

Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española¹

Benito Arruñada

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra

Publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,
núm. 680, noviembre-diciembre de 2003

¹ Agradezco los comentarios recibidos de Fernando P. Méndez González y Celestino Pardo Núñez en la elaboración de este ensayo, así como la colaboración de Emilio Lucas en la recogida de los datos en que se basa el análisis cuantitativo. Cualquier error o juicio de valor es responsabilidad única del autor.

1. Antecedentes

El ilustre regeneracionista y notario Joaquín Costa titula “Fe pública sin notariado” el capítulo VII de su libro sobre seguridad jurídica preventiva (1888). Analiza en dicho capítulo las soluciones no notariales que se emplean en diversos países, basadas en la presencia de testigos o la intervención de abogados². Influido por el conocimiento de estos sistemas y lo que considera una duplicidad innecesaria en el sistema español, Costa propugnaba una reforma radical, que hubiera unificado las funciones de la Notaría, el Registro y el Juzgado Municipal, si bien manteniendo el rigor en la calificación y los efectos del sistema registral. La permanencia de la escritura pública era para Costa una cuestión de costes y beneficios que debería condicionarse a una simplificación y abaratamiento radicales (p. 208)³, todo ello pese a escribir en 1888,

² Decía Costa:

“En tales países, apenas se hace distinción entre documentos privados y documentos públicos; y cuando por excepción reconocen virtud probatoria especial a la autenticidad, no la reciben los contratos de un funcionario constituido en clase de fedatario, a la manera del notario español, francés o italiano, sino de un juzgado o tribunal, por el procedimiento de la ‘cessio in jure’, idéntico a nuestro acto de conciliación o a nuestro juicio verbal convenidos, o bien de un empleado dependiente del tribunal” (Costa, 1888, p. 187).

³ Desde el notariado se han achacado estas propuestas a los intereses personales de Costa, señalando “su carácter difícil, *su indolencia o falta de vocación para el trabajo profesional de la Notaría*, en la cual puede encontrarse el motivo final de sus campañas y la explicación de su voluntario destierro en Graus, donde podía leer y escribir sin necesidad de preocuparse en atender y formar una clientela” (Giménez Arnau, 1964, t. I, pp. 192-193).

mucho antes de que se hubiese producido la actual y creciente estandarización de gran parte de los documentos notariales⁴.

La reforma que defendía Costa era sólo una más entre un amplio conjunto de propuestas de similar naturaleza, algunas de las cuales llegaron incluso a aplicarse en España durante varias décadas, hasta que las leyes de 1909 y, sobre todo, 1944 restringieron o cerraron estas otras vías de acceso al Registro. Hasta entonces, coexistieron diversos procedimientos que venían a dar entrada en el Registro a ciertos documentos privados, carentes de intervención notarial. También se contempla entonces en varias ocasiones la conveniencia de dar entrada con carácter parcial o general al documento privado (Costa, 1888, pp. 65-72 y 112-115). Sucede así con los contratos que habían sido formalizados en documento privado antes de promulgarse la Ley Hipotecaria de 1861, cuyo acceso al Registro se sigue permitiendo en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1869 (artículos 405-409). Asimismo, se considera varias veces la posibilidad de conceder un tratamiento similar a todos los asuntos de pequeña cuantía, excepción que es descartada por primera vez en 1869, a cambio de una rebaja sustancial de los aranceles notariales para esas escrituras de baja cuantía. En 1888, se llega incluso a presentar una proposición de ley que, de haber sido promulgada, hubiera dado entrada

⁴ Sobre las repercusiones de esta estandarización en la actualidad, véase Arruñada (2001). Si del pasado intentamos extraer lecciones para el presente y, aunque no sea éste lugar idóneo para discutir a fondo esta materia, parece prometedora la idea de aplicar a muchos actos estandarizados (como las hipotecas bancarias y gran parte de las certificaciones societarias, por ejemplo) un tratamiento similar al que en el XIX se intentó aplicar a los asuntos de escasa cuantía. Resulta de interés recordar dos anécdotas históricas que pudieran repetirse en el futuro. Los reguladores de 1869 transigieron en mantener el monopolio de entrada a cambio de un recorte arancelario, pero el arancel sólo se mantuvo bajo durante 16 años, para ser elevado de nuevo en 1885. Similar suerte corrió la rebaja de 1890, conseguida en una negociación en términos similares (Costa, 1888, pp. 67-68).

a los documentos privados relativos a todos los derechos ya inscritos⁵. Otras propuestas de esos años contemplan dar entrada tanto a documentos privados como administrativos.

Más importante aun que estas propuestas es el hecho de que en esta época una gran parte de los operadores esquivan la escrituración pública y los costes que ésta conlleva en términos de honorarios e impuestos mediante la contratación en documento privado y, llegado el caso, la utilización más o menos abusiva del expediente de posesión antes

⁵ Conviene reproducir aquí los motivos de esta propuesta, por lo que pudieran tener de aplicable en la actualidad:

“Las razones que invocan los Sres. Santamaría y Maluquer son en resumen: 1.^a Que con el sistema actual de contratación, que requiere el otorgamiento de escritura pública ante notario, los pequeños propietarios ven tan mermados sus productos de cultivo en relación con el valor de las fincas, que en sus préstamos rara vez pueden acudir a ese medio, imponiéndoseles el crédito personal con intereses muy subidos, y que por eso no podrán obtener los beneficios del crédito agrícola el día que se plantee en nuestro país. 2.^a Que ‘interesa sobremanera evitar en todo lo que se refiere a contratación inscribible en el Registro de la propiedad, la duplicidad de funcionarios que en la actualidad intervienen en ellos, notario y registrador, con todas las grandes desventajas que de ellas se derivan’, duplicidad de dispendios y de tiempo, necesidad de explorar el Registro o solicitar certificación del registrador antes de comparecer ante el notario, a fin de cerciorarse de los gravámenes de la finca o derecho que ha de ser objeto del contrato, la frecuente diversidad de criterio entre el registrador y el notario y la consiguiente denegación de inscribir, etcétera. 3.^a Que con el nuevo sistema ‘se evitaría el peligro de las segundas enajenaciones hechas en fraude de terceros adquirentes y la presentación de títulos falsos en el Registro de la propiedad’, con los cuales el mayor propietario puede ser despojado y sumido en la miseria sin culpa y a pesar de haber cumplido con todas las formalidades que el derecho le exigía para garantizar su propiedad; y se evitaría ese peligro porque el contrato y su inscripción se verificarían en un mismo acto y sin solución de continuidad, no dándose tiempo, como ahora, para que el espacio que media entre el otorgamiento y la inscripción se interponga un malvado que venda por segunda vez el inmueble o derecho ya enajenado: 4.^a Que así ‘se reunirían en un solo acto las causas remota y próxima de adquirir, o sea, el título y el modo, o más claro, verificándose el acto o contrato y la tradición o entrega legal y real de la cosa por medio de los asientos que deberían extenderse en el Registro de la propiedad’,

de contratar ulteriores transmisiones o hipotecas, a menudo adulterando para ello la identidad de las fincas, lo que desfiguraba la información registral. En algunas regiones, esta práctica era el modo generalizado de acceso al Registro, sobre todo allí donde dominaba la pequeña propiedad rural. Esto permite a Costa afirmar que, si bien “el legislador creó un Registro de la Propiedad; el pueblo lo ha convertido, contra la intención y los propósitos del legislador, en Registro de la posesión” (p. 89). De hecho, Costa considera el expediente posesorio como una forma normal de transmitir la propiedad, alternativa a la documentación, ya sea ésta privada o pública (p. 297), aunque no está claro, sin embargo, qué parte del uso del expediente de posesión tenía, alternativamente, como finalidad proteger la propiedad frente a posibles inscripciones por terceros, en lugar de formalizar transmisiones.

De todo ello cabe concluir que, en la primera época del moderno derecho inmobiliario español, existió considerable competencia entre las diversas vías de acceso al Registro, por lo que este asunto merece un análisis detallado, que evite en lo posible el riesgo del anacronismo, consistente en pensar que las figuras y procedimientos tuvieron en el pasado el mismo uso que tienen en la actualidad. En especial, es muy posible que los expedientes de posesión y dominio se emplearan en el pasado para evitar los costes notariales y fiscales asociados a la escritura pública y para contratar los derechos mediante documento privado.

Con ánimo exploratorio, baste de momento con recordar algunos elementos de la historia de estas instituciones jurídicas, centrada, en especial, en el tratamiento de la inscripción registral de la posesión. Su análisis pone de relieve cómo, con las sucesivas

evitándose así la comisión de delitos contra la propiedad, tan perjudiciales y

reformas legales, la escritura pública fue adquiriendo cada vez mayor protagonismo en la entrada al Registro de la Propiedad, por el doble juego de facilitar su entrada e impedir la de derechos justificados por documentos privados o procedimientos alternativos, tanto de naturaleza judicial como administrativa.

2. La Ley fundacional

Como es sabido, la Ley Hipotecaria de 1861 estableció un procedimiento registral para inscribir el dominio justificado por documento privado anterior a la promulgación de la Ley, con efectos muy poderosos, pues eran retroactivos incluso frente al derecho inscrito (artículos 389-396)⁶. Ingenuamente, contemplaba el legislador que esta fórmula estaría vigente sólo un año, pero con posterioridad su vigencia fue prorrogada en numerosas ocasiones.

Por otro lado, la Ley, reconociendo que muchos propietarios carecían de títulos acreditativos, les permitía registrar el dominio pero sólo tras el transcurso del tiempo y una vez inscrita su posesión. Se reconocía así la posesión como derecho real, registral (con la excepción del derecho hipotecario, que sólo se permitía inscribir por título escrito [artículo 410]), con los efectos propios de la posesión, más restringidos que los del dominio, y sin perjudicar a tercero de mejor derecho (artículos 408 y 409), pero

perturbadores como los antes dichos” (Costa, 1888, pp. 69-70).

⁶ Véase, sobre esta materia, Pardo (1993, pp. 139-164).

transformable automáticamente en dominio por el simple paso de un cierto tiempo (en principio, 30 y, a partir de 1927, 10 años)⁷.

Configura la Ley para ello el llamado “expediente de posesión” o “informaciones posesorias”, que fue regulado en sus artículos 397 a 410. En estos artículos se establecía un procedimiento judicial específico, en el que al poseedor le bastaba con aportar escrito justificativo, dos o más vecinos que actuasen como testigos y el recibo de la contribución. En ausencia de oposición por parte legítima, el juez instruía al Registro para que procediera con la inscripción, momento en el que el Registro examinaba la existencia de posibles contradicciones con otras inscripciones, en cuyo caso retrotraía el asunto al juez, o bien procedía a la inscripción de la posesión.

