

La propiedad y el Registro de la Propiedad: Conexiones y perspectivas (*)

GENERALIDADES

Queridos amigos y compañeros:

Un previo deber me obliga a manifestaros mi agradecimiento por la distinción que me habéis hecho al traerme aquí para hablar de un tema que todos conocéis mejor que yo. Particularmente, mi agradecimiento se lo brindo a los organizadores de este ciclo de charlas, que prestigian la labor que realiza el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Galicia.

Vengo no sólo en acto de servicio, sino a instancias de un sentimiento nostálgico. Algunos lo sabéis. Allá por el año 1969, en este mismo sitio, tenía lugar la primera clausura de lo que entonces se denominó Seminario de Derecho Hipotecario Galicia-Extremadura-Valladolid. Se dieron varias conferencias y yo no sé si la mía fue la primera o la intermedia. Hubo un recital de piano a cargo de nuestra figura (MATUTE), al que hace poco, en un periódico, un periodista le decía: «Parece mentira, señor MATUTE, que usted, que es una figura internacional como pianista, tenga que dedicarse a Registrador de la Propiedad para ganarse la vida...». Hubo un banquete y en él habló CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, hoy nuestro Decano. Me parece que era Director del Centro de Estudios o ya Decano NARCISO FUENTES, y allí, los que habíamos dado el primer empujón a la idea de la descentralización de los seminarios, celebrábamos este primer éxito de los mismos. Comprenderéis que para mí represente esta

(*) Conferencia dada en el Centro de Estudios Hipotecarios de Galicia el día 30 de marzo de 1984.

vuelta a Santiago algo más que una visita: es como recoger ese fruto de un árbol que ayudé a plantar.

Traigo unas cuantas ideas sobre el tema obligado del ciclo: la propiedad. He de confesaros, sin embargo, que el tema es muy difícil. De Derecho hipotecario puedes escribir lo que quieras, con la seguridad de que muy pocos te van a objetar algo, pero de propiedad sabe todo el mundo tanto que cualquier cosa que digas ya está dicha antes y mejor de lo que uno la puede decir. De todas formas, aquí estoy y por lo que os diga podréis comprobar que me sucede lo que a aquel niño gallego que tiene en la cara y en los brazos unas tremendas picaduras y su madre le dice al padre, que le está contemplando: « ¡Tes que levar o neno a San Benitiño...! », y el padre la contesta: « ¡Onde teño que levalo e o Oculista pra que distinga as Avespas das moscas...! ». Es de QUESADA, en *Chispas da roda*.

Divido la charla en tres partes, iniciando la primera con conceptos que ya os habrán explicado los que han intervenido antes que yo, pero destacando en ella la necesidad de una publicidad para la garantía de la seguridad jurídica. En la segunda, todo el posible futuro de la concepción de la propiedad y la constante necesidad de publicidad. La tercera es puramente registral de estructuración y forma cautelosa de llevanza de los Registros.

I. BASES DE LAS QUE SE DEBE PARTIR

No sé si el enfoque que frente al derecho de propiedad puede hacer un jurista —hombre de Derecho y no hombre de leyes, según la conocida frase— resulta válido a los efectos y fines que se persiguen con esta charla. Digo esto, pues mi postura va a destacar más la institución a través de unos momentos en que a mí se me antojan cruciales y en el aspecto crítico de ciertas opiniones sobre el tema.

He leído estos días, más con ánimo de recensión que con el de aprovechamiento para la elaboración de estas notas, un libro importante que me ha hecho sentirme «centinela». El autor se llama JOSÉ ANTONIO ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, que ha escrito algunas cosas en la *Revista Crítica* sobre posesión y Registro, y que en su estudio trata a la propiedad dentro de la formación del Derecho administrativo. Ya en la introducción, el autor, con un rasgo de humor digno de elogio, advierte que no se responsabiliza personalmente de las opiniones vertidas en el libro (1). He vuelto a releer

(1) ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ (J. A.): *La propiedad en la formación del Derecho Administrativo*, Pamplona, 1983.

el discurso de HERNÁNDEZ GIL al ingresar en la Academia sobre «La función social de la posesión» (2), y nuestro compañero RAFAEL ARNAIZ, a quien, según él, le cito equivocadamente en mis trabajos, me ha permitido el acceso a un trabajo suyo sobre la propiedad que verá la luz en breve (3). También he repasado algún que otro libro, como el de V. L. MONTES (4), y una *Revista de Derecho Catastral* (5).

a) *Los conceptos tradicionales*

Hay una primera apreciación mía en torno a la propiedad que avala la Historia, pero igual puede tener otra explicación distinta de la que yo quiero atribuirle: los ciclos evolutivos de la institución vuelven sobre su eje y repiten situaciones que parecían superadas por los tiempos. De tal forma que muchas veces cabe pensar en una *involución* de la figura más que en una *evolución* de la misma.

Todos hemos estudiado, más o menos intensamente, por CASTÁN, y en él recordaréis que al perfilar el momento histórico en el que la Edad Media hace tránsito a la Edad Moderna se trata de resolver dos grandes problemas: la separación de la propiedad ligada a la soberanía y la unificación de la propiedad borrando la distinción entre dominio directo y útil, provocando un desplazamiento de la propiedad que del concedente pasó al poseedor. Todo ello, seguía diciendo CASTÁN, se producía, según la genial frase de VIOLLET, «con la poderosa lentitud de los fenómenos históricos», que culmina en la Revolución francesa y su noche de agosto del siglo XVIII (6).

Fijaros cómo esta última solución, que terminaba con el sistema feudal de la propiedad dividida (censos, foros, enfiteusis, etc.), se va a potenciar en los momentos actuales a través de figuras tremendamente significativas, como son la del derecho de superficie, la concesión administrativa, etc. Aquellos poseedores que pagaban a cambio de su trabajo hecho cultivo, se hicieron propietarios y ahora plantean de nuevo la temática social del desplazamiento.

