

Esquemas sobre la valoración actual del Derecho hipotecario

SUMARIO: *Introducción.—Antecedentes del Registro de la Propiedad.—Influjo del sistema registral en la vida jurídica: 1. Difusión del crédito.—2. Estabilización jurídica: A) Aseguramiento de sentencias. B) Colaboración procesal.—3. Seguridad jurídica.—4. Modo de adquirir la propiedad.—5. Servicio público. 6. Control y cumplimiento de las leyes.—Conclusión.*

INTRODUCCIÓN

Las instituciones jurídicas no nacen a la vida del Derecho por generación espontánea ni se crean por el capricho del legislador; se implantan con la finalidad de resolver necesidades que sienten las sociedades humanas en determinados momentos de su existencia. Por eso, nos decía HINOJOSA (1) que las leyes que sirven de norma a las relaciones jurídicas en cada pueblo no son ni pueden ser en manera alguna invención arbitraria de uno o varios individuos, ni siquiera de una sola generación o de una sola época. Son el fruto de las necesidades y esfuerzos de muchas generaciones. La Historia, maestra infalible del quehacer humano, ha elevado a la categoría de axioma esta afirmación.

La Institución de la publicidad inmobiliaria para la seguridad de su tráfico jurídico, y cuyo último estadio de perfección radica en el llamado Registro de la Propiedad, no es una excepción a lo que se ha dicho. Efectivamente, la publicidad registral, como cualquiera otra institución jurídica, no es un invento, ni siquiera un producto instantáneo del legislador; al contrario, es el resultado de una larga y costosa elaboración, a veces vacilante, a la que han concurrido factores económicos, históricos, sociales y hasta filosóficos, como lo puso de relieve el notable jurista

(1) EDUARDO DE HINOJOSA: *Historia general del Derecho español*. Tipografía de los Huérfanos. Madrid, 1887.

cubano DORTA DUQUE (2). En nuestra Patria, GENOVÉS AMORÓS (3), en brillante conferencia pronunciada hace ya bastantes años, afirmaba que «los sistemas jurídicos, lo mismo que los estilos arquitectónicos, no se crean apriorísticamente, sino que son el resultado de una sucesión de esfuerzos, a veces discontinuos, que poco a poco van adquiriendo un perfil característico, y que con cierta ayuda de la *doctrina* llegan por fin a constituir un sistema». Es conveniente constatar, antes de seguir adelante, que todas estas afirmaciones no están basadas en investigaciones de tipo doctrinal o de puro raciocinio, sino que son corolario de estudios documentales históricos, apoyados en hechos sociales, naturales y económicos de absoluta certeza.

Nadie discute hoy día, por su palmaria evidencia, el que las instituciones jurídicas anteriores al vigente sistema registral, legadas a nuestro pueblo por el Derecho romano, y que regulaban la propiedad inmobiliaria y la dinámica de los demás derechos reales, no servían para alcanzar el grado suficiente de desenvolvimiento que exigen las necesidades jurídicas y económicas modernas. Esa misma inutilidad fue la que hizo necesaria apoyar la manifestación formal de la situación jurídica de los inmuebles, o lo que es lo mismo, su publicidad, en otras instituciones más aptas y adecuadas para ello, y así se creó el Registro de la Propiedad en nuestra Patria, al igual que en las demás naciones de sistemas jurídicos desarrollados.

La Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 inauguró en España el sistema registral al regular la constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y de los demás derechos reales, en base al Registro de la Propiedad que implantaba, y que con las modificaciones y reformas necesarias por el tiempo transcurrido sigue vigente en la actualidad, cumpliendo muy aceptablemente su importante misión.

Estas normas hipotecarias, examinadas a la luz de los niveles de análisis que exigen los postulados de la moderna filosofía del Derecho (4), cumplen rigurosamente todas sus exigencias.

(2) DORTA DUQUE: *Curso de Legislación hipotecaria*. Facultad de Derecho de La Habana, pág. 15.

(3) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año 1951. Publicada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

(4) ELÍAS DÍAZ: *Sociología y filosofía del Derecho*. Editorial Taurus, año 1977. Cita tomada de NORBERTO BOBBIO en su *Teoría della norma giuridica*, pág. 58. Este autor se plantea ante toda norma jurídica sometida a análisis filosófico un triple orden de problemas: 1) si aquélla es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; y 3) si es eficaz o ineficaz. Estos problemas son independientes uno del otro, ya que la justicia de la norma no depende ni de la validez ni de la eficacia, la validez no depende ni de la justicia ni de la eficacia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez.

Las normas hipotecarias son *válidas*: existen debidamente promulgadas, no están derogadas y su aplicación a la práctica es constante, de tal modo que, con el devenir de los años, han dado lugar a que de hecho coexistan dos diferentes clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. Siendo la primera de ellas la que cumple rigurosamente todas las disposiciones que para el bien común dicta el Estado y escapando de toda normativa o fiscalización, la segunda.

Las normas hipotecarias son *eficaces*: sirven de modo satisfactorio a la finalidad para que fueron promulgadas, pues son hechos incontrovertibles los que han dado seguridad al dominio, han fomentado el tráfico jurídico inmobiliario, han acabado con la figura del estelionato, tan frecuente en tiempos pretéritos, y, en suma, han contribuido a la paz jurídica, evitando litigios y cooperando a la justicia distributiva.

Y, finalmente, las normas hipotecarias son *justas*: ya que no son el resultado de una imposición arbitraria o rigorista del legislador; antes al contrario, el sistema se caracteriza por la voluntariedad normal de la inscripción, criterio que en estricto derecho inmobiliario registral puede ser discutido, pero que por su bondad, por las ventajas que ha proporcionado y por las necesidades que han solucionado, han logrado que su aplicación sea extensiva y abarque toda la propiedad urbana y la rústica de valor apreciable en la actualidad.

Generalmente se ha estudiado al Registro de la Propiedad como una institución jurídica al servicio del interés particular, que sin duda presta, pero se ha olvidado con harta frecuencia el importantísimo servicio que rinde a la sociedad en general y, por ende, a la nación y al Estado, que son en última instancia los mayores beneficiarios. Pero ello no es de extrañar, puesto que en el momento de la instauración del sistema registral, año de 1863, era dominante una doctrina liberal del más avanzado individualismo que sólo reparaba en el beneficio particular del propietario; pero no se puede negar, sin caer en el absurdo, que el Registro de la Propiedad al publicar y proteger el tráfico inmobiliario beneficia no sólo al que inscribe su adquisición, sino también al interés general de la sociedad. Ya en el año de 1948, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (5) decía que el Registro de la Propiedad «sirve al interés nacional, y ello justifica la intervención estatal en el régimen de la propiedad privada, porque el Estado, merced a las inscripciones del Registro, cuenta con un censo jurídico de la propiedad inmueble, base eterna de sustentación

(5) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia en el año 1948. Puede verse en el libro homenaje a su memoria, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, tomo II, págs. 321 y siguientes.

de la comunidad, y con una relación de propietarios que facilita y asegura la percepción de las contribuciones territoriales. A través de la inscripción, el interés nacional cuenta con un elemento que por asentar sobre bases sólidas el derecho de propiedad sirve para sanear ésta, fomentando la prosperidad pública para impulsar y vigorizar el crédito, sin el cual no existe progreso agrícola ni urbano, y lo que no es menos importante, que no se ven expuestos a usurpaciones ni a estelionatos, como antes de establecerse el sistema de Registro sucedía. Donde el sistema funciona bien los pleitos inmobiliarios desaparecen. Cada nuevo libro que se abre en el Registro representa un litigio menos».

El mismo criterio guía a GENOVÉS AMORÓS (6) al decir que «los legisladores del siglo pasado tuvieron dos modelos a la vista: el germánico y el francés. El primero, el sistema germánico o alemán, tiene en cuenta, ante todo, el interés público y casi podríamos decir estatal; el régimen francés estaba polarizado en sentido individualista y para proteger intereses privados. Y el incipiente sistema español adoptó una situación intermedia y equidistante; no atendió preferentemente al interés del Estado, ni tampoco al de los particulares, sino a un interés público difuso, al interés de la masa anónima, al interés de los terceros».

Todo esto es irrefutable; la propia Ley Hipotecaria ha sido denominada con harta frecuencia la Ley de los terceros, y su inspiración, aunque intermedia entre las dos legislaciones que apuntaba GENOVÉS, se inclina francamente hacia el lado germánico. Baste recordar al respecto que el propio ministro de Gracia y Justicia a la sazón, señor FERNÁNDEZ NEGRETE, en las discusiones parlamentarias de la época, declaró ante el Senado que la Ley se acercaba más al sistema germánico que al francés; y que fue GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los redactores de la Ley, quien ante el nombre con que se conocía a la misma de Ley de terceros o para terceros, dijo que la opinión general pone los nombres a las leyes, tomándolos de su significación más estricta. Y esa masa anónima, esos terceros beneficiados por el sistema hipotecario, no son más que la propia sociedad, la comunidad en general, cuyo interés debe ser el fin que guíe o informe las normas del Estado.

Y, por último, GARCÍA GUIJARRO (7) afirma que «el fundar la institución del Registro de la Propiedad fue lo mismo que establecer las leyes que deben presidir la institución y movimiento del derecho de propiedad en sus relaciones sociales esenciales, y que el perfeccionamiento de tal Registro debe ser aspiración constante del Poder público, para ir al

(6) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: en la obra antes citada, pág. 4.

(7) L. GARCÍA GUIJARRO: *Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*.

compás tanto de las necesidades históricas como de las exigencias del progreso jurídico».

En resumen: la publicidad que dimana del actual sistema registral redundaba en beneficio de todos los componentes sociales, ya que crea las condiciones precisas para el desarrollo sin trabas de la dinámica de los inmuebles.

Es obvio asegurar que la necesidad de un sistema registral en nuestra Patria era evidente, ya que las instituciones que existían antes de su implantación, legadas por el Derecho romano, no eran apropiadas ni suficientes para garantizar el desenvolvimiento jurídico inmobiliario que reclaman las modernas necesidades jurídicas y económicas. Era tan necesario reformar las leyes inmobiliarias que ya en el proyecto de Código Civil del año de 1851 se dedicaban los títulos XIX y XX del Libro Tercero a la exposición de un sistema hipotecario basado en los principios de publicidad y especialidad. Y aun cuando aquel proyecto fracasó, el Gobierno, comprendiendo que la reforma del sistema hipotecario era urgentísima, dispuso por Real Decreto de 8 de agosto de 1855 que la comisión nombrada para formar el proyecto de la Ley Orgánica de los Tribunales se dedicara a formular un proyecto de Ley Hipotecaria y de aseguración de la propiedad territorial. Este Real Decreto decía en su preámbulo: «las leyes anteriores estaban condenadas por la ciencia y la opinión, porque no garantizaban suficientemente la propiedad ni ejercían saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad a la circulación de la riqueza, ni moderaban el interés del dinero, ni facilitaban las adquisiciones a los dueños de la propiedad inmueble...»