3. La Ley de 1869

La reforma introducida por la Ley de 1869 consolida y desarrolla el procedimiento establecido ya en 1861, de carácter registral, que permitía inscribir, con efectos retroactivos frente al derecho inscrito, el dominio justificado con documentos privados anteriores al 1 de enero de 1863 (artículos 405 a 409), procedimiento éste al que el

⁷ Seguía con ello el legislador una pauta muy extendida, pues la inscripción de derechos posesorios es habitual en los sistemas de registros de derechos como el español, en los que evita la necesidad de efectuar una depuración completa del título. Suele tener efectos menores que los de la inscripción de la propiedad pero entre sus efectos suele figurar la prioridad así como una expectativa de propiedad transcurrido un cierto número de años. De hecho, la inscripción de la posesión viene a reconocer el extendido principio que considera la posesión como origen o “raíz” del título (Epstein, 1979).

artículo 389 de la Ley de 1861 había dado originalmente sólo un año de vida. El procedimiento arrancaba con la autenticación en el Registro de esos documentos privados que, en caso de ratificación por ambas partes ante dos testigos, daba ya lugar a que se practicara el asiento de presentación y, tras el pago de impuestos, a la correspondiente inscripción. Esta norma estará vigente, tras sucesivas ampliaciones, hasta el 31 de diciembre de 1874.

Por otra parte, esta Ley inaugura en su artículo 20 un procedimiento llamado a tener gran éxito en el futuro: la inscripción por documento público de derechos no inscritos pero cuyo otorgante pueda justificar de modo fehaciente haberlo adquirido antes del 1 de enero de 1863. Esta fecha límite se irá extendiendo en las leyes posteriores y, desde 1934, sólo se requiere que sea anterior a la escritura que se pretende inscribir.

Asimismo, la Ley de 1869 abre la posibilidad de inscripción directa del dominio cuando se carece de título escrito que lo justifique, pues articula un nuevo procedimiento judicial para inscribirlo directamente (artículo 404).

Por último, la Ley mantiene y desarrolla el expediente posesorio (en sus artículos 397-403), haciendo, entre otras cosas, responsables a los testigos que pudiera causar su inexactitud de sus deposiciones. En su artículo 400 abre incluso un nuevo procedimiento administrativo, de corta vida⁸, en el que no era necesaria la intervención

Véase, por ejemplo, el régimen vigente en el Registro de la propiedad inglés, en Sarton (2000, pp. 32-33) o Silverman (2001, p. 462).

⁸ La Ley de 17 de julio de 1877 suprimiría esta posibilidad de inscribir la posesión mediante certificaciones municipales, que desde entonces se han de aportar al procedimiento judicial, con el fin de “resguardar la propiedad de peligros graves, deben refundirse en uno sólo estos dos medios de inscribir la propiedad” (en opinión de la Comisión senatorial encargada de dictaminar la reforma, recogida en el Tomo III de las *Leyes Hipotecarias*, p. 654).

judicial, bastando en cambio con una certificación municipal de que el interesado pagaba la contribución a título de dueño, la cual sustituye entonces a la providencia judicial y tiene un coste menor, del 10% de la contribución anual, con un máximo de dos pesetas.

Es difícil valorar la importancia relativa de estas diversas opciones, que eran, para muchos fines, sustitutivas. A falta de una estimación cuantitativa, baste señalar la opinión de los expertos. Se ha recogido más arriba la de Joaquín Costa. Medio siglo más tarde, la situación era similar, pues podemos leer que

“la titulación supletoria, plasmada principalmente en la información posesoria tuvo gran éxito.... Si al principio sólo podía invocarse para las adquisiciones anteriores a la implantación de la primitiva Ley, ya en 1875 se amplió también a las posteriores⁹; y si primeramente no podían inscribirse cuando hubiere asiento contradictorio, después también se concedió a la información fuerza cancelatoria de tales asientos si no se oponían el titular o sus causahabientes.... Fue tal la masa de propiedad que se inscribió ‘en posesión’, que nuestro Registro no se pudo calificar propiamente ‘de la propiedad’ sino ‘de la propiedad y de la posesión’, pues en bastantes regiones —la del Noroeste en especial— casi todas las inscripciones eran meramente posesorias” (de la Rica, 1945, pp. xxx-xxx).

⁹ Nota del autor: El Decreto de 10 de febrero de 1875 clarificó que tenían acceso al Registro mediante los correspondientes expedientes de posesión o de dominio tanto la posesión o el dominio anterior a la promulgación de la Ley Hipotecaria como los adquiridos con posterioridad (*Leyes Hipotecarias*, tomo IV, vol. I, pp. 498-501).

Cuadro 1. Resumen de las disposiciones legales en materia de acceso al Registro de la Propiedad

<i>Derechos y títulos</i>	<i>Procedimiento</i>	<i>1861</i>	<i>1869</i>	<i>1909</i>	<i>1944 (TR 1946)</i>
Posesión sin título	Judicial (municipal entre 1869 y 1877)	397-410	397-403	392-399	—
Dominio sin título	Judicial	Sólo por el paso del tiempo tras haber inscrito la posesión	404	400	201-202
Derechos en contrato privado anterior a la Ley Hipotecaria	Registral	389-396 (un año de plazo para los anteriores al 1-1-1861)	405-409 (sin plazo para anteriores al 1-1-1863 ó 1869 si obtienen ejecutoria o escritura. En vigor hasta 31-12-1874)	—	—
Derechos en título público, no inscritos y adquiridos a quien puede acreditarlo de forma fehaciente	Notarial	—	20 (documento privado de fecha anterior a 1-1-1863)	20 (documento privado de fecha anterior a 1-1-1909, extendida en 1922 y 1932; y desde 1934 anterior a la del título)	205
Derechos en título público, acreditados por acta de notoriedad	Notarial	—	—	—	203-204

Nota: Los números se refieren a los artículos del correspondiente texto legal. En la reforma de 1944, se refieren al texto refundido de 1946.