El aspecto político, que significaba la necesidad de separar la propiedad de la soberanía, haciendo ésta absoluta, lo explica CAPEROCHIPÍ de

(2) HERNÁNDEZ GIL (A.): «La función social de la posesión». Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967.

(3) ARNAIZ EGUREN (R.): «Algunas consideraciones en torno al Derecho de Propiedad Inmobiliaria» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*).

(4) MONTES (V. L.): *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, 1980.

(5) *Técnica Topográfica*, núm. 55 (octubre, noviembre y diciembre de 1983). Revista del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía.

(6) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Derecho civil, común y foral*, vol. II, 1941.

otra forma. La propiedad del príncipe ya no es una *propiedad más*, sino que se confunde con su *señorío absoluto sobre un territorio* y con su poder legislativo. La soberanía del príncipe trae consigo una concepción territorial del poder político que era desconocida con anterioridad. Hasta la aparición del Estado, el poder se ejercita sobre una *comunidad*; sin embargo, el poder del príncipe soberano se ejercita directamente sobre un *territorio*. Dentro del genérico concepto de la propiedad ya caben dos distinciones: la propiedad pública y la propiedad privada. Todo ello en ese período comprendido entre el Estado absoluto y la revolución liberal.

Lo curioso del caso es que aquel planteamiento de separación de soberanía y potenciación de la propiedad privada fue, como dice el autor citado, el instrumento que utiliza el príncipe para destruir *todas las formas de propiedad comunitaria o de grupos comunitarios*. Con las naturales diferencias que los conceptos de Estado, soberanía, nación, etc., tienen en la actualidad hemos vuelto, sin darnos cuenta, a las viejas instituciones anteriores al Estado liberal:

- De una parte, tenemos esas singulares formas de propiedad de carácter colectivo, familiar y comunitario (comunidades, organizaciones de trabajo, los kibutz de Israel, etc.) que nos hacen retroceder en el tiempo: un regreso medieval o quizá más atrás, a la «gens» romana. Luego, cuando me refiera en concreto a la organización actual de la propiedad, destacaré la idea comunitaria que maneja RAFAEL ARNAIZ en una visión muy particular y original del problema.
- De otra parte, debemos destacar la constante problemática política de la penetración del poder en la propiedad. La desprivatización del derecho, la nacionalización, están llamando a la puerta. La propiedad se adscribe al poder. Todos recordaréis aquellos «patrimonios municipales de suelo» de la primitiva Ley del mismo nombre.

Pero si de la organización pasamos al concepto, veréis un nuevo regreso. Frente a la tesis romana del «conjunto o suma de facultades», el pandectismo alemán habló del carácter *unitario, global y abstracto* de la propiedad. Este gran avance y las críticas que a los Códigos decimonónicos se hicieron parecía que nos conducían a un buen camino, pues estábamos en lo que se definió como «un abstracto señorío del nombre sobre la cosa». Resulta sumamente curioso que aquellos legisladores del año 1956, que redactan nuestra Ley del Suelo con más intención que precisión, con más alergia que conocimiento, intentan un estatuto que regule, encorsete y mediatice la propiedad, pero vuelven al concepto romano

de facultades de la propiedad. Lo dicen en forma indirecta, pero lo dicen: «Las *facultades del derecho de propiedad* se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes...» (art. 61 de dicha Ley).

No debió de ser ésa la intención legislativa, pues la definición indirecta que hemos visto se nos brinda en el artículo 61, se ve luego aplastada por esa concepción un tanto difusa del Plan de ordenación y la licencia de obras, que para autores como MARTÍN BLANCO (7) y GARCÍA DE ENTERRÍA (8) suponen: el Plan como fuente de facultades dominicales, ya que el Plan no es una mera limitación de la propiedad y es en él donde hay que buscar el contenido de la propiedad urbana, y la licencia un título jurídico declarativo de derechos.

Frente a estos ejemplos que suponen una regresión histórica, aunque quizá aleccionadora y constructiva y, por supuesto, actualizada, habría que sacar alguna conclusión para sentar una base de la que partir. ¿Qué concepto puede ofrecerse de la propiedad y cuál es la posible significación de la misma? Y en este sentido me acojo a la opinión de CAPEPOCHIPI, que distingue la perspectiva objetiva de la subjetiva. *Aceptando esta última, la propiedad se confunde con libertad, y eligiendo la primera, se comprende que la existencia de la propiedad es de esencia para la estructura jurídica.* Por eso, mientras existan cosas habrá siempre propiedad, pues alguien necesariamente (el individuo, el Estado, el Ayuntamiento, el Concejo, el Partido...) tiene que decidir sobre el uso y el disfrute de las cosas.

De ahí también, y sigo al autor citado, que la afirmación o negación de la propiedad como proyecto político es pura propaganda y no tiene contenido real. Lo que se afirma o niega es una concreta y determinada concepción de la propiedad y, en definitiva, una ordenación social y política. A toda estructura social corresponde una ordenación de la propiedad. La propiedad es el resultado, no la causa. La propiedad existe porque existe sociedad y no al revés. Todo proyecto de convivencia social tiene, en definitiva, un proyecto de ordenación de los bienes con que cuenta esa sociedad.

b) *La crisis del Estado liberal*

Quizá sean ciertas determinadas afirmaciones que se vierten en la monografía ya citada, pero hay alguna que merece una pequeña rectificación. Se parte de que el liberalismo no pasa de ser un escalón hacia un

(7) MARTÍN BLANCO (J.): *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Montecorvo, Madrid, 1964.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.): «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo» (*Anuario de Derecho Civil*), 1958.

progreso; de que el liberalismo al carecer de una ética degenera en legalismo; de que no puede generar un proyecto de ordenación social; de que el aparente progreso de la época es, sin duda, un progreso técnico, pero de ninguna forma un progreso humanístico; de que la aparición del Estado produce la restricción de los poderes y funciones reconocidos a los grupos comunitarios hasta su desaparición en la revolución liberal, pues la propiedad ya no tiene en cuenta la familia como realidad anterior al Estado, sino sólo la persona individual, y que existe una propiedad pública (nacional) ligada al Estado y una propiedad privada, apareciendo los conceptos de «bienes nacionales», la desamortización, etc.