La propiedad inmueble a principios del siglo pasado estaba en su mayor parte amortizada, sustraída al comercio, por los mayorazgos, señoríos, vinculaciones y manos muertas existentes; y la pequeña parte que se encontraba libre raramente era objeto de transmisión *inter vivos*. Nadie osaba adquirir un inmueble con la única garantía personal del transmitente, ya que las posibles cargas ocultas o tácitas y la insuficiente garantía dominical convertían la adquisición en una peligrosa aventura cuyo final muy bien podría ser el verse despojado de lo onerosamente adquirido o en el mejor de los casos envuelto en un largo y costoso pleito judicial. No hay que olvidar que la ocultación de las cargas de los inmuebles o estelionato era moneda corriente en nuestra historia hasta la aparición del sistema registral.

Si a ese estado de inseguridad inmobiliaria se le adiciona la abolición de las vinculaciones y mayorazgos y después las leyes desamortizadoras de Mendizábal, que introducen al comercio miles de hectáreas de

fincas, la situación se hace insostenible y la urgencia del sistema registral es tan notoria que no se esperó a la publicación del Código Civil y se aprueba y entra en vigor la Ley Hipotecaria. Así lo reconoció CÁRDENAS (8) al exponer que «la reforma hipotecaria era tan indispensable y la Ley que la realizó tan justa y favorable a la *causa pública* que, a pesar de las gravísimas dificultades con que tuvo que luchar desde su origen, a pesar de haber combatido tantos intereses individuales y de localidad, que se decían perjudicados por ella, ha salido a salvo de todos...»

ANTECEDENTES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una vez demostrada la necesidad del sistema registral para dotar de seguridad al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, con la publicación de su tráfico y titularidades dominicales, es conveniente exponer, aunque sea someramente, por ser de todos conocida, la historia y evolución de esta publicidad.

En cualquier manual de Derecho hipotecario se puede comprobar que en el año de 1539, a instancia de las Cortes de Toledo, y para evitar la tan corriente ocultación de gravámenes, se publicó una Pragmática real que disponía que en cada ciudad, villa o lugar cabeza de jurisdicción hubiese una persona encargada de llevar un libro en el que se registrarán todos los censos, tributos, imposiciones o hipotecas de las casas y heredades, bajo pena de no hacer fe ni perjudicar a tercero. Este libro no era público, pero el Registrador debía dar fe a petición de parte interesada de las cargas de las fincas. Desde luego, aun imperfecta y a los solos efectos de gravámenes como empieza la publicidad, esta Pragmática es el antecedente remoto más significativo del Registro de la Propiedad actual. GALINDO y ESCOSURA fundan esta Pragmática en el beneplácito que anteriormente el emperador Carlos I, en el año de 1538, había dado para que en Flandes se implantara este incipiente Registro.

La crítica de esta Real Pragmática tiene que ser elogiosa. La historia nos enseña que los sistemas hipotecarios comienzan por ser sólo de gravámenes, y después, cuando se va alcanzando mayor grado de desarrollo, se amplía su contenido en sentido positivo y dominical. Ejemplo actual de esta afirmación lo tenemos en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 1954. Las propias Contadurías de Hipotecas, creadas doscientos años más tarde de la fecha de la Pragmática, también tenían por objeto la toma de razón de los gravámenes sobre los

(8) FRANCISCO DE CÁRDENAS: *Memorias históricas de los trabajos de la Comisión de Legislación, suprimida por Decreto del Regente del Reino de 10 de octubre de 1869*. Madrid, 1891.

inmuebles. Esta evolución es común o general en todos los países; se comprueba no sólo en las naciones americanas de habla hispana, sino también en naciones europeas como Alemania, Francia, Suiza, etcétera.

Pero esta primitiva Pragmática de 1539 no alcanzó mucho éxito. Su fracaso relativo se suele achacar a la resistencia pasiva que interesados y Tribunales opusieron para no acatarla. La mala fe de los vendedores y la ignorancia de la época fueron las causas principales; por eso las Cortes de Valladolid, en 1548 y en 1555, reclamaron su observancia, a lo que accedió el rey, pero sin resultados apreciables. Y así fue transcurriendo el tiempo, hasta que en el año de 1768, a la vista de la situación tan desastrosa en que se encontraba la propiedad inmobiliaria, se dicta una nueva Pragmática que crea los llamados Oficios de Hipotecas o Contadurías en las cabezas de partido. Estas contadurías pueden considerarse como los antecedentes inmediatos de los Registros de la Propiedad; éstos, cien años después, se instalan en las propias oficinas anteriores, y sus libros empiezan a funcionar a base de los traslados de los asientos de los antiguos libros. Hasta hace poco tiempo los Registradores de la Propiedad conservaban en sus archivos los libros de las extinguidas Contadurías de Hipotecas (9).

En estas Contadurías se hacían constar: las imposiciones y ventas de censos y tributos, fundaciones de mayorazgos y obras pías, liberación de censos y tributos y demás gravámenes reales. Su funcionamiento inicial fue muy aceptable, por lo que se amplió su contenido en el año de 1788, sólo diez años después de su creación, a la registración de las donaciones piadosas que constaren en documento público. Pero el llamado Impuesto de Hipotecas, antecedente del posterior Impuesto sobre Derechos Reales y ahora denominado sobre Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados y Sucesiones, creado en el año de 1829, hizo que los interesados, creyendo poder eludirlo, se alejaran de las Contadurías. Este es el motivo para que en el año de 1835 se ordenara que los títulos no inscritos en las Contadurías fueran rechazados en juicio, y se concedió un plazo de tres meses para que fueran registrados (10). Es digno de hacer notar cómo desde muy pronto, al Estado le interesa la registración de la propiedad inmueble y de sus gravámenes,

(9) En la década de los años sesenta la Dirección General de los Registros y del Notariado autorizó, con carácter general, el traslado de los libros de las antiguas Contadurías de Hipotecas a los archivos provinciales por su interés histórico-jurídico. Estos libros fueron entregados por la mayoría de los Registradores, bajo la correspondiente acta de entrega a los Archivos provinciales correspondientes. Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 415 del Reglamento Hipotecario.

(10) Es un claro precedente de lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley Hipotecaria.

pues va a ser esta clase de propiedad inscrita la que ayude a levantar las cargas fiscales, mediante el pago de los impuestos sobre su circulación, pues cumple dócil y fielmente todas las disposiciones emanadas de los poderes públicos.

Las vicisitudes que sufrieron las comisiones redactoras de los proyectos de Código Civil y Leyes Hipotecarias son de todos conocidas, por lo que, en aras a la brevedad, excuso su comentario y exposición; sólo conviene subrayar que, ante los obstáculos con que tropezaba la redacción del Código Civil y la urgente necesidad de la Ley Hipotecaria, no se esperó a la aprobación de aquél, y el 16 de febrero de 1861 se publica la primer Ley Hipotecaria, que inauguraba el sistema actual, veintisiete años antes de la publicación del Código Civil.

INFLUJO DEL SISTEMA REGISTRAL EN LA VIDA JURÍDICA

No es mi propósito entonar un panegírico a nuestro sistema registral, considerándolo perfecto, puesto que en ciertos aspectos no lo es; ni incurrir en la evidente hipérbole de que ha solucionado radicalmente el problema de la dinámica y seguridad de los inmuebles, ya que hay mucho camino que recorrer para ello. Tampoco sería elegante entonar loas de lo nuestro, puesto que, como decía RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (11), la alabanza de lo propio es deleznable; pero es oportuno y esclarecedor trazar un breve esbozo de lo que ha supuesto el sistema inmobiliario español en la vida jurídica con la mayor objetividad posible y extrayéndolo de la realidad vivida.

Para ello conviene examinar los siguientes extremos en los que la Ley Hipotecaria incide o influye de manera singular en el campo del orden jurídico, hasta el punto de que han sido tratados como fundamentos del sistema:

1. Difusión del crédito.
2. Estabilización jurídica, en su doble faceta de:
 - a) Aseguramiento de sentencias; y
 - b) Colaboración judicial.
3. Seguridad jurídica.
4. Modo de adquirir el dominio.
5. Servicio público; y
6. Control y cumplimiento de las leyes.

(11) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Una legislación genuinamente española*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria. Puede verse en el libro homenaje antes citado, tomo II, páginas 617 y sigs.

1. *Difusión del crédito*

Aunque el crédito nace como una consecuencia del contrato de compraventa (12), en nuestra Patria nadie osaba, antes de regir el sistema registral, prestar capitales bajo garantía inmobiliaria. No es lo dicho una afirmación gratuita; sabemos que era así, puesto que tenemos en primer lugar el testimonio de los escritores de la época; después, el texto del Real Decreto de 10 de agosto de 1853, y por último, el irrefutable alegato de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria.

Esta última nos dice que una de las varias causas que condenaban a las leyes anteriores es la de no cimentar sobre sólidas bases el crédito territorial. Efectivamente, la hipoteca, que es el medio idóneo y natural para facilitar el crédito territorial, puesto que no priva de la posesión del inmueble al deudor, crea un nexo que enlaza el crédito personal con el derecho real que lo avala efectivamente y concede al acreedor un derecho sólido que tiende a independizarse de la relación obligaciones (véanse los arts. 105 y 140 de la Ley Hipotecaria), con las posibilidades que puede brindar al comercio jurídico, aun sin llegar a configurarse como la llamada deuda territorial del Derecho alemán (13), no puede desenvolverse en un régimen de clandestinidad.

En cambio, la legislación hipotecaria ha logrado que, en la actualidad, la hipoteca se haya extendido notablemente y hasta ha configurado variadas especies de hipoteca, impensables en el anterior sistema. Ahora se permiten y se constituyen las hipotecas llamadas unilaterales (art. 141 de la Ley Hipotecaria), las que garantizan obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador y en garantía de cuentas corrientes de crédito (artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria), las que aseguran rentas o prestaciones periódicas y hasta obligaciones futuras o sujetas a condiciones suspensivas (art. 142 de la Ley Hipotecaria). Por otra parte, ha delimitado las hipotecas legales, tan temidas en otras épocas, determinando su número (art. 168 de la Ley), su validez (art. 159) y la transmisión de sus créditos (art. 152).

La propia Ley Hipotecaria contribuyó decisivamente a la creación del Banco Hipotecario de España, en el año de 1872, y que a pesar de

(12) FEDERICO ENGELS: *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Editorial Claridad, S. A. Buenos Aires, 1964, en la pág. 193. Este autor sostiene que «después de la compra de mercaderías por dinero vinieron los préstamos y con ellos el interés y la usura».