4. La Ley de 1909

La Ley de 1909 introdujo numerosas cautelas adicionales en el expediente de posesión, aparentemente para evitar los abusos a que daba lugar¹⁰ (de la Rica, 1945, p. xxxii). Estos cambios eran contrarios al documento privado y coinciden con las medidas que se toman para facilitar la inmatriculación por documento público de derechos no registrados. En concreto, son simultáneos con la extensión del plazo que permitió inmatricular derechos que hubieran sido objeto de una transmisión escriturada en documento público de un derecho acreditado de modo fehaciente con anterioridad a la promulgación de la Ley¹¹.

Se cierra así la posibilidad de registrar (tanto de forma directa como indirectamente, por la vía del expediente de posesión) derechos nacidos de documentos privados. Simultáneamente, sin embargo, se facilita el acceso al Registro de esos derechos con sólo pasar por la Notaría y expresarlos en una escritura pública (mediante, por ejemplo, la simulación de dos transmisiones, la primera privada y la segunda escriturada). No parece creíble que la reforma estuviese inspirada por el deseo de un mayor rigor, pues se

¹⁰ Por ejemplo, obliga a adjuntar la certificación registral en la solicitud al juez, lo que parece que iba dirigido a impedir la inscripción de la posesión de fincas ya inscritas total o parcialmente.

¹¹ Obsérvese que se produce así en las tres primeras leyes hipotecarias un giro radical en el tratamiento del documento privado: mientras que en 1861 sólo se contempla la entrada de documentos privados (anteriores a la propia Ley) mediante procedimiento registral, en 1869 se mantiene y actualiza dicho procedimiento a la vez que el artículo

ha llegado a hablar de “desmesuradas facilidades ... para la inmatriculación y para reanudación de la vida registral” (de la Rica, 1945, p. xxxii).

La Ley de 1909 también mantuvo el acceso judicial al Registro, mediante el expediente de dominio, medio idóneo para registrar el dominio cuando se carecía de títulos, que regula en su artículo 400. Además, si, en un principio, la finalidad del legislador era que el expediente de dominio sirviera sólo para inmatricular, la reforma de 1909, según la aplicó el Reglamento de 1915, hizo posible emplearlo para reanudar el tracto registral, cancelando inscripciones previas, sobre todo desde que la reforma de 13 de junio de 1927 hizo que bastase la citación del titular inscrito, sin oírle, para cancelar asientos contradictorios de dominio con más de 20 años de antigüedad (de la Rica, 1945, p. lxxxv).

Como consecuencia de todo ello, las inscripciones de posesión fueron menos populares después de 1909, y, sobre todo, tras las reformas del artículo 20 (de la Rica, 1945, p. xxxiii), que permite inscribir derechos nacidos de la transmisión documentada en escritura pública de un derecho no inscrito justificado de modo fehaciente (léase documento privado) y anterior a determinada fecha (hasta el 1 de enero de 1863, en la Ley de 1869; 1 de enero de 1909, en la Ley del mismo año; 1 de enero de 1922, en la Ley de 3 de agosto de 1922, y 1 de enero de 1932, en la Ley de 18 de febrero de 1932. Desde 21 de junio de 1934, basta que sea anterior a la escritura).

20 abre la posibilidad de “legalizarlos” notarialmente, y, por último, en 1909 se cierra la vía de acceso registral a la vez que se actualiza el límite temporal de la vía notarial.

Figura 1. Número total de fincas registradas por primera vez y porcentajes del número de fincas y del valor total de las fincas registradas por primera vez en posesión respecto a los totales respectivos (1904-1944)



El impacto de estas normas es visible en la Figura 1 adjunta, donde se aprecian las notables reducciones que originaron en el uso relativo del expediente de posesión y, lo que parece más grave en cuanto a los fines del sistema de seguridad jurídica preventiva, en el número de fincas inscritas por primera vez. Se observa también un repunte reiterado del uso relativo del expediente de posesión en los años sucesivos a cada reforma. Estos repuntes pudieran deberse al aprendizaje de los interesados en la evitación de las correspondientes restricciones legales.

El Cuadro 2 presenta los resultados de un análisis mediante regresión estadística de la evolución de las primeras inscripciones durante el período histórico de interés. Dicho análisis confirma el efecto que entrañan las modificaciones legislativas y pone también de relieve que se tienden a registrar más en propiedad aquellas fincas de mayor extensión y valor. Este resultado viene a confirmar la hipótesis de Demsetz (1967), según la cual los derechos de propiedad se definen con mayor precisión para aquellos recursos que son más escasos y valiosos, como demostramos formalmente para el caso registral en Arruñada y Garoupa (2002).