Lo que yo quería destacar es que si bien el concepto de bienes comunes desaparece en la codificación liberal, en España no son ni la Ley de Aguas, ni la de Minas las primeras que acuñan el concepto de dominio público, como parece afirmar CAPEROCHIPÍ, sino que, a mi modesto entender, fue la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de junio de 1847, que en su artículo 14 establece que «al fenecer el término que concede esta Ley a los autores, editores, etc., entrará ésta en el dominio público». La legislación de aguas, como sabemos, cristaliza el 3 de agosto de 1866 (con ciertas disposiciones anteriores sin carácter de Ley); luego pasa a la Ley de 20 de febrero de 1870 y a la vigente de 13 de junio de 1879. En materia de minería, la legislación arranca de la Ley de 11 de abril de 1849 y la posterior de 6 de junio de 1859 y siguientes. Esta rectificación de fechas y legislaciones apenas tiene importancia para el fenómeno que señala el autor, ya que junto al concepto de patrimonio del Estado, se acuña el concepto de dominio público, referido en su origen a los bienes exclusivamente destinados al uso público, y va a enriquecerse con las prerrogativas que la revolución liberal prometió derogar: los privilegios. Desde el punto de vista hipotecario tendrá la trascendencia que luego examinaremos y que ha provocado una defectuosa regulación.

La crisis del Estado liberal la señala con gran acierto CAPEROCHIPÍ, apuntando que los dos conceptos de dominio público y servicio público son los instrumentos jurídicos utilizados o que han producido la crisis del Estado liberal doctrinario surgido en el pensamiento de la Ilustración. Se destruye la antigua regla de que es la propiedad privada el principio fundamentador del Estado, sustituyéndola por una nueva: *la discrecionalidad de la actividad administrativa...* En síntesis, resumo su postura:

- *El concepto de servicio público produce estos singulares efectos:*
- 1) La aparición de una jurisdicción autónoma y separada llamada «jurisdicción contenciosa».
 - 2) La crisis de la separación de poderes y la atribución a la Administración de facultades jurisdiccionales.
 - 3) La potestad reglamentaria.
 - 4) La existencia de una

propiedad autónoma y privilegiada de la Administración regida por un sistema distinto de la privada. 5) La ejecutoriedad de los actos administrativos. 6) La legitimación por acto administrativo de la expropiación forzosa. 7) La determinación del contenido de la propiedad por acto administrativo. 8) El trato desigual del ciudadano y su contribución no proporcional a las cargas del Estado. 9) La crisis del concepto de personalidad jurídica del Estado liberal y la multiplicación de las personalidades públicas y privadas. Quizá lo más importante de este singular estudio sea destacar cómo la noción de «servicio público» influye en el régimen jurídico de la propiedad pública, sometiéndola a un régimen particular donde surgen los principios de inembargabilidad de los bienes de la Administración, el de inalienabilidad de la propiedad pública (salvo en la Revolución francesa y en el proceso desamortizador), que son como consecuencias de uno superior: la irresponsabilidad patrimonial de la Administración.

- *El concepto moderno de dominio público*, basado sobre la confusión entre dominio público como forma de propiedad y dominio público como poder legislativo, añadiéndole la incidencia del concepto de soberanía, puede referirse a realidades diversas: 1) El dominio público en función de la proyección patrimonial de la soberanía exterior del Estado, permite hablar del dominio público del mar, del espacio aéreo, las minas, la zona marítimo-terrestre, etcétera. 2) En función de la soberanía del Estado, el dominio público está ligado a la mediatividad posesoria del mismo sobre todo el territorio nacional: apropiación de bienes vacantes, herencia intestada, inadmisibilidad de interdictos, etc. 3) El dominio público está ligado a la crisis del principio de la división de poderes y a la confusión entre facultades administrativas y jurisdiccionales. 4) La confusión entre dominio como potestad normativa y dominio como titularidad, provoca que la Ley expresamente determine cuáles son los bienes de dominio público. 5) El dominio público es limitación de la propiedad, que es como una especie de isla en el océano del dominio: allí donde acaba la propiedad privada empieza el dominio público.

Veremos luego cómo algunas de estas afirmaciones van a ofrecer al autor la posibilidad de una aplicación concreta en el campo del Registro de la Propiedad, y que en algunos casos son *ciertas* y en otros deben ser sometidas a *crítica*.

c) *Las funciones sociales de posesión y propiedad*

Me gustaría hacer dos afirmaciones que pueden servir de base a la iniciación de este apartado. La primera es que *el derecho social, lejos de destruir, confirma el derecho individual*. La segunda es que cuando el profesor H. GIL ingresa en la Academia de Legislación y Jurisprudencia con su monográfico trabajo sobre «La función social de la posesión» (contestándole URSICINO ALVAREZ), allá por el año 1967 (9), creo que sólo un reducido grupo de estudiosos del Derecho hipotecario acusa el golpe (debimos ser ABELARDO, TIRSO y yo los más afectados, pero silenciábamos el mismo). No pretendo desmontar, ni quizá supiera hacerlo, todo el entramado jurídico que H. GIL elabora en su discurso, pero sí poner dos o tres acentos en lo que él margina, aunque lo presiente, sobre la tremenda relación entre la posesión y el principio de seguridad jurídica.