(13) ARTHUR NUSSBAUM: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*. Madrid, página 230. Esta deuda territorial se inscribe a nombre del propietario deudor y ha servido eficazmente al Derecho agrícola germano.

sus imperfecciones (14) desde esa fecha hasta el año de 1962 había emitido cédulas con garantía hipotecaria por un importe de 19.746.143.883 pesetas (15).

Todos estos factores han contribuido, sin ningún género de dudas, al desarrollo y extensión del derecho de propiedad a todas las capas sociales. Por eso, hoy día, el Registro de la Propiedad no es una institución al servicio de un limitado número de propietarios o latifundistas; la hipoteca, juntamente con varias Leyes, entre las que destacan la de Propiedad Horizontal y la de Concentración Parcelaria, entre otras, y cuyas finalidades no se hubieran cumplido sin legislación hipotecaria, han hecho del mismo el instrumento idóneo para esa difusión a escala nacional del derecho de propiedad. Basta para justificar este cambio hacer un resumen de la estadística del quinquenio de 1972 al 1977, tomado de los Anuarios publicados por la Dirección General de los Registros y del Notariado:

En el año de 1972 se constituyeron en España 191.306 hipotecas, por un importe de capitales asegurados de 94.888.253.304 pesetas. En el año de 1976 las hipotecas constituidas fueron 276.865, por un capital de 287.019.322.310 pesetas. Durante los tres años intermedios fueron subiendo paulatinamente ambas cifras, hasta llegar al año de 1977, según el último Anuario publicado, a una suma de 354.399.451.927 pesetas de capitales asegurados. Aun teniendo en cuenta la depreciación de la moneda, estos guarismos resultan reveladores; basta saber que en el año de 1976 se constituyó una hipoteca por cada ciento veinte españoles.

Como consecuencia de este crecimiento del crédito hipotecario apoyado en la institución registral, son resultados tangibles y reales los siguientes:

- A) La popularización y extensión del derecho de propiedad a la mayor parte de la comunidad.

(14) JOAQUÍN COSTA: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Biblioteca Costa. Naciones, 244. Madrid, 1917. Decía este autor en el año 1888, respecto del Banco Hipotecario, lo siguiente: «Hace dieciséis años que se estableció, y el país no conoce todavía su existencia.» Proponía varias medidas para su mejor funcionamiento, entre las que destacan:

1) La descentralización del Banco, o sea abrir sucursales no sólo en las capitales de provincias, sino en las cabeceras de partido.

2) Admitir préstamos sobre fincas inmatriculadas, es decir, sujetas a las limitaciones del artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

3) La reducción de operaciones y requisitos previos a la concesión del préstamo.

4) Conceder préstamos en segundas hipotecas.

(15) RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Una legislación genuinamente española*. Tomo II del libro homenaje antes citado, págs. 618 y sigs.

- B) El crecimiento de pueblos y ciudades, con la construcción, a veces deficientemente planificada, de grandes bloques de viviendas; y
- C) La realización de las obras públicas precisas en una sociedad desarrollada, como son las autopistas, embalses, naves industriales, etcétera.

Pero oigamos una voz más autorizada que la mía, que hace más de un cuarto de siglo nos decía (16): «Los frutos producidos por nuestro régimen hipotecario han alcanzado dimensiones insospechadas. No sólo se ha conseguido una reducción de interés en los préstamos garantizados por la inscripción en el Registro, sino que la creación del Banco Hipotecario y la de otras instituciones crediticias, como el Banco de Crédito Industrial, las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, etc., han dado lugar al empleo y disfrute de cantidades enormes que se prestan en condiciones ventajosísimas, tanto en cuanto a los plazos como en cuanto a la cuantía de los intereses y al escalonamiento de las amortizaciones. La movilización de capitales ha sido extraordinaria, y gracias a ella, es decir, gracias a la Ley Hipotecaria, se han podido realizar las grandes obras públicas y especialmente la construcción de ferrocarriles y de centrales hidroeléctricas, la transformación urbana de Madrid, el ensanche magnífico de Barcelona, las reformas interiores de Valencia y Sevilla y otras innumerables mejoras urbanísticas que dan a muchas ciudades españolas un aspecto moderno infinitamente superior al de la mayoría de las poblaciones de Italia y Francia, en las que no se ha podido emplear a fondo la poderosa palanca de los créditos hipotecarios. La gran industria ha logrado ampliar y mejorar sus instalaciones. En el orden agrario no han sido menores los beneficios dimanantes de la Ley Hipotecaria; basta recordar el aumento de regadíos en el Levante español, conseguido en gran parte por el alumbramiento de aguas obtenido mediante el hábil empleo del crédito territorial. Y, por último, ésta ha contribuido a la lenta, silenciosa y eficaz redistribución de la propiedad rústica..., que ha ido pasando a manos de los cultivadores por medio de compras a plazos afianzados con hipoteca.» A este revelador panorama habría que añadir, como es sabido por todos los profesionales del Derecho, que la construcción de las autopistas, que tanto han contribuido a mejorar nuestra red viaria, así como el acceso a la propiedad de inmuebles por las clases menos favorecidas de la sociedad, se han apoyado también en el crédito hipotecario.

(16) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: en la obra ya citada, pág. 14.

Y es revelador hacer constar que, tanto en Italia como en Francia, ya que a ambas naciones se refirió GENOVÉS, se han apresurado en estos últimos tiempos a modificar sus sistemas hipotecarios en el sentido de hacerlos más eficaces y técnicos, con lo que se acercan a nuestro sistema. Así lo han hecho la mayor parte de las naciones cultas de origen latino, en las que hubo recepción del Derecho romano. Puede citarse la República Argentina, que está sustituyendo el primitivo folio personal por el más técnico folio real, lo que permitirá posteriormente un sistema registral de superior potencia. Excepción a lo expuesto son los Estados Unidos, que influidos por el Derecho consuetudinario anglosajón y dominados por trusts de sociedades anónimas de fuerte sabor capitalista, resuelven estos problemas a base de seguros y duras leyes punitivas; pero esta solución no es satisfactoria, puesto que el seguro sólo indemniza al que por un anterior y mejor derecho pierde la finca adquirida, pero no inmuniza la adquisición, como en nuestro sistema registral, en donde quien adquiere de buena fe, a título oneroso y amparado por lo que publica el Registro, tiene la seguridad de que su adquisición es irrevocable y nunca se verá privado de la propiedad del inmueble.

Es necesario hacer constar, como consecuencia de lo expuesto, que la hipoteca como tal derecho real en nuestro sistema nace por su inscripción en el Registro de la Propiedad, según el artículo 145 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil. Por lo que sin dicha institución registral no hubiera sido posible la gran difusión del crédito real.

Pero en la actualidad no sólo el crédito real se basa en los pronunciamientos registrales. Es curioso observar que la mayor parte de las entidades crediticias, bancos, cajas de ahorro, financieras, etc., no conceden *créditos personales* sin la previa manifestación registral del contenido del Registro de la Propiedad, negándolo en el caso de no figurar con fincas inscritas el peticionario. Esto demuestra el valor que adquieren los inmuebles por la inscripción y, a la vez, la confianza de los acreedores en el sistema, ya que permite o facilita el cobro de la deuda mediante la ejecución de la misma con la cobertura registral.

2. *Estabilización jurídica*

La estabilidad y seguridad que en el orden de la vida del derecho, y más concretamente en su aspecto judicial, ha logrado la Ley Hipotecaria es bien patente. La ayuda que presta a la Administración de Justicia tiene dos vertientes bien definidas y que conviene resaltar, que son:

- A) El aseguramiento de sentencias; y
- B) La colaboración procesal.

A) *Aseguramiento de sentencias*

Uno de los más graves problemas que afectaban a la Administración de Justicia, antes del sistema registral, y que como cáncer maligno corroía sus cimientos y hacía vacilar la fe que en ella debe depositar la sociedad, consistía en que las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia, en su mayor parte, no podían ser ejecutadas o cumplidas sobre los bienes inmuebles litigiosos. Las cargas ocultas de las fincas, las sedicentes tercerías de dominio o los actos maliciosos de los demandados las hacían estériles.

Ni la llamada vía de asentamiento, que desde las Partidas hasta la Novísima Recopilación se aplicaba en nuestros procesos contenciosos, pudo acabar con el mal; al contrario, en muchos casos lo empeoraba, puesto que el apoderar al demandante sobre los bienes del emplazado daba lugar a perjuicios irreparables que hacían peor el remedio que la enfermedad. Por otra parte, los embargos o secuestros de inmuebles por deudas civiles o responsabilidades penales, para que tuvieran efectividad real, ocasionaban la pérdida de la posesión del dueño de los mismos, es decir, daban lugar al desplazamiento de la posesión en favor del demandante, lo que producía no pocas veces quebrantos económicos superiores al importe de la deuda reclamada.

No es necesario investigar muy a fondo en el derecho anterior para llegar a la conclusión de que la situación era, sin ninguna hipérbole, caótica. Sin necesidad de acudir a fuentes jurídicas, se pueden citar las opiniones que en este punto merecían a nuestros escritores clásicos costumbristas. QUEVEDO (17), con su conocido desenfado, decía que «cuando nosotros ganemos el pleito, el pleito nos ha perdido a nosotros. Los letrados defienden a los litigantes en los pleitos, como los pilotos en las borrascas en los navíos, sacándoles cuanto tienen en el cuerpo; para que si Dios fuere servido lleguen vacíos y despojados a la orilla».

El nombre de Escribanía daba lugar al siguiente párrafo (18): «¡La Escribanía! ... Nombre fatídico y misterioso que, mucho más complicado que el enigma de Thebas, nadie acertó debidamente a descifrar. En aquel estanco de negocios, en aquel laberinto de las solicitudes, en aquel telar de las providencias, almacén de justicia y sumidero de derechos, en aquella caverna de las conspiraciones, plantel de curiales y

(17) FRANCISCO DE QUEVEDO Y VILLEGAS: *La hora de todos*. Tomo III, página 149. Imprenta de Enrique Trujillo. Cervantes, 22. Madrid, 1843.

(18) *Los españoles pintados por sí mismos*. Madrid, 1843. I. Boix, Editor, Carreras, 8; pág. 202.

brocal del Averno mismo, en aquel recinto oscuro y estrecho con sus murallas de legajos y sus parapetos de pergamino... se da audiencia por pocos minutos» (19).

La situación era tan deficiente que, en el año de 1853, y por el marqués de Gerona, ministro de Gracia y Justicia a la sazón, se dictó la ya famosa «Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria», que influyó notablemente en la reforma, dos años después, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley Hipotecaria fue el principal factor que, colaborando con la de Enjuiciamiento Civil, varió por completo ese panorama desolador. Efectivamente, la legislación hipotecaria crea el asiento llamado de anotación preventiva, en sustitución de las llamadas hipotecas judiciales, que en sus diferentes especies asegura el procedimiento judicial ejecutivo y hace efectivas las sentencias dictadas por los Tribunales.