Cuadro 2. Análisis estadístico de las fincas registradas por primera vez que se registra en posesión en los años previos a la reforma de la ley hipotecaria de 1944, la cual suprime esta posibilidad

Variables independientes	Descripción de las variables independientes	Variables dependientes (fincas registradas por primera vez):					
		Proporción registrada en posesión				Número total de fincas registradas	
		En número de fincas	En valor de las fincas				
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)		
<i>Variables temporales:</i>							
Año	1904 = 4, 1905=5; ... 1945 = 45; 1946 = 46.	-0,008*** (0,002)		-0,010*** (0,003)		205,397 (234,662)	
Ley 1909	= 1 para años 1909 a 1921; = 0 para los demás años.	-0,106*** (0,025)	-0,175*** (0,021)	-0,059 (0,045)	-0,151*** (0,037)	-16.609*** (3.594)	-14.761*** (2.907)
Ley 1922	= 1 para años 1922 a 1931; = 0 para los demás años.	-0,115*** (0,039)	-0,272*** (0,021)	0,022 (0,070)	-0,187*** (0,038)	-22.439*** (5.783)	-18.228*** (3.025)
Ley 1932	= 1 para años 1932 a 1946; = 0 para los demás años.	-0,379*** (0,056)	-0,630*** (0,020)	-0,033 (0,102)	-0,368*** (0,036)	-21.234** (8.252)	-14.445*** (2.852)
<i>Fincas rústicas, con extensión:</i>							
Menor de 5 Ha.	Categoría de finca utilizada como referencia de las demás.						
Entre 5 y 20 Ha.	Variables artificiales que identifican cada tipo de finca:	-0,035 (0,022)	-0,035 (0,022)	-0,130*** (0,039)	-0,130*** (0,040)	-78.050*** (3.153)	-78.050*** (3.152)
Superior a 20 Ha.	toman el valor 1 para las fincas del tipo correspondiente a cada variable y el valor 0 para todas las demás.	-0,140*** (0,022)	-0,140*** (0,022)	-0,173*** (0,039)	-0,173*** (0,040)	-79.069*** (3.153)	-79.069*** (3.152)
Desconocida		-0,094*** (0,022)	-0,094*** (0,022)	-0,272*** (0,039)	-0,272*** (0,040)	-79.291*** (3.153)	-79.291*** (3.152)
<i>Fincas urbanas, con extensión:</i>							
Menor de 500 m ²	Variables artificiales que identifican cada tipo de finca:	0,099*** (0,022)	0,099*** (0,022)	0,007 (0,039)	0,007 (0,040)	-70.352*** (3.153)	-70.352*** (3.152)
Superior a 500 m ²	toman el valor 1 para las fincas del tipo correspondiente a cada variable y el valor 0 para todas las demás.	0,033 (0,022)	0,033 (0,022)	0,070* (0,039)	0,070* (0,040)	-79.060*** (3.153)	-79.060*** (3.152)
Desconocida		0,000 (0,022)	0,000 (0,022)	-0,056 (0,039)	-0,056 (0,040)	-76.297*** (3.153)	-76.297*** (3.152)
Constante		0,895*** (0,024)	0,849*** (0,023)	0,736*** (0,044)	0,675*** (0,041)	92.156*** (3.514)	93.388*** (3.219)
Observaciones		301	301	301	301	301	301
R ²		0,86	0,85	0,47	0,45	0,79	0,79

Notas: Modelos estimados mediante regresión mínimocuadrática ordinaria. Errores estándar entre paréntesis. Significativos al: * 10%; ** 5%; *** 1%, respectivamente.

5. La Ley de 1944

La reforma de 1944 presenta gran interés desde el punto de vista de este trabajo. Sobre todo, porque la redacción final de la Ley acentúa la tendencia a un mayor protagonismo del documento público en el acceso al Registro. Adicionalmente, porque, en caso de haberse aprobado los textos preliminares de la Ley, en cuya elaboración participaron de forma principal distinguidos notarios, hubieran modificado de forma aun más radical el sistema en beneficio del documento público y sus productores.

El texto final de la Ley suprime, por un lado, la posibilidad de inscribir la posesión y mantiene el expediente de dominio judicial del antiguo artículo 400 (trasladado a los artículos 201-202 en el TR de 1946). Por otro lado, facilita la inscripción del dominio mediante escritura pública, ya sea con base en la acreditación fehaciente de una adquisición anterior o mediante un “acta de notoriedad” notarial. En las versiones preliminares de la norma, se pretendía, además, que estas actas de notoriedad quedaran al margen del control judicial y fueran suficientes por sí solas, y no complementarias¹².

La Ley abandona los principios que habían regido hasta entonces el sistema y, en su artículo 23 (artículo 5 del texto refundido de 1946), suprime la posibilidad de inscribir

¹² La reforma de 1944 suprimió también otros medios de inmatriculación de menor importancia y que sería prolijo analizar aquí: informaciones judiciales, certificaciones administrativas, actas de posesión en la expropiación forzosa y resoluciones definitivas dictadas en los interdictos de adquirir, recobrar o retener la posesión (de la Rica, 1945, p. cxxxvi). La reforma también perseguía erradicar los *juditia ficta*, juicios ficticios o convenidos (de la Rica, 1945, p. cxxxvii).

en el Registro la posesión, con lo cual le niega carácter real a la posesión en concepto de dueño, y elimina, consecuentemente, los artículos relativos al expediente o informaciones posesorias, aunque manteniendo los efectos de los asientos de posesión ya registrados o de los expedientes posesorios en curso al entrar en vigor la reforma. El ánimo del legislador respecto a la publicidad posesoria es visible en que deroga los artículos que la regulaban con carácter inmediato a la promulgación de la Ley, anticipándose así en seis meses a la entrada en vigor de sus otros preceptos. Este hecho también indica que, incluso en 1944, el procedimiento era preferido por muchos ciudadanos a las otras alternativas a su disposición. Es más, incluso experimenta una recuperación notable durante los primeros años de la década (Cuadro 3).

Cuadro 3. Porcentajes del total de fincas registradas por primera vez que se registra en posesión en los años previos a la reforma de la ley hipotecaria de 1944, la cual suprime esta posibilidad

	1930	1940	1941	1942	1943	1944
Fincas rústicas:						
De 5 hectáreas o menos:						
Núm. de fincas	65,06%	8,29%	12,11%	13,59%	11,64%	14,26%
Valor en Ptas.	66,95%	8,57%	9,68%	11,79%	12,69%	14,87%
Más de 5 y menos de 20 hectáreas:						
Núm. de fincas	61,62%	7,96%	16,76%	14,34%	15,32%	29,84%
Valor en Ptas.	51,79%	7,61%	11,67%	10,78%	11,53%	44,39%
De 20 hectáreas o más:						
Núm. de fincas	45,22%	6,30%	5,75%	16,65%	13,27%	45,29%
Valor en Ptas.	80,79%	1,40%	7,69%	28,74%	6,79%	62,21%
De extensión desconocida:						
Núm. de fincas	53,66%	2,03%	7,58%	14,63%	5,95%	16,91%
Valor en Ptas.	82,01%	1,35%	9,82%	22,09%	9,34%	24,87%
Fincas urbanas						
De 500 metros cuadrados o menos:						
Núm. de fincas	46,29%	16,00%	20,71%	23,71%	23,86%	26,15%
Valor en Ptas.	46,73%	15,05%	31,80%	18,94%	19,13%	35,16%
De más de 500 metros cuadrados:						
Núm. de fincas	59,08%	13,74%	9,92%	14,39%	28,08%	30,64%
Valor en Ptas.	84,80%	17,30%	14,96%	28,29%	61,30%	67,45%
De extensión desconocida:						
Núm. de fincas	49,84%	6,00%	9,98%	11,48%	9,08%	17,03%
Valor en Ptas.	50,00%	5,13%	6,45%	10,99%	10,61%	35,79%

Pese a que la reforma acentúa los efectos cancelatorios del expediente de dominio y reduce sus trámites, plazos y garantías (artículos 201-202 en TR 1946), como señala de la Rica, al propietario sin título se le priva así de la posibilidad de acudir al juzgado para, mediante certificaciones registrales y catastrales, y la aportación de testigos, acabar inscribiendo su posesión:

“Más cómodo, y menos notorio, que obtener certificaciones del Registro y del Catastro o amillaramiento, acudir al Juzgado y recurrir a propietarios vecinos para la información testifical, ha de resultar al propietario sin título transmitir la finca por documento privado a persona de confianza y readquirirla acto seguido mediante instrumento público, que podrá inscribir” (de la Rica, 1945, p. xxxii).

El riesgo de abuso del nuevo sistema era notable, por lo que no parece aventurado descartar que sus creadores persiguieran evitar los que pudieran existir en el sistema anterior.

La historia del acta de notoriedad también es reveladora en la misma línea. Tanto el Anteproyecto, elaborado por el notario J. M. de Porcioles, entonces Director General de los Registros y del Notariado, como el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes el 26 de mayo de 1944 contemplaban que el acta de notoriedad fuese título suficiente para la inscripción inmatriculadora, pese a que el notario —que no el juez— podría expedirla por sí mismo y pese a que se ofrecían muy pocas garantías a los afectados, quienes habían de manifestar expresamente su oposición en un plazo de 20 días¹³. Suscitó esta materia la presentación de varias enmiendas, en alguna de las cuales

¹³ Véanse los textos relevantes en el tomo III de las *Leyes Hipotecarias*: el del Anteproyecto, en las pp. 13-14; el del Proyecto de Ley, en las pp. 55-58 (artículo 347: “La primera inscripción de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante el título público de su adquisición, el acta de notoriedad o el expediente de dominio”; artículo 350, “será título bastante para obtener la inscripción

se atacaba la reforma por innecesaria y por responder únicamente a los intereses notariales¹⁴. Las críticas fueron unánimes en cuanto a lo improcedente de atribuir funciones jurisdiccionales al notario, tanto por contradecir la separación de funciones como por contrariar la lógica de incentivos en que dicha separación se fundamenta. En este sentido, acertaban plenamente Garcerán y Valdés al señalar que pierde la imparcialidad quien depende comercialmente de quien lo elige, lo que les daba pie a criticar la atribución de funciones jurisdiccionales al notario porque “la persona que a él acude se encuentra entre su clientela y, por tanto, su intervención tiene que ser parcial” y proponer que tales funciones fueran desempeñadas por jueces y secretarios judiciales, ya que, además de ser recusables, les corresponden los asuntos por turno (1944, p. 158).

La Ponencia parlamentaria encargada de estudiar el proyecto estimó gran parte de las enmiendas, por lo que decidió modificar el procedimiento y reducir los efectos de dichas actas. Por un lado, las sometió a la apreciación judicial (actual regla 8.^a del artículo 203). Por otro, en cuanto a sus efectos en la inmatriculación de derechos no registrados, las actas pasaron a tener sólo efectos complementarios de los títulos

solicitada la copia literal del acta expedida por el Notario”); y el de la discusión parlamentaria en las pp. 138-164.

¹⁴ Los términos eran rotundos:

“El Proyecto de Ley Hipotecaria, presentado las Cortes a pretexto de una pretendida necesidad de reforma de la Ley en vigor, plantea cuestiones que afectan a la integridad de los Tribunales de Justicia, despojándoles de atribuciones que les son propias; en beneficio exclusivo de la clase notarial. Con un prurito de novedad jurídica se resucitan viejos problemas, ya planteados hace más de medio siglo, y que los Notarios vieron cómo eran rechazados por los Cuerpos colegisladores en sus Comisiones de Justicia” (Garcerán y Valdés, 1944, p. 154).

Prosiguen estos Procuradores defendiendo que se suprima la obligación de escritura pública en numerosos supuestos: venta en juicio ejecutivo, compraventa de inmuebles, adopción, poderes para litigar.

públicos adquisitivos. Además, para tener efectos cancelatorios en la reanudación de la vida registral, se requiere que el notario notifique personalmente a los afectados.

Tras estos retoques, el acta de notoriedad notarial constituyó al final un híbrido inservible, que supone una actuación de carácter esencialmente judicial por parte del fedatario público, una “‘instrucción notarial’ de un expediente de jurisdicción voluntaria que requiere para su eficacia resolución judicial” (de la Rica, 1945, p. cxlvii). Además, su eficacia es menor que la del expediente de dominio, pues sólo cancela las inscripciones contradictorias de más de 30 años cuando su titular haya sido notificado personalmente por el notario. Por la duplicidad de procedimientos con fines idénticos y estar sujetas al control judicial ya entonces se les preveía escaso futuro (se hablaba ya de “instrumento que desde su cuna está herido de muerte”, p. cxlxiii), máxime al no poder desempeñar la función que les es propia, la de atestiguar hechos (por ejemplo, la posesión), que no derechos (el dominio), como consecuencia de haberse desterrado la posesión del ámbito de los derechos reales (p. cxlix, n. 134). El diagnóstico se demostró acertado, por lo que hoy tienen valor principalmente como mera referencia pedagógica.

6. La Ley de 1944 como fruto del interés privado

Las leyes rara vez se elaboran en el limbo del interés público, sino en el fragor de la pugna entre intereses privados. La reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 no parece haber sido una excepción, sino que buena parte de sus características más sobresalientes son explicables atendiendo a la hipótesis de que su redacción servía los intereses del cuerpo de notarios. Para entenderlo, el observador actual ha situarse en el momento en

que se discute la Ley para, sobre todo, tener presente que en aquel tiempo la mayor parte de los bienes inmuebles ni estaban registrados ni se disponía de título¹⁵, con lo cual gran parte del mercado de servicios jurídicos giraba sobre fincas no registradas o cuya situación real no correspondía con la registral. Esto es lo que explica el objeto e interés privado de la reforma, centrada en los mecanismos para lograr una mayor correspondencia entre realidad y Registro. Teniendo en cuenta este dato, no sólo la orientación y el contenido de la reforma sino algunas de sus aparentes contradicciones son comprensibles como manifestación del éxito notarial en monopolizar una gran parte del mercado.

Por un lado, el notariado consigue que la Ley consagre la reforma que desde 1934 daba efectos inmatriculadores a la escritura pública, con sólo que el otorgante pudiera justificar de forma fehaciente su título con anterioridad a la fecha de la escritura.

Por otro, el notariado intenta y tiene éxito parcial en bloquear el acceso por vía judicial al Registro. El éxito es parcial porque, si bien consigue eliminar una vía hasta entonces principal de acceso al Registro —el expediente de posesión—, fracasa en su intento de configurar el acta de notoriedad como un atajo notarial al expediente de dominio¹⁶.

¹⁵ Por un lado, se estimaba que la mitad de la propiedad carecía de titulación dominical (de la Rica, 1945, p. xxxii). Por otro, en la parte expositiva de la propia Ley de reforma se estimaba que el 60 por ciento de la propiedad inmueble no estaba por entonces registrada y que se había “iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países” (*Leyes Hipotecarias*, p. 243).

¹⁶ Esa era la interpretación contemporánea de la configuración original del acta de notoriedad, dirigida a “tramitar ante Notario el expediente de domino” (Reyes Morales, 1944, p. 160).

Por último, tiene éxito en diluir los efectos de la inscripción registral. Cabe considerar así el que la Ley, a la vez que en su artículo 5 erradica la posesión del Registro, le concede en su artículo 36 efectos potencialmente anuladores de la inscripción registral, con sólo cumplir los plazos de la prescripción adquisitiva. Sucederá así cuando el adquirente “conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente” o cuando consiente la posesión durante el año siguiente a la adquisición.

Otra contradicción técnica de la reforma resulta iluminada por la hipótesis del interés privado. Me refiero a que la Ley dio vida a un nuevo procedimiento para instar la inscripción registral, el acta de notoriedad, que, por su propia naturaleza de acta, estaba llamada a reflejar más bien hechos (posesión) que derechos (dominio)¹⁷. En este terreno, es también de interés observar que la pretensión notarial de que sus actas de notoriedad dieran acceso pleno a la inscripción registral se hacía sin reforzar la escasa responsabilidad que asumía el notario por la eventual falsedad del hecho acreditado. El acta notarial común atestigua hechos que ocurren en presencia del notario. El acta de notoriedad difiere de la común en que los hechos los conoce el notario, recogiendo el decir de quienes deponen ante él, por ser de dominio público¹⁸.

¹⁷ Los contemporáneos son ya conscientes de esta contradicción: “Debe combatirse por improcedente esa forma extraña de procedimiento judicial y extrajudicial que se pretende implantar, en cuanto a las informaciones posesorias, mediante las tituladas actas de notoriedad” (Garcerán y Valdés, 1944, p. 157).

¹⁸ Se plantea aquí un asunto similar al de la base documental en auditoría: si el auditor ha de basar su opinión en información verificable o no verificable (Arruñada, 1999, 2000).

“Pero el Notario, a través del acta no certificada, ni responde de la realidad de su existencia. Si más tarde pudiese demostrarse que el hecho notoriamente acreditado por acta notarial no era cierto, ninguna responsabilidad cabe al Notario, porque el acta no contiene ni puede contener una declaración del órgano estatal que responda de la real y cierta existencia del hecho a que se contrae” (Reyes Morales, 1944, p. 162).

7. Conclusiones

El presente trabajo ha revisado la historia de las normas que rigieron en España la inscripción registral de derechos posesorios, caracterizada por la introducción de un número creciente de restricciones y su supresión final en 1944, en un proceso que parece haber respondido al interés privado del notariado en monopolizar el acceso al Registro. El trabajo también sugiere que la inscripción en posesión era útil, pues se ha demostrado que, mientras pudieron utilizarla, los titulares de derechos reales hicieron un uso muy considerable de esta figura jurídica.

Es de sobra conocido y aceptado que el reconocimiento por parte de los sistemas jurídicos de derechos reales no inscritos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, porque, al hacer que tales derechos no inscritos prevalezcan sobre los derechos de aquellos que han adquirido con base en la información registral, se introducen riesgos innecesarios en las transacciones. Por este motivo, para proporcionar protección a los titulares de derechos posesorios sin perjudicar la seguridad del tráfico, la solución lógica a la que están tendiendo los sistemas registrales más modernos es la de reducir el papel

de la simple posesión como evidencia de titularidad¹⁹, a la vez que se facilita la inscripción registral de derechos posesorios. La experiencia histórica de nuestro país apoya la utilidad de esta inscripción registral de derechos posesorios, una figura que es convencional en gran número de países y que, como se ha demostrado, también gozó de notable protagonismo en nuestro país durante más de medio siglo.

8. Referencias

ARRUÑADA, B (1999), *The Economics of Audit Quality*, Kluwer, Boston y Dordrecht.

ARRUÑADA, B. (2000), “Audit Quality: Attributes, Private Safeguards and the Role of Regulation”, *The European Accounting Review*, vol. 9, núm. 2, pp. 205-224

ARRUÑADA, B. (2001), “Pasado, presente y futuro del notariado”, *Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, vol. 2, núm. 6, octubre, pp. 135-153.

ARRUÑADA, B. (2003), “Property Enforcement as Organized Consent”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 19, núm. 2, pp. 401-444.

ARRUÑADA, B., y N. Garoupa (2002), “The Choice of Titling System in Land”, Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series*, núm. 607.

COSTA, J. (1888), *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Obras completas, vol. XIII, 2.^a ed., Biblioteca Costa, Madrid, 1917. (Manuscrito fechado en Madrid el 19 de agosto de 1888).

¹⁹ Véase, sin ir más lejos, la reforma del registral sistema inglés por la Land Registration Act de 2002.

- DEMSETZ, H. (1967), “Towards a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, vol. 57, núm. 2, mayo, pp. 347-359.
- EPSTEIN, R. A. (1979), “Possession as the Root of Title”, *Georgia Law Review*, vol. 13, pp. 1221-1243.
- EXPLANATORY NOTES to Land Registration Act 2002,
<http://www.hmso.gov.uk/acts/en/2002en09.htm>, visitada el 5 de mayo de 2002.
- GARCERÁN, R., y M. VALDÉS (1944), “Sugestión y enmienda sobre los artículos 350, 351 y 352 del proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria de 1944”, reproducidos en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y Evolución (Tomo III), Leyes de 1944 y 1946*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990, pp. 154-159.
- GIMÉNEZ ARNAU, E. (1964), *Derecho notarial español*, (3 tomos), Universidad de Navarra, Pamplona.
- LAND REGISTRATION ACT 2002(c.9) which received Royal Assent on 26 February 2002, <http://www.uk-legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20020009.htm>, visitada el 5 de mayo de 2002.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA, (6 tomos), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990
- PARDO NÚÑEZ, C. (1993), “Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614, enero–febrero, pp. 111-164.
- REYES MORALES, R. (1944), “Enmienda a diversos artículos del proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria de 1944”, reproducida en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y Evolución (Tomo III), Leyes de 1944 y 1946*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990, texto insertado en pp. 23-240.

RICA y ARENAL, R. de la (1945), “Comentarios a la Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria de 1944”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, reproducido en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y Evolución (Tomo III), Leyes de 1944 y 1946*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990, pp. vii-clxvi.

SARTON, P. (2000), *Conveyancing*, 3.^a ed., Macmillan, Londres.

SILVERMAN, F. (2001), *Conveyancing Handbook 2001*, 8.^a ed., Law Society Publishing, Londres.