HERNÁNDEZ GIL diferencia la función social de la propiedad con la de la posesión. En la propiedad, la función social hace que penetre en la misma el interés genérico de la sociedad y el de ciertas situaciones sociales. De la noción negativa del límite como prohibición, se pasa a la noción positiva del deber de gestión de los bienes. Ello produce, como ya apuntó SPANTIGATI (10) ante la alarmante postura de PUGLIATI, el rompimiento del concepto unitario de propiedad, aceptando una *propiedad social* en el campo del acceso a la misma de la vivienda, del aspecto urbanístico, agrario, etc., la sustitución del derecho subjetivo por la función, por la propiedad social, la colectiva o la del Estado.

La función social de la propiedad estriba fundamentalmente en lo que hay en ella de *eliminable*, mientras que en la posesión radica, ante todo, en lo que tiene de *imprescindible*. La propiedad privada no es el instrumento jurídico indispensable para conceder el goce, mientras que sí lo es la posesión. Entiendo que la frase, con ser brillante, como todas las del ilustre profesor, no es lógica, o son situaciones transitorias, como las que lleva consigo la posesión, las que pretende lograr la función social. Eso iría contra el principio de la seguridad jurídica, que exige certeza, permanencia, claridad, etc. No es que a la propiedad haya que «eliminarle» algo a través de la función social, sino que será ésta la que modalice el contenido y ejercicio de sus facultades.

HERNÁNDEZ GIL, en el fondo, viene a reconocer que solamente en cierto sentido puede predicarse *la seguridad jurídica* con una dimensión social en la posesión, pues la defensa interdictal queda subordinada a la iniciativa personal. El piensa, sin embargo, que la situación posesoria no

(9) *Ob. cit.*

(10) SPANTIGATI (F.): *Manual de Derecho urbanístico*, Montecorvo, 1973.

se respeta en cuanto apariencia o posibilidad de un derecho del que se presenta como exteriorización: el de propiedad, según la tesis de IHERING, sino que la situación posesoria se respeta en cuanto tal y no del derecho que pueda ser reflejo. Aun aceptando esa tesis, lo que sí es cierto es que la *seguridad jurídica* llevada al campo de la seguridad del tráfico exige una apariencia consolidada, es decir, permanente y con proyección de futuro. No es el *iuris tantum* lo que persigue el tráfico, sino el *iuris et de iure*. La posesión, si no hay derecho a ella, cae a pesar de la protección interdictal. La propiedad proyectada en el tráfico a través de la publicidad se mantiene a pesar de la demostración contraria.

Aparte de ello, la posesión, como medio exteriorizador o creador de apariencias, sirve solamente para defender un hecho, una situación, un elemento que lleva consigo la propiedad, pero no sirve para exteriorizar el contenido pleno o menos pleno que da seguridad al tráfico jurídico.

d) *La publicidad registral y la seguridad*

Apuntado lo anterior, se hace casi innecesario todo lo que sigue, pero conviene matizarlo un poco y relacionarlo con algunos de los puntos comentados. Para ello es preciso seguir una opinión que ha generalizado DÍEZ PICAZO (11), en la que es preciso distinguir *entre Registros de gravámenes y Registros de la Propiedad*. Dice el citado autor que la segunda mitad del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX entran en juego unos intereses económicos llamados a mover la puesta en práctica de los principios de publicidad y especialidad. El predominio de capitales y la aparición posterior del mercado inmobiliario van a facilitar la transformación y ampliación del sistema tal y como está hoy concebida. El mercado de capitales exige la protección del crédito territorial y lleva consigo el desarrollo del principio de publicidad centrado en la figura de la hipoteca. A ello corresponden las antiguas Contadurías y la misma Ley Hipotecaria de 1861, que sólo habla de «Registro» sin calificarlo de «la Propiedad». El tránsito a la última etapa lleva consigo el predominio del mercado de inmuebles, que exige una protección del mismo, y de los posibles adquirentes del dominio de bienes inmuebles, que en nuestro sistema queda completo en 1909 y en la vigente legislación de 1944-46.

Ello hace que podamos explicar que, en un primer momento, las leyes fueran Leyes Hipotecarias; en un segundo, la figura debe estar acompañada por la mutación de publicidad de las alteraciones dominicales, y que en un momento más tardío el Registro se convierta en un auténtico

(11) DÍEZ-PICAZO (L.): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, 1979.

Registro de la Propiedad, desplazando el mercado de capitales al de inmuebles.

Esa disección dogmática hecha por DÍEZ PICAZO va a permitirnos afrontar los cuatro puntos que CAPEROCHIPÍ nos brinda para explicar determinadas referencias registrales, siendo algunas ciertas y otras objeto de crítica:

- *Es cierto* que, a lo largo del siglo XIX, el impuesto es una cuota parte de la propiedad individual con que el ciudadano contribuye a los gastos sociales, y en este sentido, la proporcionalidad y la igualdad se definen en base a la propiedad inmobiliaria. De ahí que la titularidad material de relación entre persona y cosa que supone la propiedad, pase a convertirse en una determinación registral del propietario y permita una triple distinción: *sistema fiscal* (fundado en el Catastro), *sistema de propiedad* (basado en el Registro) y *sistema civil* (basado en la titularidad material). El impulso unificador de estos tres aspectos lo va a dar la contribución de hipoteca y la configuración constitutiva del derecho de hipoteca, aunque ése no sea el justificante teórico del problema.
- *No es cierto*, sin embargo, la explicación que el autor da al principio de publicidad registral en la adquisición del tercero. La crisis de la tutela de la propiedad privada (sustituida por la de la actividad económica) se manifiesta en la preeminencia posesoria de la Administración (recuperación posesoria de oficio, deslinde administrativo, inadmisibilidad de interdictos frente a la Administración) y ello permite explicar el funcionamiento de la mecánica registral: el propietario puede ser desposeído por el Estado de sus bienes, no en virtud de un desleal comportamiento del mismo frente a otros particulares (prescripción), sino sólo y exclusivamente en base a que un tercero tuvo acceso al Registro y vendió el bien al llamado tercero hipotecario. El Registro es mecanismo formal de pérdida de la propiedad creado por el Estado, que sólo se explica porque la relación de inmediatividad entre persona y cosa no es objeto de tutela preferente por el Estado.