La anotación preventiva de la demanda que ejercita acciones reales o *cuasi reales* (*jus ad rem*) garantiza al demandante que, si obtiene sentencia favorable, pueda ser cumplida, ya que todos los actos o contratos que con posterioridad a la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad haya podido celebrar el demandado de buena fe o maliciosamente ceden ante su derecho que provisionalmente anunciaba la propia anotación. Pues evita que surja un tercero protegido por la fe pública al constar registradas las causas de la posible anulación del derecho del demandado o titular registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria). Esta clase de anotación preventiva viene recogida en el número primero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que establece que podrá pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro correspondiente el que demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. Sus efectos están regulados por el artículo 198 del Reglamento, y no es necesario para este trabajo su comentario. La importancia de esta clase de anotación es bien sabida por letrados en ejercicio, y raro es inter-

(19) RAMÓN DE LA RICA ARENAL citaba a fray Antonio de Guevara en el *Villano del Danubio* en estos términos: «El litigante llegaba al Tribunal quejándose de uno y se tornaba a casa quejoso de todos, maldiciendo sus tristes hados y clamando a sus dioses justos». Y también a Marcelo Martínez Alcubilla, en el *Diccionario de la Administración española*, que dice: «Muchos litigantes se encontraban frecuentemente como remate de las contingencias de un litigio, a cambio de sinsabores y amarguras sin cuento, con una declaración de derechos perfectamente estéril, que si lograba satisfacer las platónicas exigencias de la Justicia, no ciertamente las legítimas aspiraciones del vendedor, el cual no acudió a la aventura judicial para obtener el reconocimiento de su derecho puramente nominal, sino para lograr el tranquilo goce y disfrute de algo efectivo.» Ambas citas pueden verse en la conferencia antes citada.

poner demandas sobre bienes inmuebles inscritos sin solicitar en las mismas la anotación correspondiente en el Registro.

Otra clase de anotación preventiva que tiende al aseguramiento de resoluciones judiciales es la de embargo. Antes de la Ley Hipotecaria los embargos judiciales, ya preventivos, en juicio ejecutivo o en ejecución de sentencias, eran cargas ocultas de los inmuebles, eran a modo de hipotecas judiciales carentes de publicidad. La Ley Hipotecaria sustituye estas hipotecas o embargos esotéricos por la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, con lo que se purifica totalmente el panorama, pues los inmuebles sólo están gravados con los embargos o cargas judiciales que figuren anotados en el Registro correspondiente a efectos de tercero, es decir, que nadie puede hacer valer un embargo no anotado sobre finca inscrita, contra el adquirente oneroso y de buena fe. Cualquier acreedor, aunque fuere por obligación personal, obtiene preferencia para el cobro de su crédito en virtud de la anotación de embargo sobre cualquier otro acreedor posterior, aunque fuere por derecho real, si bien no la obtiene sobre los acreedores anteriores de igual o mejor especie no anotados.

En resumen: el acreedor tiene la seguridad de que su crédito, al llegar a su término la ejecución, se hará efectivo con la garantía que le presta la anotación preventiva del embargo trabado. Esta anotación está admitida por los números segundo y tercero del artículo 42 de la Ley, y de su regulación se ocupan los artículos 140, 141, 144, 165 y 166 de su Reglamento.

Todavía pueden citarse otras anotaciones preventivas que tienden a asegurar las resultas de resoluciones judiciales como las de prohibición de enajenar y las llamadas de incapacidad (números cuarto y quinto del artículo 42). La prohibición de enajenar impuesta judicialmente sería ilusoria en la práctica si no se anotara preventivamente en el Registro de la Propiedad, puesto que tratándose de una incapacidad objetiva o relativa a determinado inmueble inscrito (modo de estar los bienes) y no implicar, por tanto, una incapacidad subjetiva o de su titular, sólo puede surtir plenos efectos constando anotada en el folio registral de la finca o fincas cuya prohibición de enajenar se decreta. Si, por el contrario, no constara inscrita, el subadquirente oneroso y de buena fe de las fincas sería mantenido en su adquisición.

Por último, la anotación preventiva de demanda de incapacidad, constituida mediante resolución judicial, es decir, no natural, como son la edad, la enfermedad, el sexo, etc., asegura la inmutabilidad de los bienes inscritos a nombre del presunto incapaz mientras dure el juicio sobre la declaración de la misma y no sea inscrita, y evita, por consi-

guiente, el que pueda surgir un tercer adquirente protegido por la fe pública registral, como lo puso de relieve en esclarecedor trabajo MARIANO HERMIDA LINARES (20). Un ejemplo aclarará lo expuesto: A, declarado judicialmente pródigo, pero cuya declaración no ha sido inscrita en el Registro y ni siquiera anotada la demanda, vende a B una finca que consta inscrita a su nombre; ni que decir tiene que el contrato de compraventa está viciado de nulidad y que su inscripción no lo convalida; pero si B vende a su vez a C la finca, y éste adquiere de buena fe e inscribe su título, su posición es inatacable, ya que no constaban en el Registro las posibles causas de la resolución del derecho de su transferente.

Todas estas clases de anotaciones preventivas que aseguran los efectos de las resoluciones judiciales, creadas por la Ley Hipotecaria, contribuyen sin duda a la paz jurídico-social y hacen eficaz y efectiva la justicia distributiva.

B) *Colaboración procesal*

Así como los asientos practicados en los libros de los Registros de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), estos mismos asientos, en lógica reciprocidad, prestan a dichos Tribunales inestimables servicios, como la facilitación de pruebas documentales, la simplificación de la prueba del dominio, la apertura de nuevos cauces procesales rápidos y sencillos y, en suma, descargan de pleitos los estrados.

a) *Pruebas documentales:* Las certificaciones del Registro de la Propiedad, auténticos documentos públicos, facilitan la labor del juzgador, tratándose de contenciosos sobre inmuebles, al manifestar en autos el contenido registral, a veces de valor incontrovertible. Y hay que tener presente que la prueba mediante documento público adquiere cada día mayor importancia y al mismo ritmo que se deprecian las testificales, ante la degradación de los principios morales o éticos. Hoy día en cualquier litigio inmobiliario es necesario aportar certificaciones registrales, e insólita será la resolución que no tenga en cuenta el contenido de las mismas.

b) *Simplificación de la prueba dominical:* Careciendo de título válido escrito y sin la existencia del Registro de la Propiedad resultaba prácticamente imposible probar en juicio el dominio de bienes inmue-

(20) MARIANO HERMIDA LINARES: «Inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas», en el libro *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad en el año 1973, págs. 108 y sigs.

bles. Había que remontarse, en el tiempo, a los anteriores eslabones de la cadena de los sucesivos propietarios habidos en las diferentes transmisiones efectuadas, lo que se denominaba *probatio diabolica*, por lo difícil de acreditar esos eslabones, la mayoría de las veces perdidos y sin constancia escrita de ellos. Esto explica el gran número de contiendas judiciales sobre acciones reivindicatorias de inmuebles que recoge nuestro antiguo repertorio de jurisprudencia. Actualmente, después de más de cien años de vigencia del sistema registral, el problema de la prueba dominical está prácticamente resuelto en régimen de propiedad inscrita, pues, por una parte, el Registro asegura el dominio, ya que el que contrata de buena fe y fiado en el contenido del mismo tiene la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles (art. 34 de la Ley), y, por otra, el principio riguroso del tracto sucesivo, que tienen que cumplir las diferentes y correlativas transmisiones de los inmuebles inscritos, proporciona a los Tribunales la historia completa de las vicisitudes por las que han pasado.

En resumen: el Registro de la Propiedad ha contribuido de manera decisiva a que los litigios sobre acciones reivindicatorias de inmuebles hayan desaparecido prácticamente. Se litiga sobre servidumbres, desahucios, retractos, validez de contratos, interpretación de cláusulas testamentarias, etc.; pero los que versan sobre la propiedad de bienes inmuebles son desconocidos o al menos anómalos. Únicamente se puede imaginar un pleito de esta naturaleza en el caso, poco frecuente, de la prescripción *contra tabulas* consumada o a punto de consumarse, sin que el titular registral haya hecho cesar tal prescripción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

c) Nuevos cauces procesales: Es digna de señalar la creación, por la legislación hipotecaria, de nuevos procedimientos simplificados en sus trámites y con causas de oposición severamente tasadas que facilitan en grado sumo la labor del juzgador.

La acción hipotecaria debía ser ejercitada por los trámites del procedimiento ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil; procedimiento que por ser dirigido contra el propio deudor, por disponer de variadas excepciones y ser susceptible de múltiples incidencias, alargaba excesivamente la ejecución y la restaba agilidad. En el llamado procedimiento judicial sumario, creado por la Ley Hipotecaria, y regulado en su artículo 131, la acción es real, va dirigida contra el inmueble hipotecado, no contra el deudor; las causas de oposición al mismo son mínimas y sus trámites están simplificados en lo posible, por lo que su aplicación actual ha desplazado al ejecutivo ordinario. No creo que se constituya hipoteca sin que se pacte la ejecución por el procedimiento hipotecario.

También es digno de destacar el procedimiento que para el ejercicio

de acciones reales, nacidas de los derechos inscritos, regula el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Este procedimiento con sabor ejecutivo, rápido y eficaz, permite al Juez dictar en breve plazo auto acordando la práctica de cuantas diligencias fueren necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito, en el caso de que el demandado no comparezca, no preste la caución que se le señale o no formule, dentro de plazo, la demanda de contradicción. Esta demanda tiene que estar basada en una de las causas que taxativamente marca la Ley y convierte al demandado en un verdadero demandante que debe probar, en régimen de inversión probatoria, cuanto afirme en su demanda contradictoria. El titular registral siempre tiene a su favor la legitimación inmobiliaria, presunción *juris tantum* que deberá ser destruida por el oponente. Por último, la demanda de contradicción, en el caso de que pueda ser interpuesta, se sustanciará por el procedimiento incidental regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todas estas ventajas han logrado que este procedimiento haya tenido una aceptación unánime y ha mostrado su completa eficacia, salvo en casos, no muy numerosos, en que por utilizarse para supuestos diferentes queda desnaturalizado.

3. Seguridad jurídica

No es nueva la consideración del Registro de la Propiedad como órgano que contribuye a la seguridad jurídica. Y no es nueva, pues no hay que olvidar que esta seguridad jurídica fue uno de los fines que se propuso el legislador de 1861, y así consta en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley. Pero la doctrina no había desarrollado sus consecuencias. Fue GALLARDO RUEDA (21) el primero que, hace ya más de un cuarto de siglo, expuso con brillantez la función que en orden a la seguridad jurídica presta o puede prestar el Registro de la Propiedad. Desde un punto de vista teórico, que con los años transcurridos se va haciendo realidad, desechó por inadecuada la concepción del Registro de la Propiedad en función de la protección de intereses exclusivamente privados, encuadrándola en la de orden público.

