísima que destruyó la idea misma de fe pública. Su efecto emblemático, el que impedía accionar frente a terceros por causas resolutorias que no constasen de forma expresa en el Registro, nunca había sido aceptado de buen grado.

En este ambiente no podía sino imponerse la opinión contraria a la admisión de la eficacia convalidante del Registro. Si los asientos de las contadurías valían como los nuevos es porque los nuevos valían como los antiguos. Pero era sabido que los asientos extendidos en las contadurías nada sanaban.

El artículo 34, precepto clave de la Ley, se resintió en este ambiente, que acabó contaminándole. La confusa redacción del precepto daba pie para sostener que bastaba que un título estuviese inscrito para que pudiese perjudicar a otro inscrito con posterioridad, incluso por causas que el Registro no publicase expresamente.

GALINDO resumía bien la opinión doctrinal dominante: «Harto era ya que traspasando la Ley Hipotecaria sus naturales límites» no fuese un registro de gravámenes, sino también de transferencias. «Harto era que fallase sobre la validez de los títulos de propiedad... Faltaba sólo (como si en el país no hubiese atendibles más intereses que los de los acreedores) que se dictara la disposición del artículo 34, por la cual puede ser sumido en la miseria el mayor propietario, sin culpa suya, sin hecho suyo, sin noticia suya.» Después de exponer el caso del rico hacendado ausente en viaje de placer cuya personalidad es usurpada por un estafador y con ellas sus bienes vía artículo 34, dice: «¿hay legislación que lo sancione, país que lo sufra, Gobierno que lo tolere, hombre de ciencia que lo aplauda?» (89).

El asiento nada puede sanar. El sistema ciertamente impide alegar título no inscrito, pero si la nulidad procede de título inscrito, aunque el asiento no lo advierta, el tercero pierde su derecho.

La reforma de 1869 refrendará, como veremos, esta interpretación. Es muy ilustrativa la exposición de motivos al Proyecto de reforma. Después de señalar que la inscripción no convalida los contratos inscritos, dice: «... los perjudicados por tales actos o contratos pueden pedir la declaración de su falsedad o nulidad y recobrar los bienes, ESTUVIERAN O NO EN PODER DE TERCEROS POSEEDORES, siempre que la acción no estuviese prescrita...», y concluía: «... si el Registro no da a conocer las causas... NINGUNA razón podrá justificar que a los terceros que, sujetándose a la ley, hayan dado publicidad a su títulos..., se les impida RECLAMAR SUS BIENES donde quiera que se encontrasen...» (90).

(89) GALINDO, II, cit., págs. 373 y sigs.

(90) Cfr. la citada exposición de motivos del señor Romero Ortiz, en COLEGIO, cit., págs. 481-482.

13. El tercero protegido era, transcurridos ya ocho años desde la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, un auténtico fantasma. El régimen de clandestinidad de la propiedad había sido prorrogado.

En pocos años, dadas las sucesivas prórrogas del derecho transitorio, el sentido de la eficacia del asiento fue absolutamente tergiversado. Ni siquiera el principio de inoponibilidad operaba: de nuevo las cargas ocultas amenazaron el tráfico.

Todo podía inscribirse recuperando a través de una cadena de títulos de fecha fehaciente prioridad frente al tercero que inscribió. Este también estaba perjudicado por los asientos de los libros de contadurías, aunque ni el mismo Registrador pudiese decidir con seguridad a qué finca afectaban.

En fin, la gota que colmaba el vaso y deshizo el castillo levantado por el legislador, que ciertamente se descubrió de naipes, fue la admisión mayoritaria de que las causa de resolución o nulidad o falsedad que no constasen en el Registro perjudicaban también al tercero.

La situación del adquirente que inscribía era de una inseguridad extrema. Nuestro Registro funcionó, durante todos estos años, como una contaduría: un sistema de inscripción voluntaria, sin cierre.

Adivinamos el sentido de la reacción que se perpara: la purga necesariamente emerge cuando la fe pública se sumerge en cumplimiento ahora de signos radicalmente opuestos. No obstante, la historia no pasa en vano y tampoco la vieja purga será ya la misma.

VII. INTENTOS DE REFORMA

14. La reacción contra la Ley Hipotecaria de 1861 debió ser ciertamente de enorme dureza (91). A la vista de las reclamaciones (92), se

(91) Detallada crónica de los acontecimientos, en OLIVER, cit., págs. 653 y sigs. Vid. también en *ibidem*, pág. 649: «Alarmados... los propietarios... donde se halla tan dividido el suelo en pequeñas suertes fincas... fueron generales las quejas contra la ley, y de ellas se hicieron eco autorizado la Diputación Permanente de la Grandeza de España (!), varias Diputaciones Provinciales y a la cabeza de todas la de La Coruña, la importante asociación catalana del Instituto Agrícola de San Isidro... elevando respetuosas, pero enérgicas, exposiciones a los poderes públicos, en que se demostraba la antipatía con que había recibido la nueva Ley, que llegó a convertirse en verdadero odio contra la misma, por la opinión muy divulgada, de que todos los inconvenientes... que llevaba consigo... no tenían por objeto dar mayor certidumbre o seguridad a la propiedad, sino beneficiar los intereses de los prestamistas, y especialmente de las sociedades o bancos de crédito territorial o hipotecario...» En definitiva, los propietarios en general no estaban dispuestos a costear una reforma que no necesitaban. Los pequeños propietarios porque no se servían del crédito, los grandes porque no pensaban hacerlo.

(92) Es de nuevo imprescindible la lectura de OLIVER, cit., págs. 671 y sigs. Es detestable que al final todo se redujo a una cuestión económica. Son muy significativas

instruyó un expediente sobre su reforma. La Comisión codificadora que había formado el primer proyecto propuso en 1864 otro adicional. Por su parte, el mismo Gobierno, desde otros criterios, hizo lo propio en 1866 (93) Y (94).

Esta última iniciativa forzó al Ministerio de Justicia a hacer uso de sus competencias en materia hipotecaria. La reforma se proyectó en base a criterios aprobados por la Comisión de Códigos de la Comisión General de Codificación, que se plasmaron en el Anteproyecto de bases de reforma de la Ley Hipotecaria de 23 de julio de 1868.

De su lectura de conjunto resulta la confirmación del juego dialéctico entre purga y fe pública cuya demostración es el intento principal de este estudio.

La fe pública desaparece prácticamente como principio operativo del sistema hipotecario de seguridad (95). Ni la inscripción ni la cancela-

las medidas propuestas por la Comisión senatorial, que agrupaba los intereses de todos los opositores a la nueva Ley. Se reducían a tratar de paliar la carestía de la documentación. Cito tres. Declarar inscribibles los documentos otorgados antes de la Ley. Admitir la inscripción de los documentos privados. Declarar gratuitas las inscripciones y expedientes de posesión. La inscripción de documentos privados fue admitida en la reforma de 1869; artículos 405 y sigs. Cfr. COLEGIO, cit., pág. 549.

(93) Ante este ambiente, se demuestra poco acertada la crítica de OLIVER, cit., a la forma de implantación del sistema y sobre todo las medidas alternativas por él propuestas. La oposición a la ley es de raíz política y tiene apoyo en dos razones de orden económico: la falta de titulación de muchos propietarios y la carestía de la titulación. De nuevo aquí se demostró profeta Luzuriaga, que en la discusión parlamentaria advertía: «... hay una disposición que impide la inscripción... si antes no ha pagado el derecho (al fisco)... es destruir por completo el sistema... ¿qué hace este artículo introduciendo el espíritu fiscal que todo lo corrompe cuando se mezcla en esta clase de leyes? Retraer al propietario, retraer al contratante de la publicidad de esta clase de actos; es decir, neutralizar el interés que todo propietario tiene en hacer constar su propiedad porque le pone enfrente una contribución... me acuerdo hace muchos años, en 1835, ... siendo Ministro de Hacienda mi querido amigo (!) el malogrado Mendizábal, tuve con él una reyerta terrible, pues no podía convencerle de que la hipoteca se había creado para otra cosa que para sacar una contribución...», COLEGIO, cit., II-2, pág. 16.

(94) Forzar una perfecta depuración jurídica y física de cada inmueble que pretende el ingreso registral sería suicida. Buscarlo en un catastro fiscal que se atiene, también en cuanto a la descripción de las fincas, a las declaraciones de los interesados, pintoresco. A OLIVER, cit., pág. 670, le repugnaba, como buen historiador de Derecho que era, el método jacobino que quería implantar el sistema de una sola vez y para toda la nación. Era partidario del gradualismo: someter a un riguroso examen a cada finca que pretendiese ingresar lo que cada propietario decidiría libremente («criterio rigurosamente jurídico»). Este sistema fue luego el seguido en otros países. No se acaba de ver, con todo, por qué es más segura la purga judicial que la legal: la publicidad de los edictos de los tribunales que la publicación de las leyes en la *Gaceta de Madrid*. Lo cierto es que no había la dotación necesaria para hacer frente a la avalancha que suponía la documentación renovada de toda la propiedad en España. No es pensable lo que sucedería si en el año todos los titulares cumplieren lo que la ley les estimulaba a hacer.

(95) COLEGIO, cit., pág. 470.

ción convalidan frente a tercero los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los títulos inscritos defectuosamente perjudican a tercero en los términos de la escritura por encima de los que resulten del asiento (96).

La purga o expediente de liberación toma el necesario relevo como soporte de la seguridad de tráfico y se convierte en la piedra maestra del sistema. «La sentencia de liberación extingue... *todos los derechos y todas las acciones que antes de ella (la sentencia) hubieran podido ejercitarse por cualquier causa o motivo, ya sea en virtud de títulos NO INSCRITOS como INSCRITOS cuando las inscripciones sean defectuosas o se hayan extinguido con arreglo al artículo 77 de la Ley*» (97).

15. Mil ochocientos sesenta y nueve será el año en que el Gobierno de la nación intentará enderezar la situación interviniendo directamente. El fracaso de la reforma hipotecaria, liderada por el Ministerio de Justicia, permitió al Ministerio de Hacienda a abrir su propio frente. La necesidad de poner en marcha el crédito territorial no admitía más demora.

Un Decreto de 5 de febrero de aquel año había reconocido la libertad de establecer bancos de crédito territorial y había reformado determinados artículos de la Ley Hipotecaria (98).

Entre las causas que, hasta entonces, se oponían al establecimiento de las instituciones de crédito territorial enumera el preámbulo de este Decreto-ley, en primer lugar, la defectuosa constitución de la propiedad.

Dos eran sus objetivos: por un lado, acabar con el inacabable período transitorio (99), y por otro, reforzar la seguridad de tráfico, potenciando la fe pública registral. Sorprendentemente, como veremos, en la Administración de Hacienda se confiaba más en la bondad del sistema hipotecario de 1861 que en el mismo Ministerio de Justicia.

La afirmación del principio de fe pública se acoge en el artículo 11: «Las fincas hipotecadas a las instituciones de crédito territorial legalmente constituidas no responderán de ninguna obligación o carga no inscrita anteriormente en el Registro de la Propiedad sobre las mismas fincas mientras que dichas instituciones no estén satisfechas de su crédito (100).

(96) *Ibidem, id.*, base IV: La inscripción ni su cancelación no convalidan los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, aunque se perjudiquen en ello derechos de un tercero.

(97) Base XII, en *ibidem*, pág. 471.

(98) ALCUBILLA, cit., págs. 619 y sigs. Este decreto está pensado en vistas a la implantación de las sociedades de crédito territorial. El régimen especial del tercero acreedor hipotecario se inicia aquí; basta examinar las reformas procesales que impone. A mi modo de ver, éste es el origen de la dualidad de terceros hipotecarios que nuestro sistema admite. *Vid. nota.*

(99) *Ibidem*, pág. 620, art. 13.

(100) *Ibidem, id.*, art. 11.

Como veremos, el Ministerio de Justicia, cuando reforme unos meses después la Ley Hipotecaria, no seguirá este camino. Por el contrario, siguiendo los criterios del Anteproyecto de ley de bases del año anterior, reabre el período transitorio en que la clandestinidad sigue campando libremente, reclama la ayuda de una purga «renovada» y reduce la fe pública del Registrador a su mínima expresión: la mera publicidad.

VIII. LA CONTRARREFORMA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1869

16. El 21 de diciembre de 1869 (101) se promulga la esperada Ley de reforma hipotecaria. Nada mejor que remitirse a la exposición de motivos del proyecto presentado a las Cortes constituyentes por el señor Ministro de Justicia don Antonio Romero Ortiz para comprender el pensamiento de los reformadores y valorar las opciones de política hipotecaria que toman.

«... La ejecución de la Ley de 8 de febrero de 1861, dice la exposición, habría encontrado pocas dificultades si sólo hubiera debido aplicarse a los derechos nacidos después de su publicación: mas entonces el crédito territorial se habría aplazado hasta la completa desaparición de los derechos anteriores, que sin el requisito de la publicidad podrían haber perjudicado a tercero. Para que la presente generación no se viese privada de los beneficios de dicho crédito fue necesario acomodar al nuevo sistema hipotecario derechos que se habían constituido y que existían con sujeción a otro sistema distinto.

Esto fue un obstáculo para que la referida Ley rigiese inmediatamente en SU PARTE MAS ESENCIAL, porque exigía la justicia que antes se concediera tiempo bastante a fin de que TODOS LOS DERECHOS YA EXISTENTES adquiriesen las condiciones de publicidad y especialidad que habían de darles eficacia legal respecto de los terceros. Se estimó suficiente el término de un año; pero la experiencia demostró muy pronto lo contrario y fue preciso prolongarle en los Reales Decretos de 29 de diciembre de 1863 y 19 de diciembre de 1865, en el primero por dos años y en el segundo por tiempo indeterminado...»

17. «Es indispensable (sigue la exposición de motivos) que el prestamista sobre hipoteca tenga completa seguridad de que su derecho hipotecario no ha de ser perjudicado por otro derecho que no le haya sido posible conocer o porque se declare que el hipotecante no es dueño de los bienes, no obstante de que como tal aparezca en el Registro público...»

(101) La exposición de motivos al proyecto, documento de enorme importancia histórica, en COLEGIO, cit., págs. 475 y sigs. Todas las citas que se entrecomillan en el texto están recogidas de esta edición.

«Lo más interesante, continúa, para el crédito territorial es poner término al período de transición de que antes se ha hablado... Se señala por ello el de sesenta días (luego fueron muchos más) para inscribir y anotar los derechos anteriores a la Ley del 61, con los beneficios y efecto retroactivo establecidos en la misma...» Transcurridos «... estará definitiva y completamente planteado el sistema hipotecario...».

Pero el peligro ya no provenía del Derecho transitorio, también «... los terceros, sigue diciendo la exposición, quedan expuestos a perder su derecho si es falso o nulo el título del hipotecante (!) y reclaman los bienes otros que con anterioridad al mismo hayan inscrito su título; peligro que no puede evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos, si su contenido no revela la falsedad o nulidad...».

No se trata sólo de defender a terceros del Derecho derogado. Importa, también, liberar los inmuebles de posibles cargas o condiciones procedentes de títulos inscritos aunque el asiento nada advierta sobre ellas.

18. De esta fecha procede la hipertrofia del expediente de liberación. «... Por (el expediente de) liberación, continúa la exposición, puede conseguirse que los que tratan de adquirir bienes inmuebles o de prestar sobre ellos, tengan completa seguridad de no ser perjudicados por derechos no inscritos o *que lo hayan sido defectuosamente...*». El único medio para hacer útil al Registro frente al prestamista hipotecario «es hacer extensiva la liberación de aquellos derechos no perjudicados por los asientos registrales... Esto no sucede según la Ley de 1861, a no ser que los referidos derechos deban su origen a hipotecas legales o gravámenes ocultos o constituidos a favor de personas desconocidas; pero en la nueva Ley se establece que por la liberación desaparezcan *todos* sin limitación alguna» (102).

(102) En cuanto a la eficacia de la liberación los artículos que lo desarrollaron en la Ley de reforma no eran demasiado claros. Artículo 372, quinto: la de quedar libres dichos bienes de toda carga no inscrita e hipoteca legal, en cuanto a tercero que después adquiriera dominio o derecho real en los mismos bienes. Con independencia de lo que tajantemente afirma la exposición de motivos, parece que la extinción se produce sólo en beneficio de tercero. Así GALINDO, cit., IV, pág. 478, sostiene que si la finca está todavía en poder del que obtuvo la sentencia de liberación, aun declarada exenta de todo derecho oculto, el juicio en nada perjudica al titular del derecho liberado. Añadiendo: «porque produciendo sólo efectos a favor de terceros, y no habiéndose transmitido a nadie, no ha tenido aplicación la sentencia; y contra el deudor principal la acción de Derecho común... se conservan íntegramente». Evidentemente esta interpretación sólo puede favorecer al que no se hubiese opuesto a la liberación, ya que de haberse producido no había sentencia de liberación, sino recaída en plenario que por la cuantía correspondiese (art. 370 final). Pero, contra Galindo, tampoco parece que mientras no aparezca tercero conserve acciones reales. El titular del derecho liberado podía reclamarle al instante del expediente el inmueble por acción personal, no real. La prueba es que no podía pedir, si lo hacía, anotación de demanda, porque de ser así se burlaría el artículo 373 de la Ley: «no podrá interponerse contra ésta (la sentencia firme de liberación) recurso alguno en perjuicio de tercero ni aun por beneficio de restitución. El

19. Además se prepara otra interesantísima innovación: un expediente de liberación «abreviado» ante el Registrador que busca libertar al derecho inscrito de posibles derechos de titulares inscritos que le hayan precedido en el Registro.

El registro carece de eficacia sanatoria: la nulidad, la falsedad, el contenido del título inscrito perjudica a tercero por encima de lo que el asiento disponga.

«... En la nueva Ley, dice la exposición, ... se procura remediar este inconveniente, estableciéndose en el mismo artículo 34 que los interesados en una inscripción pueden solicitar que ésta se notifique a los que en los veinte años anteriores hubieren poseído los bienes a que la misma se refiera, a fin de que en el término de treinta días ejerciten las acciones que tuvieren para invalidar dicha inscripción, no pudiendo verificarlo después de aquel término. Ciertamente que unas acciones que por Derecho común duran muchos años, se limita su duración a solo treinta días, mediando la notificación que se ha indicado; pero justifica esto la necesidad de establecer el crédito territorial.»

Este juego de notificaciones produce, respecto a los títulos inscritos, el mismo efecto que el expediente de liberación del que resulta un sucedáneo.

El mecanismo de la purga no es ya un instrumento de seguridad complementario a la fe del Registrador, sino que simplemente la suplantaba (103).

20. «En conclusión, debe manifestarse que si la reforma merece la aprobación de las Cortes constituyentes —continuaba el Ministro— el crédito territorial quedará convenientemente establecido en España, porque podrá prestarse sobre hipoteca de bienes que hayan sido LIBERADOS con seguridad completa de que se hará efectivo el derecho hipotecario...»

El expediente de liberación se transforma en el demiurgo de la seguridad inmobiliaria: no sólo purga las acciones perjudiciales al tercero por razón de los títulos no inscritos, transitoriamente respetados, sino también de los inscritos tanto en las contadurías como en los nuevos Registros. La seguridad en la propiedad no la produce la calificación del Registrador bajo

mantenimiento de la acción personal es necesario para evitar el enriquecimiento injusto y por lo tanto el despojo. Lo que no hay nunca es responsabilidad del Registrador: evidentemente se trata de sustituir la fe pública y la calificación del funcionario que la sustenta.

(103) La implantación del principio de cierre para todos los títulos que ingresen con posterioridad a las prórrogas del antiguo Derecho, aun anteriores a 1863, dada la confusa redacción del artículo 35 del Reglamento, la dispuso expresamente RO de 28 de agosto de 1883. *Vid.* GALINDO, cit., I, pág. 649. En 1875 que terminaron todas las prórrogas del plazo señalado en los artículos 389 y 393 para inscribir o anotar con ciertos beneficios, títulos anteriores a 1 de enero de 1863, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento.

su responsabilidad, sino la resolución judicial previo llamamiento y audiencia a los interesados.

La eficacia legitimadora de la inscripción no existe, pero porque no es necesaria. El expediente de liberación es mucho más poderoso. No hay otra realidad fuera de la de la sentencia pública: realidad y registro coinciden. El expediente es un proceso cuya fortaleza se apoya en el concurso de todos los posibles perjudicados, inscritos y no inscritos.

21. De esta nueva filosofía hipotecaria se deduce sólo una consecuencia principal. Asistimos al ensayo de una vía alternativa a la fe pública del Registrador. La simple inscripción sólo tiene eficacia declarativa, pero si se ampara en un juego de las notificaciones del expediente de liberación, declara una propiedad irrevocable, bien porque se apoye en una sentencia o bien porque la ley directamente equipare sus efectos, con valor de cosa juzgada frente a todos los notificados (104).

La eficacia sustantiva del contenido de la inscripción sólo es posible a través de los consentimientos materiales reales o presuntos de todos los posibles perjudicados que, en consecuencia, en este caso, son sus verdaderos autores.

IX. EL NUEVO RUMBO

22. El expediente de liberación había sido introducido en 1861 con el objetivo de permitir a los propietarios inscritos extinguir las cargas ocultas que gravaban sus fincas por razón del viejo Derecho que el legislador había decidido respetar. La clandestinidad era un efecto del pasado. La liberación de ese pasado era el objetivo del expediente de cargas.

En 1869 se admitió la existencia también de acciones y derechos ocultos nacidos de derechos inscritos: el título inscrito aun en lo que el asiento no publicaba y por tanto ocultaba también perjudicaba (105).

El expediente de liberación, por consiguiente, no sólo purgaría el Derecho pasado, sino también el futuro: libertaría también al Registro de sí

(104) Para la eficacia del expediente de liberación, *vid.* la nota 3 de este capítulo. La pretensión en razón de los derechos «purgados» se transforma en personal. La misma transformación de real en personal se produce en la que llamamos purga legal por transcurso del período transitorio sin ejercicio de los derechos y acciones causados antes de la publicación de la Ley Hipotecaria. La sentencia de liberación es inimpugnable transcurridos diez días. Cabe incluso recurso de casación, lo que nos advierte sobre la eficacia de la resolución recaída. Artículo 373 de la Ley de 1869, en COLEGIO, *cit.*, pág. 543.

(105) El tópico de que los asientos son copia de copia tuvo aquí su origen. *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo en A. SANZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, pág. 398.

mismo. De la inscripción no cabía deducir presunción alguna de legitimidad y existencia del derecho en los términos que el asiento recogía.

23. En 1875, definitivamente al fin, el llamado período transitorio ha concluido (106). Los derechos adquiridos anteriores a 1 de enero de 1863 habían desaparecido: no cabe inscribirlos con efecto retroactivo frente al que ha inscrito su derecho (107). La reforma hipotecaria de 1909 dio otro paso disponiendo la caducidad de los asientos de contadurías en cinco años (108).

De este modo gran parte de las cargas ocultas que podrían perjudicar al tercero hipotecario fueron declaradas extinguidas por ministerio de la ley. En consecuencia, perdieron sentido gran parte de las finalidades que justi-

(106) El artículo 389 de la Ley Hipotecaria de 1869 señaló el plazo de ciento ochenta días a contar desde el 1 de enero de 1871 como fecha tope de respeto de las preferencias que correspondían a los derechos nacidos antes de 1863 con arreglo al Derecho derogado de las viejas contadurías. «Todavía este nuevo plazo se prorrogó por las leyes de 3 de julio de 1871 y 29 de agosto de 1873 hasta el 31 de diciembre de 1874, habiéndose desestimado por RD de 31 de marzo de 1875 la instancia que en solicitud de nueva prórroga hizo el Instituto Catalán de San Isidro», GALINDO, cit., IV, págs. 547-548. *Vid.* las referencias en ALCUBILLA, cit., págs. 614-626.

(107) En la primera Ley Hipotecaria el tracto registral debía iniciarse en título otorgado antes de 1863. Esta exigencia impedía considerar que la inscripción era en nuestro Derecho totalmente voluntaria y se había convertido en un serio obstáculo al acceso de la propiedad todavía no inscrita al Registro. *Vid.* el erudito discurso parlamentario del Conde de Tarreanaz, en COLEGIO, II., cit., pág. 379. El propietario actual que quería inscribir su derecho debía presentar los títulos de sus causantes hasta remontarse a uno anterior a 1863. En 1869 se reguló el expediente de dominio que dispensó de esa necesidad. Artículo 404 de la Ley reformada en COLEGIO, I, cit., pág. 549. Probablemente se exige que el expediente fuese judicial porque la inscripción practicada en base a él perjudicaba a los famosos derechos adquiridos antes de 1863. Esta innovación fue confirmada por un RD de 10 de febrero de 1875, que extendió el mismo beneficio a los expedientes posesorios, permitiendo la inscripción de posesiones iniciadas con posterioridad a 1863, *vid.* ALCUBILLA, cit., pág. 626. La necesidad de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad todavía no inscrita llevó a extender esta dispensa de tracto al caso de que la primera inscripción se intentase en virtud de título público: sólo se exigió que fuese anterior a 1909. Pero al contrario que en 1861, no se hizo un llamamiento general para que todos los derechos no inscritos ingresasen en el Registro en un corto período de tiempo, de modo que una vez transcurrido el que inscribiese sería preferido a todo derecho no inscrito. El legislador de 1909 fue menos jacobino y respetó en mayor medida que en 1861 a los derechos no inscritos. No los amenazó con un plazo de caducidad. Seguirían conservando su eficacia civil plena hasta transcurridos dos años no de la entrada en vigor de la Ley, sino de la fecha de la primera inscripción de propiedad sobre la finca que recaía su derecho. La primera inscripción fue privada de toda su inmediata eficacia expropiadora: cada «inmatriculación» tenía su propio período transitorio de dos años. Es el artículo 17-3 y 4 de la Ley de reforma de 21 de abril de 1909, en COLEGIO, II, cit., pág. 691. Transcurrido el cual sin reclamaciones judiciales, el derecho inscrito resultaba automáticamente liberado de toda pretensión contradictoria. El expediente de liberación no era necesario: había perdido también esta oportunidad.

(108) *Ibidem*, pág. 697; artículos 31-32 de la Ley de 21 de abril de 1909.

ficaban el expediente de liberación. La purga legal acaba con la necesidad de la judicial.

El expediente de liberación iniciaba su reflujo. Debido a los cambios que introdujo el legislador, no había asientos vigentes en los libros de contadurías ni posibilidad de inscribir derechos con efecto retroactivo. El tercero nada podía ya temer del Derecho anterior a 1863.

Planteado definitivamente el sistema hipotecario, el expediente de liberación, en consecuencia, perdió la primera y originaria función que le había sido encomendada que había justificado su introducción. Desaparecidos los viejos derechos ocultos, el juego de la liberación persiste sin embozo alguno, ahora, sólo como un puro sustituto de la fe registral cuyo papel había usurpado en 1869: sirve para liberar el registro de sí mismo.

La política hipotecaria, en consecuencia, se encontraba ante una clara alternativa que obligaba a tomar una decisión. Ya no cabían justificaciones de ninguna clase. O el registro se sanaba a sí mismo por la fe en la bondad de la calificación registral o la seguridad, que el asiento pueda proporcionar al tercero, sólo es posible previa renuncia de los posibles perjudicados a sus acciones de reclamación.

24. El cierre registral admitido desde 1869 hizo, entonces, valer sus derechos. El Registro estaba infrautilizado. Las cancelaciones o inscripciones de transferencia sólo producían efectos formales: extinguían asientos. Sus contenidos carecían de valor. Los asientos eran copias de copia. Los derechos existían con el alcance que con arreglo al título les correspondía. Cabía indudablemente pensar que para conseguir tan magros resultados bastaba la mera prioridad sin cierre.

El legislador de 1909 no extrajo explícitamente la naturales consecuencias de esta evidencia: todavía no se presume que los derechos inscritos existen con el contenido que el Registrador los ha inscrito. Pero la Ley favoreció al titular inscrito con la presunción de posesión e impuso al demandante de contradicción la carga de pedir la cancelación del asiento. El asiento recobraba valor sustantivo: el árbol de la fe pública había echado raíces (109).

25. Sólo el reformador de 1944 encaró decididamente la cuestión y en el sentido de devolver a la fe del Registrador su protagonismo original.

La publicidad unívoca que el Registro realiza es legitimadora y frente a tercero sin más consideraciones la pura realidad, sin necesidad de pasar por el trámite de forzar la renuncia de todos los posibles perjudicados a sus derechos o acciones de impugnación. La calificación del Registrador es el fundamento único de la legitimidad del contenido del asiento.

(109) COLEGIO, II, cit., págs. 690 y sigs.; artículos 15 (presunción de posesión) y 16 (acción contradictoria y demanda de cancelación del asiento).

Por una parte, las notificaciones que permitían operar a la liberación, que hemos llamado «abreviada», como un medio sustitutivo de la fe pública, no habían alcanzado, como decía SANZ FERNÁNDEZ, reconocimiento doctrinal ni virtualidad práctica. Todos los autores testimoniaban que nunca habían sido utilizadas, hasta el punto que algunos sostuvieron que habían caído en desuso (110).

«... Propiamente hablando —continuaba— (el sistema) no cayó en desuso, sino no fue usado, no fue recibido en la vida práctica española, lo cual demuestra que no correspondía a una necesidad real, sino a una lucubración teórica sin trascendencia práctica. Incluso el Tribunal Supremo (!) prescindió de la notificación en sus fallos...» Consecuentemente, el legislador también prescindió de ellas.

Por otra parte, el expediente de liberación fue sometido a una oportuna reconversión (111). Un nuevo cometido le fue asignado, lo que le permitió retirarse discretamente.

Este cambio de papeles vino posibilitado por una nueva inversión conceptual, que con tanta frecuencia como originalidad hizo nuestro legislador hipotecario. El expediente de liberación, en el futuro, no será un medio para obtener la legitimidad de los derechos inscritos, sino precisamente para extinguirla (112).

(110) SANZ: *Instituciones...*, I, cit., pág. 398.

(111) El reconocimiento hasta sus últimas consecuencias de la voluntariedad de la inscripción que se produce en 1909 y culmina en 1959 acentuó otros inconvenientes. La vida registral de los derechos ya inscritos se interrumpía con demasiada facilidad y en muchos casos era imposible o demasiado difícil presentar los títulos intermedios. Ahora bien, si al primer inscribiente le bastaba con su propio título, esto no podía aceptarse cuando otros le habían precedido. Si se aceptase la inscripción de un derecho cuando faltaba la inscripción de los titulares intermedios, una de dos: o el último asiento los cancelaba sin consentimiento de sus titulares ni sentencia o no, y a pesar de todo, se permitía inscribirlo, con lo que se transformaba nuestro sistema en una contaduría. Se había intentado utilizar para este fin el expediente de liberación de cargas, pero el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de enero de 1880, lo había impedido amparándose en «que de no entenderse así el artículo 365 de la Ley... equivaldría a una cancelación sin que sea por los medios establecidos por la Ley...» (art. 82 de la Ley Hipotecaria), *vid.* GALINDO, IV, cit., pág. 446.

(112) Los antecedentes de este cambio son lejanos y se ligan a la aplicación del principio de cierre: imposibilidad de coexistencia de asientos contradictorios. Las leyes hipotecarias admitieron que, previa notificación, el asiento de posesión cancelase otro anterior «contradictorio» de dominio. Era evidente una excepción incomprensible, ya que el asiento posesorio no perjudicaba nunca a tercero. La Dirección, en R de 30 de enero de 1880, refrendó que la inscripción de posesión cancela la anterior de dominio. El expediente posesorio producía así cancelaciones de asientos de dominio que no le eran posibles si el tramitado era el mismo expediente de dominio. *Vid.* la polémica con Calderón Neira de GALINDO, IV, cit., págs. 638 y sigs. En 1909 se invirtieron los términos. Devino forzoso privar al expediente posesorio de esta eficacia cancelatoria: el asiento de dominio presumía posesión (art. 15 de la Ley de reforma). No cabe inscribir

La intimación a los interesados no se usa para establecer, en base a su consentimiento expreso o presunto, la realidad de los derechos inscritos. Sino, al contrario, para poder cancelar aquellos derechos inscritos que, por el transcurso del tiempo, debe presumirse han quedado extinguidos por prescripción (113).

«El expediente de liberación, continuaba SANZ, que regula nuestra Ley Hipotecaria apenas si tiene con el de la legislación anterior más punto de contacto que el de la denominación, pues tanto por su naturaleza... como por su finalidad y tramitación se distancia totalmente de aquél.

La finalidad del expediente de liberación de la legislación anterior... no era *preciso cubrirla mediante el expediente de liberación, toda vez que la cumplía por sí misma el propio juego de la fe pública registral...* (el expediente de liberación) era una consecuencia de la desviación introducida por los legisladores de 1869 en el desarrollo de la fe pública registral... La liberación era inútil en la nueva Ley que ha restablecido el verdadero alcance de la fe pública, eliminando el procedimiento de notificación...» (114).

la posesión si ya lo está el dominio. Lo sorprendente fue que la extraña redacción del nuevo artículo 400 parecía que permitía ahora, si mediaba la notificación, inscribir el dominio en el oportuno expediente cancelando asiento de dominio anterior contradictorio. Probablemente semejante osadía vino forzada por necesidades prácticas: la voluntariedad del asiento causaba graves problemas de tracto. La doctrina entendió que se saltaban las garantías del artículo 82, que exigía escritura o sentencia para cancelar asientos. *Vid.* la polémica de ROCA SASTRE, III, cit., págs. 196 y sigs. Por ello, en el Reglamento de 1915 se exige oír al titular del asiento contradictorio de dominio y citar el de posesión. En 1927 se da el paso realmente curioso: los derechos inscritos se presume que existen, pero si pasan veinte años sin vida registral no sólo deja de presumirse, sino que debe deducirse lo contrario: de asientos de dominio se transforman en posesorios y no perjudican a tercero. Lo importante no es el tiempo, sino la actividad registral. En treinta años los asientos posesorios se transformaban en asientos de dominio (en la reforma de 1909) y en 1927 en veinte años los de dominio de posesión, porque en el primer caso hay vida registral (un nuevo asiento de transmisión) y ésta falta en el segundo.

(113) Es el razonamiento que se detalla en la nota anterior el que está en la base del nuevo cometido del moderno expediente de liberación de cargas. Los derechos inscritos sin vida registral durante el tiempo de prescripción pueden cancelarse sin oír a su titular. Sin embargo, nada regresa en la misma forma que partió. Nadie precisa ser liberado de lo que está muerto. No se trata ahora de renunciar, sino de probar. La intimación procesal no es a un consentimiento, sino a un reconocimiento de un hecho. Por ello el expediente sienta una mera presunción que no produce cosa juzgada: artículo 311 del Reglamento de 1947.

(114) A. SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 498.

CONCLUSIONES

La historia ciertamente no concluye. Sobre el futuro, el pensamiento reflexivo muy poco puede aventurar; es sabido que siempre llega demasiado tarde. El porvenir es fruto de la decisión: la tarea más auténtica del historiador se reduce sólo a reconocer el pasado.

Hemos visto la comunidad de ideas que conforma la tradición europea sobre la llamada seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria.

Hemos visto que la seguridad en el Derecho se reclama siepre, y por lo tanto se obtiene, frente a los terceros.

Hemos visto que aun levantado la seguridad desde los terceros es posible hacerlo contra ellos o con ellos.

También vimos, aceptado que la seguridad debe ser igual para todos, las dificultades que los Estados han encontrado para conseguir, con los medios que su Derecho civil les permite, encontrar un compromiso justo entre todos los interesados.

Hemos visto que las soluciones, que los distintos sistemas hipotecarios ofrecen no son resultado de principios de organización privilegiados o excepcionales, sino que sus posibles contenidos vienen decididos por las peculiaridades del ordenamiento civil de cada país.

Finalmente, hemos tratado de probar estas afirmaciones en la historia del Derecho hipotecario español.

Si alguna enseñanza es posible deducir de todo lo hasta ahora dicho es que no hay soluciones organizativas autónomas ni en este campo ni en ningún otro. Parafraseando una afirmación que ha devenido clásica, cabe afirmar que la opción por una determinada forma de organización del tráfico inmobiliario supone, y al mismo tiempo implica, un determinado modo de adquisición y disposición de los derechos civiles.

La seguridad es indivisible: no hay nada más repugnante al civilista que la discriminación. El orden civil es el orden de las libertades que se asienta en el respeto de los derechos, razón por la que no cabe hacer nuevos propietarios por el expeditivo método de proceder al despojo de los antiguos.

En conclusión, todo progreso en la seguridad del tráfico precisa otro correlativo en la seguridad de los derechos. Dicho de otro modo: tanta más seguridad en la firmeza de la adquisición de los derechos sobre la tierra cuanto mejor y de más cumplida manera se consiga evitar todo perjuicio a los derechos ya adquiridos sobre ella. El grado deseable de seguridad lo decide la política, el modo de obtenerlo es ya una cuestión puramente técnica.

CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