La cosa no es tan simple ni puede reducirse a este esquema tremendamente negativo. El Registro de la Propiedad nace umbilicalmente unido con la publicidad, y la publicidad, que con la relación de inmediatividad posesoria se vio desbordada por el crecimiento de cargas y limitaciones, exigió un mecanismo técnico al servicio del interés particular o de los particulares. La desposesión, que significa el juego del principio de fe pública —mal explicado por el autor—, responde a criterios superiores de segu-

ridad jurídica. Entre la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico jurídico, se eligió el sistema germánico.

- *Es cierto* que el privilegio posesorio de la Administración tiene, a partir del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, el privilegio de la inscripción registral de sus bienes sin la información posesoria y por mera certificación administrativa de dominio, pero lo que no aclara que ello es consecuencia del sistema de obligatoriedad de inscripción de los bienes del Estado, salvo para las «cosas públicas» que se exceptuaron del principio «dispensándolas» de inscripción, dispensa que, como nos cuenta PAREJO GAMIZ (12), se va a convertir, en el Reglamento Hipotecario de 1915, en «prohibición». En todo ello quizá haya influido la desaparición del concepto de *cosas comunes*, pero lo cierto es que el criterio restrictivo de los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario ya ha sido superado por la doctrina en base de muchas razones, entre las cuales está la que da el autor citado: la falta de «ostentosis» de esos bienes, que en la actualidad ha desaparecido.
- *Tampoco es cierto* que a través del concepto de obra y servicio público se llegue a la confusión que CAPEROCHIPÍ mantiene: la del contrato y la concesión. Esta afirmación resulta difícil de mantener, pues no debemos olvidar que en nuestro Derecho los derechos reales surgen a la vida jurídica en base de ciertos contratos, mediante la tradición. Creo que las aportaciones de ZANOBINI, GARRIDO FALLA y VILLAR PALASÍ (13) sobre el concepto y naturaleza de la concesión resuelven definitivamente esta aparente confusión que el autor citado invoca. La concesión administrativa no las hizo reales por la inscripción, sino que se inscribieron por ser algo que tenía efectos reales. Quizá de ello pueda nacer el concepto de «exclusiva», eso sí.

II. LA PENETRACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN EL CONCEPTO

He querido apuntar en esquema una serie de puntos que nos van a permitir llegar a la situación actual. Hemos pasado de un Estado absoluto a un Estado liberal y vamos a desembocar en un Estado social. Lo dice majestuosamente H. GIL (14). El decisionismo caracterizador del

(12) PAREJO GAMIR (R.): *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975.

(13) VILLAR PALASÍ (J. L.): «Concesiones administrativas» (nueva *Enciclopedia Jurídica* Seix).

(14) *Ob. cit.*

Estado absoluto fue reemplazado por el neutralismo propio del Estado de Derecho. Y éste sustituido o perfeccionado por un Estado actuante en el logro de la democracia social, llámese Estado material de Derecho, Estado justo o Estado social. El Estado liberal de Derecho ha dejado de ser formal, dice LUCAS VERDÚ, neutral e inhibicionista, para transformarse en el Estado material de Derecho, en cuanto adopta una política que establece la justicia social.

Los esquemas a que va a responder la propiedad en esta época actual en que me sitúo afectan al concepto, a sus rasgos fundamentales y al arribo en sus márgenes de diversos estatutos que van a justificar la penetración del Derecho público en el privado y a permitir, sin embargo, el resurgimiento de una fuerza negocial importante haciendo viable, en buena parte, el principio de autonomía de la voluntad. Todo ello es preciso conectarlo con una institución que ya se ha hecho necesaria: el Registro de la Propiedad. Sin la pretensión de un análisis *ad profundis*, *ad inferos*, vamos a pasar por esas etapas del esquema apuntado.

a) *La construcción dogmática privada y la penetración del Derecho público*

La evolución histórica ha demostrado, como he apuntado antes, la gran importancia que los conceptos elaborados dentro del Derecho privado han influido en la construcción dogmática del Derecho público, y singularmente del Derecho administrativo, tomando de aquél lo necesario para establecer las diferencias.

Con ello no quiero olvidar la escisión que Roma hizo entre los dos derechos, que queda desdibujada en las legislaciones germánicas y medievales y que resurge en los tiempos modernos. La propiedad y su construcción dogmática juega *en este préstamo* de conceptos un papel importante. CAPEROCHIPÍ lo aporta en su trabajo: la propiedad es el gran principio ético, cuya defensa legitima la existencia y autoridad del Estado. Las instituciones jurídicas surgidas de la experiencia revolucionaria francesa están basadas en la tutela de la propiedad. La libertad e igualdad se concretan en el Estado liberal por la propiedad privada.

Así como el Derecho privado hace un préstamo de conceptos, el Derecho público en el *Estado social* provoca una invasión de poder desprivatizando el Derecho. El Estado, abanderado de lo social, hace de taxidermista, *extrae el contenido y deja la forma*, el contorno. Asegura y protege la *titularidad*, pero limita e impide la *legitimación* para la realización de facultades. Es la frase de ORTEGA: las limitaciones no están

en el contorno, sino en el dintorno. Y ello es así, como apunta VICENTE L. MONTÉS (15), porque en cada concepción de poderes o ventajas por parte del ordenamiento se incluye, junto al interés propio y particular del sujeto titular, un interés público, cuya ausencia determinará, en caso de desviación, un defecto de legitimación e incluso la pérdida como sanción. El Estado, de centinela, se ha convertido en visitante y ha penetrado en la propiedad sin necesidad de autorización judicial: lo social ha sido suficiente.

b) *Límites y limitaciones en los diferentes campos*

No creo que es el momento de entrar en los perfiles que separan los límites: las limitaciones y las «delimitaciones», pues de todos es conocido el término acuñado por la doctrina alemana (concretamente por WESTERMANN) y puesto en rodaje hispánico por GARCÍA DE ENTERRÍA (16) en el año 1958, en su conocido trabajo sobre *Actuación pública y actuación privada en el Derecho urbanístico*. Todos sabemos, además, que la Constitución vigente acepta esa terminología conceptual (art. 33).