Efectivamente, la propiedad privada en las actuales circunstancias ha dejado de ser ese derecho omnímodo y exclusivo que formuló el Derecho Romano. Tiene que cumplir una función social, en beneficio de la comunidad, que se inserta en la concepción del orden público, y el Regis-

(21) ARTURO GALLARDO RUEDA: *El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica*. Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año 1951. Publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad en el tomo de conferencias de dicho año.

tro es instrumento indispensable para ello. Por eso no se puede negar la contribución del Registro de la Propiedad a la doctrina del orden público. Cumple el *suum cuique tribuere*, el dar a cada uno lo que es suyo, puesto que sobre la base real de las fincas va edificando su historia jurídica, para que por todos pueda ser conocida, con lo que, en definitiva, evita litigios y alteraciones de la paz social. Y las leyes sociales que pueda dictar el Estado tienen en el Registro el apoyo y la base más firme para su cumplimiento, como se ha demostrado en las de Concentración Parcelaria, Protección Nacional, del Suelo, Inversiones Extranjeras, Fiscales, etcétera.

Pocos conceptos existirán que hayan sido objeto de tan diversas definiciones como el de la propiedad en su sentido jurídico. Si la propiedad, económicamente considerada, consiste en la relación del hombre con la naturaleza para aplicarla a la satisfacción de sus necesidades, jurídicamente, en su consideración de derecho de propiedad, la idea ya no aparece tan clara y, a fuerza de querer iluminar el concepto, se ha llegado a oscurecerlo. En realidad, la causa de esta confusión estriba en que el concepto jurídico de propiedad, como todo lo humano influido por un espíritu de progresivo desenvolvimiento, ha evolucionado a través de los tiempos, según la Historia lo acredita, en armonía con las necesidades de cada momento; siendo, por consiguiente, imposible fijar con caracteres absolutos y permanentes el concepto de una entidad cuya relatividad se evidencia por las transformaciones profundas que ha experimentado y experimenta. Tan es así que CIMBALI decía que «la organización jurídica de la propiedad se enlaza íntimamente al estado y a las condiciones económicas de la sociedad; por eso, lejos de presentar una forma invariable, ha venido, por el contrario, poco a poco manifestándose bajo formas diversas en perfecto acuerdo con las exigencias de la civilización».

Los romanistas solían seguir un criterio de enumeración o lista al definir el derecho de propiedad, fijando el concepto de ésta por la indicación de las facultades que la integraban. Así, DONELLUS (22) la definía como el derecho a la posesión de una cosa, a su conservación, a su uso, a la exclusión de los demás en el disfrute de la misma y a su enajenación, menoscabo y destrucción. Otros enumeraban menos facultades: poseer, usar y abusar, enajenar y reivindicar. Pero este sistema de enumeración de facultades es propenso fatalmente a exclusiones indebidas, por lo que los civilistas posteriores optaron por dar un concepto general (sistema de definición) en el cual pudieran contenerse todas las facultades que de hecho confería el derecho de propiedad al propietario, su titular.

(22) DONELLUS: Comentarios *De jure civile*.

Es entonces cuando se dice que la propiedad es «el pleno poder o poder absoluto de una persona sobre una cosa corporal» o «la posibilidad jurídica de ejercer sobre una cosa todos los derechos concebibles». Para SAVIGNY, PUCHTA y sus discípulos la propiedad es el derecho de dominación sobre las cosas que comprende todas las facultades relativas a las mismas.

El *dominium* romano, la *plena in re potestas*, es la fórmula en que cristalizó históricamente la concepción individualista de la propiedad. Nuestra Ley de Partidas (23) definía al dominio o señorío como «poder que ome ha en su cosa de facer de ella e en ella lo que quisiere, sugund Dios e segund fuero». La Declaración de los Derechos de la Revolución Francesa decía que «la propiedad es un derecho inviolable y sagrado» (24); el Código Napoleónico, que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta», y nuestro Código, como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

La consecuescia que se deriva de esta concepción de la propiedad es que el propietario tiene el derecho de obrar y no obrar, es decir, de gozar, usar y disponer y de no gozar, no usar y no disponer. Mas no tardó mucho la opinión científica en reaccionar (25), y así, BEMMELEN (26) reconoció que «la propiedad, en caso de conflicto con la pública utilidad, debe subordinarse a ésta, y que es bueno que se someta a las limitaciones generales señaladas por la ley en interés social».

El cambio sufrido por el concepto de la propiedad no sólo es debido a que actualmente es inimaginable un derecho totalmente absoluto, si no que la ordenación jurídica de la propiedad es el reflejo de las condiciones sociales. Antes de seguir adelante quiero aclarar que no se puede negar el derecho de propiedad y que no se pueden compartir las teorías proudhonianas, que son tan irreales como de la realidad lo están los sueños utópicos de Fourier. Por el contrario, el deseo de hacer pesar nuestro poder sobre el mundo exterior, de usar en provecho nuestro las cosas susceptibles de apropiación, es un movimiento de ánimo natural en el hombre, instintivo e innato, que encuentra su primera manifestación en la infancia, cuando el niño, extendiendo sus débiles manos, para

(23) Ley Primera, Título 28, partida III.

(24) Artículo 17.

(25) Y ha reaccionado porque el fundamento de la propiedad en un tiempo no es el mismo que el de los anteriores. Con razón nos decía Summer Maine en su Derecho antiguo que la causa más grande de los errores en las cuestiones de Derecho está en creer que los motivos que nos determinan hoy a mantener una institución tiene, necesariamente, algo de común con los sentimientos que en otro tiempo la crearon.

(26) BEMMELEN: *Nociones fundamentales del Derecho civil*.

asir cuanto a su alcance se ofrece, balbucea: mío, mío... Por eso puede decirse que la propiedad es una categoría humana, de orden natural, en su esencia imperecedera, y que su desaparición no es precisa para el logro de las reivindicaciones por que luchan las clases desheredadas.

La propiedad, por tanto, ha de ser útil no sólo al interés individual, sino también al colectivo, para lo cual debe cumplir la función social, que en síntesis consiste en el cumplimiento por parte del titular del derecho de los deberes que la utilidad de la sociedad le impone. Por eso el abuso de ese derecho es perfectamente ilegítimo, o mejor dicho, injusto (27).

Para el cumplimiento de la función social de la propiedad no es necesario llegar a la socialización de la propiedad privada. Lo que sí es necesario es que si la propiedad respondía anteriormente a una necesidad económica, en nuestros días esta necesidad económica se ha modificado profundamente, luego también es preciso modificar la propiedad, institución jurídica. Se puede afirmar que la propiedad sin deberes carece de porvenir; no se hace colectiva, pero se extiende en el sentido del cumplimiento de su función, que no es otra sino la satisfacción de los fines sociales e individuales a los que se afectan determinados bienes.

La historia de la propiedad es en el fondo la historia de la persona humana. Como dice MIRAGLIA, la propiedad es la libertad aplicada a las cosas, así como la libertad no es, en suma, sino el dominio de sí mismo. El hombre al principio vive en comunidad; luego precisa con entera autonomía su individualidad, y, por último, tiende a armonizar racionalmente su aspecto individual con el social. Las mismas fases exactamente ha recorrido la propiedad, y por eso el problema es el hallazgo de la fórmula que concilie el régimen de la propiedad individual con las exigencias de la colectividad.

Nuestro Código tiene ligeros atisbos de esa función social; claro que las limitaciones a la propiedad sancionadas por el mismo, dada su antigüedad, tienen un carácter meramente negativo y están acordadas para evitar que los actos del propietario perjudiquen o dañen a los demás, es decir, que en virtud de ellas el propietario no puede hacer determinadas cosas; además, se dan en favor de otros propietarios por regla general.

Pero esto no es lo que exige la moderna tendencia social, ni con ello puede satisfacerse; sería necesario que dichas limitaciones respondieran a un fin positivo, o sea que en su virtud se obligara al propietario a realizar aquellos actos que el interés social exige.

(27) El Pontífice LEÓN XIII admite en su conocida encíclica *Rerum novarum* la función social al decir que «por muy dividida que esté en propiedades privadas la tierra, no deja de servir a la común utilidad de todas, considerando que no hay persona entre los mortales que no se alimente del producto de los campos».

En resumen: como todo derecho tiene en sí mismo un límite inmanente, que es el deber a él anejo, que son las restricciones del derecho individual en beneficio del social, del concepto de la misma propiedad se deriva la función social, sin que pueda considerarse como excepción o anomalía.

Pues bien, para el cumplimiento de esta función social, que entra de lleno en el llamado orden público, el Registro de la Propiedad es institución muy valiosa, pero, según GALLARDO RUEDA precisaba, sería conveniente, en la medida que reclama su naturaleza, aceptar dos premisas fundamentales:

- 1) La obligatoriedad de la inscripción; y
- 2) La eficacia civil plena del contenido del Registro y la calificación registral.

En cuanto a la primera premisa, no sin reconocer que sería deseable y hasta beneficiosa, hay que convenir que, dada la diversidad de nuestra geografía, donde coexisten minifundios y latifundios, la diferencia de desarrollo económico y cultural, y la falta de un Catastro en consonancia real con el Registro y aun con la misma realidad, parece difícil llegar a esa deseada meta. Esperemos que la nueva Ley de Coordinación del Catastro y del Registro sea la primera piedra en este edificio.

En cuanto a la segunda premisa, conviene diferenciar el contenido jurídico del Registro, el que atañe a la constitución, modificación y extinción de los derechos reales, del contenido fáctico o de hecho, que se refiere a los datos físicos de los inmuebles, tales como cabida, linderos, situación, etc., puesto que su tratamiento legal es diferente.

Los datos jurídicos que suministran los libros registrales, en cuanto a tercero se refieren, son incontrovertibles, están protegidos por la presunción *juris et de jure* derivada de la fe pública registral y no admiten prueba en contrario, según determina el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre el que gravita todo el sistema inmobiliario.

Por lo que a los datos físicos se refiere, el tratamiento del contenido del Registro es diferente. La fe pública no los ampara y ceden, por tanto, ante la realidad extrarregistral. Forzosamente debe ser así, ya que, dada la falta de un real soporte físico, basado en datos catastrales de absoluta fidelidad, produce a veces la inseguridad objetiva de los derechos reales. Pero lo que no se puede decir, sin menoscabo de la institución, es que los datos físicos de los inmuebles que constan en sus respectivas inscripciones de nada valen ni de nada sirven, pues si bien no están protegidos por la fe pública registral, como se ha dicho, sí lo están por la legitimación general del sistema, en virtud de la cual deben tenerse por exactos y ver-

daderos mientras no se pruebe lo contrario, es decir, mientras no se demuestre que la realidad extrarregistral es diferente. Tienen, pues, a su favor una presunción *juris tantum* que como principal efecto en este caso, produce un desplazamiento de la prueba hacia el que quiera desvirtuarlos o contradecirlos (28).

En cuanto a la calificación registral, verdadero corazón del sistema y principal instrumento del mismo, función legitimadora del Ordenamiento civil no contencioso, que presta inestimables servicios no sólo a la comunidad, sino también al Estado, hay que seguir enmarcándola en su naturaleza de jurisdicción voluntaria, ya atribuida desde el principio por los hipotecaristas clásicos, y en su consecuencia debe estar dotada del valor jurídico que tienen los actos de su misma especie: son firmes si no son recurridos por la vía contenciosa.

Por lo expuesto, hay que convenir, siguiendo a GALLARDO RUEDA, que el Registro de la Propiedad no es una institución simplemente homologadora, al servicio de intereses privados, sino una institución en defensa del orden público, de mantenimiento de la seguridad jurídica en general, puesto que proporciona inmediatamente a los posibles contratantes la información necesaria para la defensa de sus intereses. Y con ser ésta una función importante, aún llena otra que lo es más: la de contribuir poderosamente a crear esa necesaria conciencia pública de que, al menos, en cuanto a las relaciones jurídicas inmobiliarias, es posible conocer de modo fácil y seguro el *status* vigente. Con ello sirve en primer término al orden público, sin perjuicio de contribuir también a la realización de la justicia.

En resumen: cuando las normas del Derecho Privado se apoyan en una institución como el Registro de la Propiedad, que mediante la función calificadora procura su exacto cumplimiento, se realizan los postulados de la Justicia.

4. *Modo de adquirir la propiedad*

En nuestro derecho la propiedad de manera derivativa se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, según se establece en el artículo 609 del Código Civil. Es decir, rige la llamada teoría del título y el modo, cuyo origen se remonta al Derecho Romano.

El título, compraventa, permuta, etc., engendra un derecho obligatorio de transmitir la cosa; pero el contrato no está perfeccionado hasta que dicha transmisión no se realiza mediante la entrega o puesta en

(28) Esta doctrina está avalada por algunas sentencias del Tribunal Supremo. La principal es una del año 1952, de la que fue Ponente el muy ilustre Magistrado don Celestino M. Valledor.

posesión de la cosa al adquirente (art. 1.462 del Código Civil). Título, el contrato; modo, la tradición o entrega. Esta teoría del título y el modo apasiona a los civilistas, pues unos la consideran artificiosa y sin realidad alguna, y otros, por el contrario, la conceptúan fundamental.

Ha sido constante preocupación de todos los pueblos y en todos los tiempos, por remotos que sean, la de hallar fórmulas válidas para que la transmisión del dominio, arquetipo del derecho real, fuera conocida no solamente por los afectados directamente, como es obvio, sino también por los demás miembros de la comunidad, que son a la postre los sujetos pasivos del propio derecho real. Por eso los requisitos de la transmisión se han visto rodeados de formalidades publicitarias.

En el primitivo Derecho Romano la tradición era observada rigurosamente. La llamada *traditio brevi manu* consistía en la entrega efectiva de la cosa al comprador sobre la misma. Partía de la preexistencia de la cosa en poder del vendedor y era consecuencia directa del aforismo o regla *nemo dat quo non habet*. Pero no duró mucho por la simple razón de la dificultad que suponía hacer la entrega material de la cosa, dado el grado de complicación que iba adquiriendo la propiedad. Por eso fue sustituida por la denominada *traditio longa manu*, en la cual el transferente se limitaba a asentir en la entrega mediante un signo que la representaba. HEINECIO nos dice que se entrega *longa manu* una cosa cuando se pone a la vista de uno, de manera que no la toque sino con los ojos, y que se entrega *brevi manu* cuando se declara que se quiere dar a uno una cosa que él ya posee; por ejemplo: si habiendo prestado un libro a uno, se lo vendo después y le digo que lo retenga, en cuyo caso es como si lo entregase (29). Pero aún se llegó a mayor simbolismo en la tradición con la llamada *constituto posesionis*, en la cual el propio título servía de tradición.

Este proceso de espiritualización que sufre la *traditio* elimina su primitivo efecto publicitario y traslativo, quedando reducida a un requisito simbólico y formalista. Por ello, RAMOS FOLQUES (30) dijo que «la tradición perdió en el siglo III de nuestra era su carácter publicitario y quedó convertida en un simple requisito de entrega o de *solutio inter partes*, sin eficacia *erga omnes*.

Por lo que respecta al título, también el Derecho Romano fue muy exigente. Baste recordar la institución denominada *mancipatio*, por la

(29) HEINECIO: *Recitaciones del Derecho civil*. Imprenta de Pedro Sanz. Madrid, 1835. Tomo I, pág. 266. Este autor parte del célebre aforismo de que «no se adquiere el dominio por la tradición sin que preceda un título hábil para transferirlo».

(30) RAFAEL RAMOS FOLQUES: *La tradición y el modo*. Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en el año 1951. Publicada por el Ilustrísimo Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

que el contrato debía celebrarse ante cinco testigos, ciudadanos romanos, que representaban al Estado, y el *libripens* o sacerdote, que pesaba el metal, todo ello en acto solemne. Pero fue sustituida en período posterior por la llamada *in jure cessio*, ficción por la cual el nuevo propietario demandaba la vindicación de la cosa comprada ante el Magistrado; el anterior propietario se allanaba a la petición, por lo que el Juez, aceptando la demanda, producía la transmisión de la propiedad. Es de observar que estas dos clásicas instituciones del Derecho Romano compendiaban el título y el modo, al producir el traspaso del dominio a favor del adquirente.

En nuestro primitivo derecho también se observa la preocupación publicitaria en las transmisiones de inmuebles. MORELL y GAYOSO (31) nos dicen que los fueros de Sepúlveda y Alcalá de Henares recogen la llamada «robración», por la que se establecía la lectura o robración de la venta en el Concejo o en la Iglesia en día de fiesta, hecha por los contratantes de inmuebles. Esta incipiente y rudimentaria publicidad y otras que coexistían, como la insinuación, sólo servía para sociedades rurales, poco numerosas e inamovibles, pero nos demuestra la necesidad sentida en aquellos remotos tiempos de dar certidumbre a las transmisiones inmobiliarias, pues al fin y al cabo todos los miembros de la comunidad tienen el deber u obligación pasiva de respetarlas.

Por otra parte, la posesión o la mera tenencia material de los inmuebles no actuaba legitimando al poseedor como dueño, a diferencia de lo que ocurría con los bienes muebles, ya que dicha tenencia o posesión podía obedecer a relaciones no dominicales, como arriendo, usufructo, mera posesión, etc. El artículo 464 del Código Civil establece que la posesión de los bienes muebles, adquiridos de buena fe, equivale al título. Pero no se puede decir otro tanto en relación con los bienes inmuebles, por lo que se hace necesario la existencia de un sistema publicitario válido para esta clase de bienes. Esto es tan cierto que hay juristas que ven al derecho registral o inmobiliario como un *ius cogens* o derecho necesario, impuesto por la propia esencia de las cosas. Así, GENOVÉS AMORÓS (32) dice que «personalmente creo que el derecho hipotecario o registral es un derecho de carácter necesario; el Estado no puede quedar indiferente ante la situación jurídica de la propiedad inmueble, porque estando asentado sobre un territorio físico en el que radican las fincas, con sus productos, su propio valor y con el sostenimiento de las

(31) RAMÓN GAYOSO ARIAS: *Nociones de legislación hipotecaria*. Imprenta Cleto Vañinas. Madrid, 1918. J. MORELL Y TERRY: *Derecho hipotecario*. Hijos de Reus. Madrid, 1916. Tomo I, págs. 35 y sigs.

(32) CIRILO GENOVÉS AMORÓS: en la obra ya citada.

cargas fiscales, contribuyen a fortalecer la economía y la hacienda del país».

La problemática que suscita la existencia del Registro de la Propiedad, como institución de publicidad inmobiliaria, en relación con la forma de adquirir el dominio, cuyo problema es de la mayor importancia teórica y práctica, es el de si la inscripción ha modificado, anulado o sustituido al modo, tradición o entrega de la cosa, teniendo en cuenta que el Código Civil la declara subsistente.

La doctrina, desde la vigencia de la Ley Hipotecaria, sustentó diversas opiniones, que se podrían sintetizar en dos grandes grupos:

Uno, el que otorga prioridad a la inscripción sobre la tradición, bien porque aquélla es superior a ésta, bien porque la sustituye, bien porque la ignora o bien porque no rige en la propiedad inscrita. Como principales mantenedores de esta postura pueden citarse a MORELL, RAMOS FOLQUES, DE LA RICA y ARENAL, VILLARES PICO, etcétera.

Y otro, que tal vez tenga su origen en una visión predominantemente civilista, sostiene la prioridad de la tradición sobre la inscripción, entre los que destacan ROCA SASTRE, NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ BERDEJO, etc.

No es momento para detenerse a exponer los argumentos de estos ilustres juristas, con los que apoyan sus tesis; para ello me remito al fundamental estudio de MARIANO HERMIDA LINARES (33) sobre la materia. En estos sinópticos esquemas hipotecarios basta con decir que de la observación del funcionamiento real de nuestro sistema, conjugado con las disposiciones legales vigentes y siguiendo el pensamiento de M. HERMIDA que enlazo con las opiniones de RAMÓN DE LA RICA ARENAL (34), lo siguiente:

En nuestro sistema inmobiliario coexisten dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige fundamentalmente por la Ley Hipotecaria, ley especial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 16 y 608 del Código Civil; y la segunda se regula exclusivamente por el propio Código Civil, ley general reguladora de todo el derecho privado.

Esto quiere decir que para la propiedad no inscrita es indudable que rige lo dispuesto en el artículo 609 del Código, o sea el título y el modo a efectos de su transmisión. Y también quiere decir que para la propiedad inscrita rige lo que dispone la Ley Hipotecaria en su articulado.

(33) MARIANO HERMIDA LINARES: «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles». Puede consultarse en el libro editado por nuestro Colegio en el año 1973, págs. 161 y sigs., titulado *Problemas fundamentales del Derecho inmobiliario registral*.

(34) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: «Dualidad legislativa de nuestro régimen hipotecario». En el libro homenaje, tomo II, págs. 405 y sigs.

La interpretación, a mi juicio, más correcta que conozco de sus artículos a estos efectos es la que desde el año de 1966 expuso MARIANO HERMIDA en el trabajo antes indicado. Demostró indudablemente que la inscripción es modo de adquirir el dominio cuando se trata de inscripciones amparadas en la fe pública registral. Extractaré su convincente razonamiento: la Ley Hipotecaria no exige la tradición ni para inscribir el título ni para que la inscripción surta todos sus efectos, puesto que el artículo 608 del Código Civil se remite a la Ley Hipotecaria, y ésta no exige la tradición para que se produzcan todos sus efectos. Por tanto, los efectos de la inscripción se producen independientemente de que haya habido o no tradición. Entre los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción está, en primer lugar, la presunción de pertenencia de los derechos reales inscritos a favor de su titular en la forma determinada por el asiento (art. 38). Ahora bien, esa presunción de pertenencia del derecho inscrito, que es *juris tantum*, no se puede destruir en las inscripciones amparadas por la fe pública registral ni por títulos no inscritos (art. 32), ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente (art. 34), puesto que se convierte en presunción *juris et de jure*. Y puede añadirse que tampoco se destruye por tradición anterior (art. 1.473 del Código Civil). Todo esto, que es innegable, forma la base de sustentación y la fuerza probante de nuestro sistema.

El mérito de M. HERMIDA radica en haber establecido correctamente las relaciones entre el artículo 609 del Código Civil con el 16, 608 y 1.473 del mismo, y con los artículos 2.º, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. De lo dicho se infiere lo siguiente:

Para la propiedad no inscrita y para la inscrita, pero no amparada por la fe pública registral (inmatriculaciones y adquisiciones a título gratuito) rige el sistema del Código Civil en su artículo 609, o sea el título y la tradición. Para la propiedad inscrita, y cuyas inscripciones están amparadas por la fe pública registral (segundas o posteriores inscripciones practicadas después de dos años desde la inmatriculación del inmueble, derivadas de título oneroso), no rige el Código Civil, porque es el mismo Código el que reconoce la primacía de la Ley Hipotecaria; y las disposiciones de ésta dotan a la inscripción amparada por la fe pública registral de unos efectos prácticos que no necesita de la tradición, a la que además no menciona o ignora.

Por último, es conveniente recordar que la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria dice: «... de hecho para la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo (título y modo). Así, una venta que no se ins-

criba ni se consuma por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si no se inscribe, aunque se obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.» Esta doctrina legal no sólo sigue vigente, sino que se ha visto reforzada en las posteriores reformas de la Ley, al concretar el ámbito de la fe pública registral. La Exposición de Motivos de la última Ley de reforma dice: «La presunción legitimadora sería por sí sola insuficiente para garantizar el tráfico jurídico inmobiliario, si el que contrata de buena fe y amparado en los pronunciamientos registrales no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles...»

5. *Servicio público*

No han sido muchos los hipotecaristas que han estudiado el Registro de la Propiedad bajo el aspecto de servicio público; y los que lo han hecho tuvieron que poner a contribución todo su saber, puesto que tienden a calificar como servicio público la misión del Registrador, y a éste como funcionario público, calificaciones ambas no muy claras.

Esta aparente contradicción se ha producido en fechas recientes y quizá debida a la hipertrofia del Derecho Público, y más concretamente del Administrativo, pues con arreglo a las concepciones actuales, el Estado va apoderándose de parcelas pertenecientes otrora a la esfera privada y, en consecuencia, quedan desfasadas las opiniones de los hipotecaristas clásicos, que daban el carácter de actos de jurisdicción voluntaria a las funciones registrales.

GONZÁLEZ PÉREZ (35), guiado tal vez por su profunda especialización administrativa, reconoce en la función del Registro de la Propiedad una especie de acción administrativa de servicio público. Pero fue LÓPEZ MEDEL (36) quien en su magnífica tesis doctoral, galardonada con el premio Gascón y Marín del año de 1957, sostiene brillantemente esta teoría.

Partiendo de que la actividad privada no puede, en muchos casos, atender a la demanda que reclaman las necesidades colectivas, surge el llamado servicio público, que en puridad no es más que el conjunto organizado de elementos y actividades que en manos de la Administración, o por su encargo en las de un particular, tienden a satisfacer un fin

(35) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: «Naturaleza del procedimiento registral». En REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949.

(36) JESÚS LÓPEZ MEDEL: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*.

público, bajo la garantía y responsabilidad de ella. GARCÍA ENTERRÍA (37) lo define como una de las formas de la actividad administrativa que se identifica por el dato de la satisfacción en forma directa, de necesidades del cuerpo social, realizando en su favor determinadas prestaciones.

Suelen distinguir los especialistas en derecho público entre función y servicio público, distinción sutil, pero fundada principalmente en que la primera no es delegable en particulares y sí en cambio el segundo, aunque siempre bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración.

¿Coincide la actividad del Registrador de la Propiedad con el llamado servicio público? La función del Registrador es, desde luego, pública; pero en el mismo sentido que lo es la administración de justicia, la dación de fe pública o el ejercicio de la medicina; parece desde luego una función especial o *sui generis* intermedia entre la jurisdicción voluntaria y el servicio público típico. Del servicio público se aparta en muchos aspectos. Uno de los más expresivos es en el atinente al principio de responsabilidad. Todo servicio público se caracteriza porque los actos derivados del mismo que lesionen los derechos de los administrados son de la exclusiva responsabilidad de la propia Administración, sin perjuicio de que pueda repetir contra el funcionario en caso de culpabilidad o dolo; en cambio, en la función registral, los actos que conculquen derechos de los particulares son asumidos o indemnizados por el propio Registrador de la Propiedad (38).

Además, si tenemos en cuenta que la actividad del Registrador consiste básicamente en la calificación de los documentos presentados, para someterlos a registración, y que esta calificación no está tasada por la Administración, es decir, surge de un juicio interno e independiente de la mente del Registrador al estudiar el contenido del título y compararlo con la legalidad vigente, lo que decide su actuación, tampoco tiene encuadre en el marco administrativo, y sí más bien en la de actos típicos de jurisdicción voluntaria, como sostienen la mayor parte de los hipotecaristas, desde JERÓNIMO GONZÁLEZ, VILLARES PICÓ, RAMOS FOLQUÉS, etcétera, hasta llegar a CHICO ORTIZ. Creo que esta opinión, a pesar de las corrientes modernas, es teoría dominante. JERÓNIMO GONZÁLEZ (39), cuya altura científica nadie desconoce, decía que el Registrador de la Propiedad, en que el Estado ha delegado la potestad calificadora, es un órgano de la llamada jurisdicción voluntaria. Sigue diciendo que los

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de Derecho administrativo*. Tomo I. Artes Gráficas Benzal. Virtudes, 7. Madrid.

(38) Ver Ley Hipotecaria, artículos 296 al 312, y su Reglamento, artículos 572 al 584.

(39) JERÓNIMO GONZÁLEZ: en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del año 1927, pág. 597.

más antiguos autores de Derecho hipotecario colocaban las funciones del Registrador entre las judiciales y las administrativas, por tener de las primeras el examen y apreciación de la prueba documental y la decisión sobre cuestiones civiles, así como la elasticidad, rapidez y menor solemnidad de las segundas. Y son de jurisdicción voluntaria por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias. El Registrador en su función decide: *a)* sobre su competencia, bien por razón de lugar (enclave de los inmuebles) o bien por razón de materia (calificación de la naturaleza de los bienes); y *b)* sobre el fondo y la forma del título (en los términos que expresa el art. 18 de la Ley Hipotecaria); lo cual parece indicar que nos encontramos ante una función puramente judicial. Pero falta en esta jurisdicción las formalidades rígidas de la justicia clásica o contenciosa; es más bien, como dijo JERÓNIMO GONZÁLEZ, un procedimiento patriarcal, sencillo y sin la fuerza de la cosa juzgada. Por todo eso fue incluida en la jurisdicción voluntaria.

Actualmente, aunque no pueda ser mantenida en su integridad la asimilación a la jurisdicción voluntaria, por el gran y patente avance del derecho administrativo, que engloba en su esfera a toda clase de funciones, tampoco puede verse en la función registral un servicio público por antonomasia, ya que, a mi juicio, tiene en contra lo siguiente:

- 1) El principio de rogación: El Registrador inicia el procedimiento registral en virtud de la petición del interesado (40) que solicita el asiento correspondiente, regulada por las normas de la jurisdicción voluntaria.
- 2) El principio de legalidad: El Registrador somete el título a la obligada calificación, de la cual surge no sólo el asiento y la clase del mismo, sino también la suspensión o denegación de su registración. Esta actividad es un acto libre, independiente, a modo de conclusión de un silogismo, cuyas premisas son el contenido del título y la legislación vigente. Se asimila indudablemente a una resolución, en primera instancia, ya que contra el criterio negativo del Registrador cabe recurso en superior instancia (Audiencia Territorial), dictada en acto de jurisdicción voluntaria.
- 3) El principio de inscripción voluntaria: La inscripción no es obligatoria ni necesaria, normalmente, para la existencia del derecho; al contrario, es el propio interesado el que

(40) Para saber quiénes son los que pueden pedir la iniciación del procedimiento registral, ver el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria.

decide acogerse a la protección registral. No hay, por tanto, la nota de generalidad, que debe ser típica en el servicio público.

- 4) El propio contenido del Registro: Que viene determinado por derechos subjetivos de tipo civil, como son los derechos reales sobre bienes inmuebles, materia alejada del campo del derecho administrativo.
- 5) La responsabilidad personal del Registrador: Los perjuicios que de la actuación del Registrador se deriven para el interesado tienen que ser indemnizados por el mismo Registrador, aunque sean motivadas por una aplicación errónea de su criterio. Es decir, si el Registrador cancela indebidamente un derecho, éste renace a su costa; si impone un derecho limitativo del dominio no procedente, este dominio recupera todo su valor a costa del Registrador; en fin, si certifica indebidamente sobre el contenido registral, lesionando el interés del particular, debe pagar las consecuencias. La Administración nunca es responsable de la actuación del Registrador. Esto no sucede en el verdadero servicio público, donde la Administración responde frente a las reclamaciones de los interesados o administrados y por los perjuicios que les pudiera irrogar.

Una vez vista someramente, y a mi juicio, la naturaleza de la función registral, hay que detenerse brevemente a calificar al propio Registrador. No hay duda de que es un funcionario que desarrolla una actividad especial, alejada del servicio público, pero ¿es en sí mismo un funcionario público?

Conviene hacer notar que el vocablo de funcionario público, en sentido vulgar, es un término muy amplio, en el que cabrían todas las personas que desempeñan funciones de tipo público, como, por ejemplo, jueces, catedráticos, militares, procuradores, concejales y aun los más variados oficios. Y si a esta concepción tan amplia se le añade el que su perfil jurídico sigue algo impreciso, puesto que la legislación positiva vigente no es unánime en su determinación taxativa, resulta difícil encuadrar la figura del Registrador.

En nuestra legislación se define de forma diferente al funcionario en Derecho administrativo, en Derecho penal o en el moderno Derecho social. ROYO VILLANOVA consideraba funcionario público al que pone su actividad personal al servicio de fines de interés público. Para el artículo 119 del Código Penal es funcionario todo aquel que por disposición de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad compe-

tente participa en el ejercicio de funciones públicas. Para la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 son funcionarios públicos de la Administración Pública las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribución, regulada por el Derecho administrativo. Y perciben sus sueldos o asignaciones con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado. Con esto se puede decir que el Registrador no está incluido en el arquetipo de funcionario civil del Estado.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y JOSÉ A. ESCALANTE (41) los funcionarios públicos pueden clasificarse en tres fundamentales grupos:

- A) Funcionarios del Estado.
- B) Funcionarios de Organismos autónomos; y
- C) Funcionarios de la Administración Local.

Dentro del primer grupo, y por sus distintos regímenes, distinguen a su vez los siguientes subgrupos: 1) De la Administración Civil del Estado. 2) De los Servicios Sanitarios. 3) De la Administración de la Justicia. 4) De la Jurisdicción del Trabajo. 5) De la Administración Militar. 6) Del Personal Militar; y 7) Otros funcionarios.

El Registrador de la Propiedad tiene que ser encuadrado, por exclusión, en el último apartado de «otros funcionarios», ya que en los anteriores no es asimilable. La propia Ley de Funcionarios Civiles del Estado, como ya se ha dicho, en su artículo 1.º, dice que los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo. Y excluye de su ámbito a: 1) Los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. 2) A los de los Organismos autónomos; y 3) A los que no perciben sueldos o asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Dentro del grupo «otros funcionarios» se integran, según GARCÍA DE ENTERRÍA, en primer lugar, determinadas categorías de personas que prestan servicios a la Administración con carácter no profesional, es decir, no haciendo de la función pública su medio normal de vida. Y existen otras categorías de personas que desempeñan su función de forma similar a profesionales libres, aunque ejerciten funciones públicas, y que no perciben su remuneración con cargo a los Presupuestos del Estado, sino directamente de los particulares, mediante honorarios o arancel, entre los que incluye a los Registradores de la Propiedad. La opinión de CHICO ORTIZ (42),

(41) GARCÍA DE ENTERRÍA y J. A. ESCALANTE: *Legislación administrativa básica*. Madrid, 1975.

(42) JOSÉ CHICO ORTIZ: *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*. Marcial Pons. Madrid, 1977-78; pág. 54.

aun con diferentes palabras, es coincidente con la expuesta, ya que dice que si bien el Registrador recibe su investidura del Estado y, por ende, la función, actúa en nombre propio, no en nombre de la Administración.

Por todo lo expuesto, puede definirse al Registrador como un funcionario especial, no adscrito a la Administración Pública, que ejerce una función intermedia entre la pública y la de jurisdicción voluntaria y que no percibe sus emolumentos con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Por último, conviene decir en este esquema que todo servicio público emanado de una determinada Administración pública o estatal participa, por regla general, de la propia filosofía política de ésta (43). Pero este fenómeno no alcanza al Registro de la Propiedad, puesto que en cuanto a su organización, efectos y fines depende exclusivamente de la legislación civil inmobiliaria que en materia del dominio y demás derechos reales implante la nación, pero es indiferente al régimen político del Estado y aun a la concepción del mismo derecho de propiedad. Por eso el Registro de la Propiedad existe en países tan diferentes como Polonia, Chile, República Democrática Alemana, Italia, Méjico, Bélgica, Cuba, Argentina, etc. Su existencia depende sólo del grado de cultura y desarrollo publicitario del país de que se trate.

Nuestra Constitución no sólo reconoce la publicidad, en sus diferentes aspectos, sino que provee el bien común, la intersolidaridad, el buen uso del derecho de propiedad y sus limitaciones, todo lo cual tiene en el Registro de la Propiedad el medio idóneo para su cumplimiento.

6. *Control y cumplimiento de las leyes*

Las leyes que ordenan el derecho privado, como son las relativas a la persona, familia, bienes, sucesiones, obligaciones y contratos, son de inexcusable cumplimiento, como cualesquiera otras, pues llevan aparejada la sanción que por definición corresponde a toda disposición de ese rango, legítimamente promulgada. Pero al carecer, normalmente, de la específica sanción penal o económica común en las leyes procesales, administrativas o fiscales, son de más frecuente incumplimiento; y éste es perturbador, pues produce en el ámbito de tal derecho la inseguridad propia de lo antijurídico.

Cuando no se observan los requisitos determinados por las leyes civiles para el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas se

(43) CLAVERO ARÉVALO: *Las fórmulas políticas y la Administración del Estado*. Separata de *Estudios Americanos*, núm. 13, págs. 20 y sigs. Este autor estudia las formas de la Administración pública siguiendo las doctrinas políticas.

producen situaciones anormales o actos carentes de validez, pero que tienen una apariencia de legalidad, para el profano, totalmente indeseable. A través de mi ya dilatado ejercicio profesional he podido ver, y los cito a vía de ejemplo, contratos faltos de solemnidades de fondo o de forma, como ventas de bienes de menores sin las formalidades legales, disposiciones de inmuebles de ausentes sin los requisitos necesarios, herencia sin las aprobaciones pertinentes, donaciones de estimable valor en documentos privados y, en fin, contratos otorgados por sedicentes apoderados verbales.

El Registro de la Propiedad es, sin género de dudas, la institución más apta para evitar esa patología jurídica, pues, como es sabido, todos los actos y contratos que ingresan en el Registro deben cumplir todos y cada uno de los requisitos que las leyes determinan y que la previa calificación registral pone de relieve. Por tanto, no es aventurado afirmar que nuestra institución registral cumple, además de sus propias funciones, la de servir de órgano eficaz de control y cumplimiento de las normas ordenadoras del Derecho Privado.

Pero además existen otras leyes de alto interés social que, sin ser de Derecho Privado, guardan conexión con los bienes inmuebles, y a las que el Registro de la Propiedad presta una inestimable cooperación en su cumplimiento. Se pueden citar, también a vía de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, las de Concentración Parcelaria, la de Inversiones Extranjeras en España, las de Defensa Nacional, las del Suelo, Parcelaciones y Reparcelaciones, las de Retractos Legales, las de Montes, etc., y fiscales, como la de Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones, la de Incremento del Valor de los Terrenos, la de Rentas de Capital, etc., que tienen exacto cumplimiento al pretender los actos a ellas sujetos ingresar en los folios registrales.

Esta palmaria realidad que hago constar está tan lejos de la hipóbole que algunos hipotecarios han expresado el temor de que por ella sufra el fin primordial de la Institución, es decir, que pierda su esencia jurídica y el crédito territorial se resquebraje al entorpecerse las transmisiones dominicales. RAMÓN DE LA RICA ARENAL (44) hizo notar que pudiera suceder que el Registro se convierta en un comodín manejado por la Administración pública, estatal, provincial o municipal, para asegurar sus exigencias fiscales o para imponer su creciente intervencionismo en la esfera de las relaciones jurídico-inmobiliarias particulares. Por ello en la última reforma del Reglamento Hipotecario del año de 1959, a su artículo 98 se le adicionó el siguiente párrafo: «Cuando las leyes u

(44) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1959; pág. 109.

otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualesquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que, transcurridos dos años desde la fecha del asiento, será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido el indicado plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento por nota marginal. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá denegarse la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúe con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.»

No es ocasión de comentar este precepto, pero sí decir que la mayor parte de las leyes de ese tipo sancionan con la nulidad absoluta la falta del requisito, por lo que su aplicación se ve reducida grandemente, lo cual no es de lamentar, pues el Registro se ve libre de inscripciones condicionales, susceptibles de cancelación de oficio, que pueden originar un mal peor que el que trata de remediar. El servicio que el Registro de la Propiedad presta como órgano de control y cumplimiento de las leyes, a pesar de producirle cierta perturbación en su normal funcionamiento, entra a formar parte de la función social, antes mencionada, y que debe ser hoy día norte que guíe las instituciones jurídicas, por lo que puede ser considerado como otro beneficio más que presta a la sociedad en aras del bien común y del cual puede sentirse orgulloso.

Este control registral del cumplimiento de las leyes, a mi juicio, se inserta en nuestra institución a través de tres de sus características fundamentales, a saber:

- A) Autenticidad.
- B) Legalidad; y
- C) Publicidad, en el sentido de notoriedad pública de los asientos.

Por la primera, o sea por la autenticidad, tenemos la certeza de que los asientos registrales se refieren a actos y contratos que han tenido en su momento existencia real y positiva, lo cual motivó su registración.

Por la segunda, o legalidad, se adquiere una presunción racional de que los asientos del Registro de la Propiedad contienen derechos válidos o adquiridos con arreglo a las disposiciones vigentes y cumpliendo todos

sus requisitos. Para ello el Registrador examina, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, las formas extrínsecas de toda clase de documentos, la validez intrínseca de los mismos y, por último, la capacidad de sus otorgantes. Este examen, llamado calificación, puede estudiarse de modo completo en el didáctico trabajo titulado *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ (45).

Y, por último, la publicidad pone de manifiesto mediante el examen del propio asiento, por simple nota informativa o por certificación auténtica, el contenido del Registro no sólo a los particulares, sino también a la Administración y a sus órganos coadyuvantes.

Estas tres características dotan al Registro de la Propiedad de los medios idóneos para que se cumpla la función de control y cumplimiento de las leyes, que desde su origen estuvo latente y que con el devenir del tiempo ha resultado patente y quizá irremediablemente necesario.

Conclusión

Hemos visto en un rápido bosquejo ejercerse la razón humana en la construcción de la institución publicitaria registral y en la búsqueda de los postulados legales que edifican su teoría. Y por ello creo que se puede apreciar también que ha sido recompensada en su esfuerzo por la conquista de un sistema o forma aceptable, según los esquemas planteados. Pero cada uno de ellos por sí solos son susceptibles de ser tratados tan extensamente que den lugar a verdaderas monografías. Me he limitado a apuntarlos, sin profundizar en los mismos, pues sería una labor demasiado costosa para mis fuerzas y rebasaría con creces el ámbito de un artículo.

Sin embargo, creo que cuando se da forma o se sistematizan los conocimientos, los principios así extraídos nos dan idea de un funcionamiento registral que alcanzó el éxito en el próximo pasado, lo cual incita a confiar en él para el porvenir. Pues siguen vigentes las líneas maestras en que se basa nuestra Institución:

El fin jurídico, que no es otro que el que la propiedad esté suficientemente garantizada para cumplir la función social que le está encomendada; y

(45) Este autor, en el libro indicado, hace un estudio muy completo del campo que abarca la calificación registral, donde se observa claramente la importancia que tiene para el control y cumplimiento de las leyes.

El fin económico, para lograr el mejor aprovechamiento de la riqueza territorial, utilizando el pleno desenvolvimiento del crédito en sus diversas facetas: personal o con garantía del valor de la propiedad individualizada; real o con la clásica e insustituible garantía hipotecaria de los inmuebles, y social, mediante la unión de propietarios, condóminos o agricultores, para resolver por la virtud misma del crédito inmobiliario los problemas de la propiedad rústica o urbana que siguen pendientes.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA

Registrador de la Propiedad