Creo que lo importante de todo ello es ver hasta qué punto la «delimitación social» del derecho de propiedad ha tenido o puede tener reflejos en la legislación y la importancia que todo ello puede ofrecer en la publicidad registral y en su necesidad.

VICENTE L. MONTÉS, antes citado, contempla el panorama que ofrece la nueva imagen de la propiedad indicando cuatro aspectos fundamentales: pluralismo, conexión social, desconexión de la idea de libertad y actividad o ejercicio como centro de la regulación. En breve síntesis vamos a resumir estas afirmaciones:

— *El autor citado dice que se ha producido una «diversificación de estatutos y regímenes» de la propiedad que se resisten a una unificación conceptual o que, cuando se reducen a dicha unidad, producen una imagen confusa, carente de coherencia interna.*

He defendido en otro lugar el concepto unitario, sin perjuicio de reconocer que, dentro del concepto general, pueden existir modalidades impuestas por el interés social, pero que no llegan a crear esas propiedades «especiales» de que habló PUGLIATTI en el año 1956. Con la Constitución en la mano resulta hoy difícil mantener esa tesis: hay que partir de un concepto unitario y unas modalidades, aparte de las propiedades especiales que recoge el Código Civil.

(15) *Ob. cit.*

(16) *Ob. cit.*

- *El segundo punto es la conexión social, que es lo que viene a justificar la diversidad estatutaria* de la propiedad en los campos urbanos, rústicos, etc. La función social es la posible solución que plantea el conflicto de intereses entre lo individual y lo colectivo.

La dificultad de perfilar lo que debemos entender por *sentido social* es, de una parte, el dique que contiene la antigua concepción, pero de otra, es el gran portillo para justificar cualquier reforma legislativa. Es más un concepto político que jurídico. ¿Por quién se ha de realizar la socialización? ¿Para quién se ha de socializar? ¿Dónde está el límite que impida la socialización del ser humano o el de la economía? Estas preguntas se las hacía HEDEMANN ya hace algunos años.

- *A lo largo de lo que llevamos dicho resulta evidente* que la propiedad ha representado la proyección en el plano patrimonial de la libertad del individuo (frase de G. PALMA). Hoy día parece que propiedad y libertad no resultan conceptos coincidentes, ni la libertad es expresión de la primera, ni la propiedad supone plena autonomía del sujeto con relación a la cosa.

La identidad entre propiedad privada y libertad conduce, como consecuencia —dice CAPEROCHIPÍ—, a un nuevo principio constitucional: la *no intervención* del Estado en la vida económica y social. La libertad e igualdad se concretan en el Estado liberal por la propiedad privada. La propiedad se concibe como un ámbito de libertad reconocido al individuo frente al Estado: donde los fines particulares del individuo prevalecen frente a los fines generales de la sociedad política.

Observo, sin embargo, que hay cierto esquema que no encaja del todo en las anteriores afirmaciones, pues creo que lo que se definía como libertad se identifica con poder. *La propiedad es al individuo lo que la soberanía es al Estado*. La propiedad representa un poder individual del particular, en el que el poder político no tiene reconocida ninguna facultad de injerencia directa. PORTALIS, en su discurso, así lo identifica, pero ¿cabría escindir y separar el poder de la libertad?

- *El autor citado ya varias veces* —VICENTE L. MONTÉS— termina su exposición *sobre este punto hablando de la titularidad y actividad del propietario*. El centro o punto central del problema actual en esa nueva forma de configurar la propiedad, se encuentra en el acento que el ordenamiento jurídico coloca ahora en el «ejercicio» del derecho y no en la «atribución». Es decir, la titularidad

es intocable y en donde penetra el Estado es en el ejercicio del contenido.

Quizá sea ésa la más exacta de las conclusiones a las que llega el citado autor. Ante un conflicto de intereses es necesario conciliar los que se reconocen a una parte y los que modalizan en favor de la colectividad el ejercicio de los derechos.

c) *La proyección comunitaria*

Al comienzo de estas notas destacábamos la «involución» histórica de la propiedad, pues si la misma fue el instrumento que utiliza el príncipe —según dice CAPEROCHIPÍ— para destruir todas las formas de propiedad común, la actualidad, superando los principios de penetración del Derecho público y delimitación pública de la propiedad, hace florecer la *propiedad comunitaria*.

Esta es la idea que expone, en un artículo a punto de ser publicado, RAFAEL ARNAIZ. RAFAEL se ha quejado muchas veces de que le cito mal o de que las citas que hago de él no son correctas. El lo dice, pero sabe que no es así. Cuando le cito mal es que no estoy de acuerdo con lo que dice, y cuando la cita es incorrecta es que no he podido incorporarla a mi primitivo esquema de exposición. El también silencia cuando le cito bien y creo que ésta es una buena ocasión para que manifieste su conformidad.

Estamos asistiendo, dice ARNAIZ, a un fenómeno nuevo y diferente que, en alguna medida, aparece en todas las legislaciones a través de las llamadas comunidades de intento o supuesto de indivisibilidad jurídica. Se trata de casos cada día más frecuentes, en los que el régimen de comunidad es inseparable de la propia configuración del derecho de dominio. No puede ejercerse el dominio si no es en régimen de comunidad, siendo dicho régimen esencial para la existencia del propio derecho. La cotitularidad surge del propio derecho, gozando de la protección de la norma y de su subsistencia en el tiempo, rompiéndose el principio de la *actio comuni dividundo*. Cita la configuración cúbica, las cosas complejas y los conjuntos inmobiliarios. Y al examinar el contenido de las facultades dominicales es donde asoma la originalidad de su tesis: los límites, las delimitaciones que la propiedad tiene no son sólo las resultantes de las normas positivas, leyes y reglamentos, sino que deben completarse con las resultantes del estatuto constituido en el título que alumbró la necesaria comunidad de intereses y el régimen de cotitularidad que ha de recaer sobre el bien inmueble. Es decir, se da entrada a la posibilidad de la delimitación negocial del contenido del dominio.

d) *La publicidad registral y la seguridad jurídica*

Ante las nuevas formas de propiedad, ante las nuevas concepciones de la misma, ante esa teoría de las delimitaciones de carácter constitucional, ante ese contenido negocial de facultades, ante esa penetración pública en lo privado, etc., el intérprete se pregunta: *¿Sigue siendo necesario el Registro de la Propiedad?*

Quizá sea el momento histórico más importante en que la institución registral recibe un reto tan decisivo. Pero el reto lleva dos grandes asideros en que apoyarse para considerar a la institución registral como necesaria, imprescindible e insustituible. El principio de legalidad y la rama que se deriva del de seguridad jurídica a través de la seguridad del tráfico, ofrecen serios argumentos en pro de la organización registral. Creo que fue JOSÉ LUIS LASO el que dijo, y dijo muy bien, que el posible éxito de estos fenómenos urbanísticos reside en saber aprovechar los dos grandes principios que son el eje de los sistemas jurídicos de bienes para ponerlos al servicio de esas actividades y disposiciones administrativas. El logro público es alcanzar la «inserción», lo más amplia posible, en los sistemas tradicionales de publicidad inmobiliaria. Sólo a través de una adecuada ordenación de las medidas pertinentes pueden quedar salvaguardados los legítimos intereses individuales y los fines públicos que se persiguen.

Por ello pueden ser consideradas como conclusiones a tener en cuenta las siguientes:

- A los libros registrales deben acceder las situaciones de la Administración pública, para publicar los compromisos asumidos por los titulares y advertir a los terceros de su existencia.
- El principio de seguridad jurídica se ve fortalecido en cuanto en los libros registrales consten las determinaciones de Derecho público y sus alteraciones.
- La creación de estatutos jurídicos especiales en el ámbito privado por la acción administrativa debe tener constancia registral, pues ello facilita la actuación del Registrador como órgano de control de la legalidad.
- La actuación administrativa para exigir el cumplimiento de los compromisos o el ejercicio de las facultades sancionadoras o revisoras, son susceptibles de acogerse al sistema registral.
- Los actos civiles válidos, aunque en ellos falte el cumplimiento de ciertos requisitos administrativos, deben tener acceso al Registro.

- Partiendo de la base diferenciadora entre titularidad y destino de los bienes, deben desaparecer los obstáculos que a la inscripción de los bienes demaniales hoy se oponen.

Sin querer, y con esto pongo punto final, me estoy anticipando a lo que pueden ser conclusiones de un próximo Congreso.

III. REPERCUSIONES REGISTRALES

MIGUEL DELIBES, al ingresar en la Real Academia de la Lengua el 25 de mayo de 1975, escribe sobre «El sentido del progreso desde mi obra» (17) y tiene la amabilidad de dedicarme un ejemplar de su discurso. En reciprocidad publico la recensión de ello en nuestra *Revista Crítica*. Cuento esto porque los avances tecnológicos, a los que nos queremos subir con tanta ansiedad como inconsecuencia, pueden ser ciertamente peligrosos a la hora de los balances: esto es como el disparo de las escopetas, que siempre provocan un culatazo.

Explico mi postura. Entre los años 1972-1973 asisto al Congreso, primero de los celebrados, de Derecho Hipotecario o Registral en Argentina, y antes o después, ya no lo sé, doy una conferencia en Mérida sobre «Cibernética y Registro», que luego amplió en una comunicación del II Congreso Internacional. Mi postura de entonces y de ahora es que la medida debe presidir el proceso mecanizador de nuestro sistema, sobre todo, como demostré en Argentina, cuando al enseñarme el sistema «con apoyo electrónico» vi que la técnica lo había dejado anticuado. No hay que confundir lo que puede ser un elemento *imprescindible* y *auxiliar* de una oficina con el sistema mecanizado, que elimina nada menos que el principio de legalidad. A semejanza del método dogmático de inversión de los pandectistas alemanes, parece que la máquina puede, mediante un almacenamiento de datos previos, ofrecer una solución para el diagnóstico de una enfermedad. Trasladado al campo de los derechos reales podríamos llegar a la misma conclusión. ¿Pero eso es válido y aceptable? Si en la selva jurídica andan sueltos los derechos *in rem*, *in faciendo*, *propter rem*, etc., será difícil que la máquina sustituya al cerebro. Si eso llegara a suceder, yo, como jurista, sin la ilusión del raciocinio, diría lo mismo que DELIBES decía al invocar la canción: «Que paren la tierra, que quiero apearne».

Y con estas consideraciones de carácter general vamos a pasar lista en forma breve a varios puntos:

(17) DELIBES (M.): «El sentido del progreso desde mi obra». Discurso de recepción en la Real Academia de la Lengua, 1975.

a) *El folio real*.—Después de más de cien años de llevar el Registro por fincas y a base del folio real, con todas las ventajas que ello supone, resulta difícil plantearse el tema y pensar en otros sistemas. No dejo de comprender que tanto la legislación agraria y la urbana juegan en este momento con conceptos de más amplia proyección que el de fincas, y así se nos habla de polígonos, zonas, unidades de actuación, manzanas, volúmenes edificables, etc., pero que después de los mecanismos de concentración de parcelas y posterior adjudicación por subrogación o de planeamiento y ejecución de planes, viene a desembocar en la formación de fincas con o sin elementos comunes, incluidas o no en zonas o polígonos, etc.

MARTÍN MATEO (18) denunciaba hace tiempo, siguiendo a SAVATIER y en relación con el volumen edificable, cómo los instrumentos de publicidad inmobiliaria se han detenido en su desenvolvimiento descriptivo, en la geografía plana. Yo no lo creo así, pues el concepto de obra nueva en su proyección hacia arriba o hacia abajo resta credibilidad a la afirmación. De otra parte, habría que llegar al fondo de lo que debe entenderse por volumen edificable, sus diferencias con los coeficientes, la relación entre espacio y volumen y la famosa «reserva de espacio» de que habló en su día el profesor DE CASTRO.

Debo aludir al problema de la urbanización y conjuntos inmobiliarios, y creo que en esta materia ya ha sido rechazado el sistema que propuso un anteproyecto, más notarial que registral, de la creación de libros especiales, pues el anteproyecto de 10 de abril de 1981, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad, se pliega a la normativa general con las variantes de la especialidad, dando entrada en el Registro Mercantil a la inscripción en libro especial de la entidad rectora del conjunto. El tema ha sido tratado por MANUEL GARCÍA, PABLO VIDAL y ALVAREZ BELTRÁN (19) en su ponencia al V Congreso.

Lo único discutible sería si la llevanza del Registro debe seguir *haciéndose* por el sistema de libros con hojas móviles, que está dando gran resultado, o recurrir al de carpetas independientes por finca, que frente a la ventaja de la facilidad de la

(18) MARTÍN MATEO (R.): «La penetración pública en la propiedad privada» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1972).

(19) GARCÍA GARCÍA (J. M.), VIDAL FRANCÉS (P.) y ALVAREZ BELTRÁN (J.): «Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad». Ponencia aportada al V Congreso Internacional de Derecho Registral, 1980.

busca produciría una alteración de difícil superación en nuestras oficinas.

b) *La tecnología aplicada al Registro.*—En varias ocasiones he tocado el tema de la mecanización en su proyección de identificación de fincas en plano y de las relaciones que el Registro debería mantener con el Catastro. No creo que merezca la pena repetir ideas, pero no debe olvidarse que partiendo de un plano y a base de coordenadas y precisión de puntos concretos podría llegarse a la identificación de la finca y a la proyección en pantalla de su contorno físico. Todo ello almacenado en un ordenador permitiría la formación de un banco de datos.

El resto que estos avances técnicos supone no debe ser olvidado a la hora de su aplicación, pero quizá la estructura actual de nuestras oficinas no permita por ahora la instalación de ordenadores, aunque ya hemos dado el primer paso electrónico con nuestras máquinas, y el segundo con la informatización del índice de personas.

De todas formas, mi tranquilidad coordinadora entre Catastro y Registro —viejo anhelo de ambas instituciones— no queda muy pacífica con el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, del que me ocupé en una comunicación al Congreso de México, aunque ya ha sido reforzado en su aplicación por las Ordenanzas ministeriales de 8 de febrero de 1984, que impulsan los procedimientos de coordinación entre Registro y Catastro, ampliando los términos municipales, que, por Orden de 30 de enero de 1982, sólo fueron 25. No obstante, la *Revista Técnica Topográfica del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía*, de octubre, noviembre y diciembre de 1983, publica tres artículos nada alentadores. El primero de ellos se titula «El Catastro en España», lo firma JOSÉ L. GARCÍA-CUERVA, Ingeniero Técnico en Topografía, que mantiene la idea de la necesidad de un Catastro polivalente, que «es base geográfica» que sirve de soporte para toda clase de mapas, de documentos literales, y que puede constituir la base de un banco de datos.

El segundo artículo lleva por título la «Necesidad de un Catastro jurídico en España», y lo firma ANTONIO RAMOS GARCÍA, Ingeniero Técnico Topógrafo. Considera inaplicable el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, que regula la coordinación catastral y registral, pues, a su juicio, ello supone dar un carácter jurídico a una documentación hecha con fines fiscales, una documentación donde el desarrollo y compensación de poligo-

nales se ha realizado gráficamente. Luego explica la idea del Catastro jurídico y sus tres modelos para la realización.

Por último, el trabajo de GREULICH, de Estados Unidos, que mantiene la tesis de la aplicación del sistema de seguros de títulos, como necesidad precatastral ante la posibilidad de discordancia entre el plano levantado por la compañía aseguradora y el legal que se haga por la Administración.

Hay otros artículos también muy importantes, pero creo que no debo abusar más de vuestra atención. Tiempo habrá de hacer un buen comentario de todo ello.

d) *La cautela y el balance*.—Nuestra postura debe ser, ante todo ello, cautelosa, experimental y siempre subordinada al respecto de los principios jurídicos del sistema. Si lo mejor es enemigo de lo bueno, no vayamos a convertir en malo lo que durante mucho tiempo ha sido bueno: «El gran mérito —dijo NÚÑEZ LAGOS— del Registro es haber funcionado tanto tiempo sin el auxilio del Catastro».

* * *

Me gustaría terminar tal y como comencé mi charla en el año 1969, en este mismo sitio, parodiando a CAMILO JOSÉ CELA (no puede uno venir a Galicia sin citar a un gallego ilustre), quien al ingresar en la Real Academia de la Lengua hablaba de su flaco mérito, de su ruin bagaje y de los *guardiaciviles* del camino. A mí me puede pasar igual en mi camino jurídico, pues los *guardiaciviles* se quedarán atónitos al oír el relato de mi ruin bagaje de esta charla y de mi flaco mérito en ese nuevo y largo cargo de Director del Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España..., y lo más probable es que de momento, y por el que sí o por el que no, me detengan... Muchas gracias por vuestra atención.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad