

La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad (I)

SUMARIO: I. EL PROBLEMA PLANTEADO.—II. IDEAS GENERALES SOBRE LA RESERVA DE PRIORIDAD: A) LA RESERVA ABSTRACTA DE RANGO. B) LA RESERVA CASUAL. C) LOS SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA.—III. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN ARGENTINA Y URUGUAY: A) ANTECEDENTES. B) SISTEMA REGISTRAL ACTUAL: 1. Principios civiles. 2. Análisis del funcionamiento de la certificación con cierre registral y de sus efectos.—C) CONCLUSIÓN CRÍTICA SOBRE EL SISTEMA.—IV. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS: A) SISTEMAS ANGLOSAJONES. B) SU POSIBILIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS.—V. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: A) SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA EN EL DERECHO ESPAÑOL. B) PROBLEMA REAL QUE SE SUSCITA. C) ANTECEDENTES Y OPINIONES DOCTRINALES. D) PROBLEMAS A QUE DA LUGAR LA INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA: 1. Efectos generales: 1.1. Reserva a instancia del titular registral. 1.2. Solicitud a instancia del adquirente futuro.—2. La relación entre las normas civiles y las registrales: 2.1. Propiedad y derechos de goce que supongan la existencia de contacto posesorio. 2.2. Derechos sin contacto posesorio.—3. La conveniencia de la reserva como elemento de mejora de la seguridad cautelar.

I. EL PROBLEMA PLANTEADO

La cuestión que se trata de resolver con la figura que va a ser objeto de este breve estudio es la de la supuesta inseguridad que afecta al adquirente de derechos inscribibles desde el momento en que efectúa la transacción que ha de acceder al Registro hasta que efectivamente inscribe o, al menos, presenta el título en el Libro Diario, con los efectos propios de prioridad que la Ley confiere al asiento de presentación.

En nuestro país, el riesgo del adquirente ante la posible alteración de la situación registral durante ese período intermedio fue objeto de un profundo estudio en el Informe que el Colegio de Registradores envió, en abril de 1989, al Congreso de los Diputados bajo el título «El fraude inmobiliario»,

y en el que se delimitaban dos fases distintas en las que podría surgir el problema (1).

a) La primera transcurre desde la celebración del contrato traslativo en documento privado no inscribible, forma civil plenamente válida en nuestro Derecho, hasta su formalización en documento público susceptible de acceso al Registro. Es, con mucho, el período más conflictivo y en él se centran especialmente los problemas de evicción que pueden surgir de los actos dispositivos del transmitente civil, de situaciones de insolvencia o de la falta de regulación del problema de la prehorizontalidad (2).

La solución de las cuestiones que se plantean en este primer período se centran en la instrumentación de medidas de publicidad registral provisional, con efectos limitados, de los títulos adquisitivos civilmente válidos, pero carentes de las formalidades necesarias para provocar la inscripción definitiva. No es materia objeto de este estudio y su mención tiene por objeto la delimitación exacta del problema de la «reserva de prioridad».

b) La segunda fase se centra en el período que media entre el encargo al Notario de la preparación de un documento en el que se formaliza cualquier transacción inmobiliaria y el momento de la presentación de la copia correspondiente en el Libro Diario del Registro.

Es al campo propio de la figura de la reserva de prioridad en los Ordenamientos donde se admite, aunque con las matizaciones conceptuales que luego veremos. Su formulación general consistiría en que, incluso antes de existir el negocio jurídico y durante los tratos preliminares, pueda provocarse un cierre o bloqueo registral que impida el acceso a la inscripción de otros negocios contradictorios con el que se encuentra en gestación, sustrayendo la finca del tráfico jurídico durante un período determinado.

La idea parte del criterio de alterar el principio esencial de protección a quien accede al Registro con prioridad temporal, cualquiera que sea el grado de dicha protección y el efecto de la inscripción, con el fin de preservar los derechos de quien ha iniciado un negocio preliminar de adquisición o de gravamen sobre una finca concreta.

Pues bien, la iniciativa de introducir el sistema de reserva de prioridad en el Derecho español, con la finalidad de evitar los problemas de inseguridad jurídica durante el período que estamos estudiando, no se ha planteado con frecuencia, quizá porque su rechazo es ya antiguo como veremos luego.

Sin embargo, en la medida en que, con esta denominación, se admite en dos países hispanoamericanos, concretamente Argentina y Uruguay, direc-

(1) Publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 269, 1990.

(2) La cuestión de la prehorizontalidad, como fundamental en materia de seguridad de tráfico, fue ya objeto de Conclusión especial en el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico en 1978.

tamente conectada con la anotación de documentos no notariales y de que su doctrina ha sido ampliamente divulgada en Congresos Internacionales de Derecho Notarial e, incluso, en algunos trabajos recientes de Notarios españoles y uruguayos, es oportuno un examen matizado del problema y de su posible adaptación a nuestro Derecho (3).

En este trabajo partimos de la base de que nada tienen que ver las posibilidades de la llamada «certificación con reserva de prioridad» de los Ordenamientos citados con la realidad y el sistema jurídico de nuestro país, pese a que, de alguna forma, puede llamar la atención de algunos especialistas procedentes, sobre todo, del campo del Notariado.

En este sentido, para estudiar adecuadamente la figura y su posible introducción en el Derecho español conviene distinguir cuatro apartados, dirigidos, respectivamente, al examen de las ideas generales sobre la reserva de prioridad, a su funcionamiento en los Ordenamientos argentino y uruguayo, a su existencia y posibilidad en otros Ordenamientos y a su posible aplicación en España.

II. IDEAS GENERALES SOBRE LA RESERVA DE PRIORIDAD

Cabe distinguir, con carácter general, varias modalidades propias e impropias de reserva de prioridad:

A) LA RESERVA ABSTRACTA DE RANGO

Es la que se produce desconectada de un negocio jurídico concreto, provocada a instancia del titular registral y con dos efectos alternativos:

- El cierre o bloqueo del Registro, para que no pueda practicarse asiento alguno con posterioridad a la reserva.
- El efecto retroactivo de la reserva. El Registro no se cierra, pero los asientos posteriores al que publica la reserva tienen el carácter de condicionales, de forma que han de cancelarse si el negocio con prioridad reservada llega en su día a formalizarse y a presentarse dentro de plazo.

(3) Un ejemplo reciente lo constituye la publicación en la *Revista Jurídica del Notariado*, a propósito de una posible reforma del artículo 175 del Reglamento Notarial español, del trabajo de la Notaria uruguaya doctora SUSANA CAMBIASSO, que reitera brillantemente la exposición de las características del sistema en su Ordenamiento.

B) LA RESERVA CAUSAL

Es la referida a un negocio jurídico concreto de formalización futura, de forma que se especifique en el asiento correspondiente las características esenciales del mismo y el nombre del adquirente. Dentro de esta modalidad de reserva, que puede provocar también los dos efectos alternativos antes descritos, cabe distinguir, a su vez, dos supuestos:

- Que el negocio con prioridad reservada carezca en absoluto de existencia, es decir, que suponga un mero proyecto de transmisión o gravamen a favor de persona determinada.
- Que se trate de un contrato o precontrato perfecto, cualquiera que sea su forma, pero cuya existencia y eficacia es anterior a la reserva. En este segundo caso, si se admite por el Ordenamiento, nos encontramos, en realidad, ante una reserva impropia, en los términos que veremos a continuación.

C) LOS SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA

Directamente conectadas con el principio de prioridad existen otros supuestos, variables según las modalidades del sistema, pero los cuales presentan una característica común consistente en que producen efectos de prioridad ganada y no de prioridad reservada. Se trata de aquellos casos en los que, por razones dimanantes de la propia estructura del derecho, de otras resultantes del interés público, de protección de acreedores, de equilibrio de intereses o de agilización del tráfico inmobiliario, los Ordenamientos adoptan soluciones de aparente reserva de prioridad.

Sin embargo, no se trata de supuestos de reserva en sentido propio, sino de declaraciones de voluntad unilaterales o plurilaterales, o de decisiones judiciales o administrativas a las que la norma permite el acceso al Registro, de forma que les sean aplicables los efectos típicos del principio, es decir, el cierre registral al negocio incompatible o el mejor rango del negocio inscrito o anotado respecto de los que accedan al Registro con posterioridad. Son ejemplos típicos los siguientes:

- Los derechos reales de garantía, en los que el *ius distrahendi* nace con el asiento registral, aunque el negocio de enajenación efectivo tenga lugar con posterioridad y con prioridad de rango respecto de transmisiones intermedias.
- Los asientos provisionales de advertencia de situaciones contradictorias con la titularidad inscrita, como la anotación preventiva de demanda o sus versiones alemanas de «Widerspruch» o de «Vorme-

kung», cuya finalidad es la constatación registral de la existencia posible de una situación extrarregistral capaz de alterar la titularidad o el contenido de un asiento vigente.

- La constitución judicial o administrativa de figuras registrales de garantía, como la anotación preventiva de embargo, la hipoteca judicial francesa u otros similares.
- La constitución o transmisión unilateral de derechos reales como la hipoteca alemana de propietario, la hipoteca unilateral española o la oferta unilateral de venta francesa. En todos estos supuestos se trata de derechos, constituidos en la forma pública suficiente para su acceso al Registro, a los que el legislador atribuye la posibilidad de su inscripción con la finalidad de asegurar su eficacia frente a asientos posteriores.

El presente estudio tiene por objeto los supuestos de reserva de prioridad en sentido propio, dirigidos a la protección de un negocio futuro, delimitado o no, a que se ha hecho referencia en los dos primeros apartados, puesto que los relacionados en el último, u otros similares que se examinarán luego, al estudiar la figura en el Derecho español, no constituyen casos de reserva de prioridad, sino de aplicación directa del principio.

III. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN ARGENTINA Y URUGUAY

El sistema de bloqueo registral sólo se aplica en Argentina y Uruguay, sin que haya sido aceptado por las legislaciones registrales de los restantes países iberoamericanos, como ha sido reconocido en el VIII Encuentro del Comité Iberoamericano de Consulta Registral (4).

El hecho de que la institución sólo se aplique en los dos países citados obedece a las peculiaridades de su sistema civil, notarial y registral, así como de su propia realidad social y económica. Dada la excepcionalidad de la admisión de la figura y su carácter reciente, conviene realizar un estudio matizado de sus características.

(4) Así resulta del Acta suscrita el 25 de septiembre de 1993 en San José de Costa Rica. Sobre el concepto de «*preanotación*» en virtud de certificación bancaria, v. artículo 141 del Decreto 2080/80, Reglamento ejecutivo de la Ley 17801 (Capital Federal, Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur). Su crítica, en R. GARCÍA CONI, «Aporte al IX Congreso Internacional de Derecho Registral», Torremolinos, 1993 (ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1993, t. I).

A) ANTECEDENTES

Hasta 1968, el sistema registral estudiado constituía una manifestación no evolucionada del folio personal, con efectos muy débiles de mera inoponibilidad y que experimentaba un deterioro notable en su aplicación práctica.

Por otra parte, el Notariado argentino, cuyo origen histórico es idéntico al español, no sufrió la profunda reforma que tuvo lugar en España en 1862 como consecuencia de la implantación de un sistema de registro de desarrollo técnico. Así, la contratación en los dos países australes se apoyaba en el principio en la intervención única del Notario para garantizar la seguridad preventiva de la adquisición y evitar, en lo posible, la evicción reclamada por un titular de mejor derecho.

Por ello, el sistema de seguridad preventiva ha tenido tradicionalmente una eficacia limitada, pues la carencia de Registro y de un sistema de calificación objetiva hace descansar el peso de las disfunciones existentes sobre la jurisdicción contenciosa, que es precisamente lo que trata de evitar, y evita, un sistema registral desarrollado.

Esta situación dio lugar a un aumento extraordinario del número de Notarías, en la medida en que era muy difícil contratar sin un examen minucioso, lento e inseguro de los antecedentes documentales de la finca transmitida, tanto en el protocolo propio del Notario a quien se encarga el estudio como en otros protocolos donde pudieran hallarse los antecedentes que justifiquen la legitimación del transmitente y el estado de cargas de la finca.

B) SISTEMA REGISTRAL ACTUAL

Ante esta situación, en 1968, el Notariado argentino propició la sustitución del folio personal por una ficha que, con el nombre de folio real, recogiera la fecha del otorgamiento del título, el notario autorizante y la denominación del contrato, con remisión a los distintos protocolos en los que se contiene el historial de la finca. En realidad, por tanto, la ficha solamente coordina el trabajo notarial, hasta el punto que los tratadistas expresan esa situación con la frase: «nuestro Registro es un Registro de documentos y no de derechos». Ello lleva consigo las siguientes consecuencias:

- Por el Registro se conoce el dato de que un documento notarial existe, pero no cuál es su contenido. Es el propio Notario el que rellena el impreso normalizado de la solicitud o minuta de inscrip-

ción, que se archiva por microfilm. Resulta paradójico que, además, el sistema mantenga el secreto del protocolo notarial.

- Por tanto, el Registro implantado en 1968 supone en el fondo el establecimiento de un mecanismo que facilita la actuación notarial tradicional.
- Se mantiene formalmente en la legislación el simple principio de inoponibilidad, si bien referido sólo a la existencia del documento al que hace referencia la ficha, puesto que el sistema no prevé el depósito físico del documento en el Registro, a diferencia de los sistemas latinos de tipo francés.
- Puesto que el contenido del asiento, en definitiva, de la fecha de referencia se limita a dar noticia de la existencia del documento, no es posible el juego de principios positivos modernos de publicidad registral como el de legitimación y fe pública.
- Por la misma razón, está absolutamente restringida la publicidad formal, tanto en cuanto al contenido que revela la ficha, es decir, la mera existencia de los documentos que en la misma se mencionan, como en cuanto a la personalidad del solicitante que para el tráfico privado queda limitada al escribano.
- Por otra parte, se mantiene la labor notarial de investigación de la titularidad efectiva, de la legitimación del transmitente y del estado de cargas de la finca a través de la búsqueda en los respectivos protocolos, sin que el folio real suministre información completa sobre todos estos aspectos.

1. *Principios civiles*

Desde el punto de vista civil, el Ordenamiento argentino responde, a su vez, a una serie de principios plenamente coherentes con las ideas expuestas. Tales pueden resumirse en la idea de que la transmisión del derecho real se produce por la teoría del título y el modo, con dos restricciones: una, de carácter formal, y otra, de tipo sustantivo.

- Desde el punto de vista formal, sólo tiene el carácter de «título» habilitante de la transmisión la escritura notarial, lo que supone atribuir a dicho documento una aparente naturaleza constitutiva que la jurisprudencia y el propio Código Civil han modalizado mediante el reconocimiento de la eficacia del contrato privado o «boleto de compraventa».
- Desde el punto de vista sustantivo, el otorgamiento del documento notarial y, en su caso, la inscripción registral sólo genera un derecho

personal en el adquirente, como afirma y subraya constantemente la doctrina. La escritura no produce efecto de tradición instrumental ni su mención en la ficha registral sustituye al modo. En definitiva, sólo la entrega real y física se considera modo suficiente para la adquisición.

- Como consecuencia de lo anterior, la apreciación de la existencia de un derecho real, en la medida en que su adquisición se basa en un hecho físico como la entrega, sólo puede ser realizada judicialmente. El sistema de seguridad preventiva no ha evolucionado ni a la sustitución del modo por la inscripción ni a la aceptación de la tradición instrumental, por lo que la ausencia de presunciones supone que el apoyo último de la titularidad del adquirente se encuentra, exclusivamente, en la decisión jurisdiccional.

En definitiva, los Ordenamientos civiles argentino y uruguayo se sitúan en la doctrina del título y el modo característico del Derecho español antes de la publicación del Código Civil y, sobre todo, de la legislación hipotecaria española. Ello hace muy difícil la comparación de ambos sistemas, pues aunque su origen civil es similar, su evolución es radicalmente diferente en la medida en que nuestro Ordenamiento organiza el tráfico inmobiliario sobre la base de admitir plenamente los principios positivos de publicidad registral, es decir, legitimación y fe pública, de dotar a la escritura pública de un efecto limitado, en cuanto a sus efectos frente a tercero, y, en cambio, de configurar el documento notarial como tradición instrumental.

2. *Análisis del funcionamiento de la certificación con cierre registral y de sus efectos*

De acuerdo con lo expuesto, en los sistemas argentino y uruguayo sí tiene explicación la institución del bloqueo del Registro o, en definitiva, de lo que el Ordenamiento denomina «anotación preventiva de negocio en gestación», concepto de fundamental importancia en el análisis del alcance jurídico de la figura.

Así, según el artículo 23 del Decreto-Ley de 1968, «ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscrito en el Registro, así como la certificación expedida a tal efecto». Es decir, se impone una doble restricción al tráfico jurídico en la documentación pública: Antetítulo inscrito y certificación del bloqueo vigente.

- La primera supone un requisito formal previo a cualquier transmisión, de tal suerte que la posesión física del documento inscrito, y no de otra copia, donde conste la nota de inscripción es el medio que habilita para el otorgamiento del contrato o «título de la transmisión» ante el Notario.
- A su vez, el requisito básico para la solicitud notarial de certificación de bloqueo es la presentación al escribano del acuerdo privado entre las partes sobre la transmisión o constitución del derecho real, que en el caso de compraventa se denomina «boleto». Este acuerdo previo se conoce por los autores argentinos con la denominación de «negocio en gestación», lo que es lógico si se tiene en cuenta el valor que el Ordenamiento confiere a la escritura notarial como constitutiva del título.

A partir de ahí, el escribano remite al Registro la solicitud de reserva de prioridad, que se formaliza mediante la mención en la ficha de la existencia del contrato o precontrato privado. Este asiento se denomina «anotación provisoria del negocio en gestación», con efectos de reserva de orden. En realidad, por tanto, lo que se ha producido, si utilizamos la terminología española, en un asiento provisional similar a la anotación preventiva de un negocio jurídico existente que todavía carece de forma notarial.

Por tanto, nos encontramos no ante una reserva de rango en sentido propio, ni aún en su versión de reserva causal sobre un negocio futuro, sino ante la aplicación directa del principio de prioridad, referido, mediante anotación, a un negocio existente, que en el Derecho argentino se denomina negocio en gestación, aunque en otros sistemas como el nuestro se trata de un contrato perfecto no autenticado notarialmente. Lo que, además, viene a ser reconocido incluso por la propia jurisprudencia argentina en base a una interpretación más progresiva del artículo 2.355 del Código Civil argentino reformado.

Por tanto, el efecto sustancial, pero sólo aparente, de la expedición de la certificación consiste en una reserva de prioridad a favor del negocio jurídico «en gestación», pendiente de formalización en la Notaría de quien solicitó la certificación. La realidad no es ésa. Como antes señalábamos, la solicitud de certificación lo que provoca en la ficha es un asiento provisorio, referido al documento privado que habilita al escribano para actuar y del que se deriva, como consecuencia, el cierre, también provisorio, del Registro, en favor del adquirente según dicho documento privado.

Por tanto, el llamado «negocio en gestación», no es una declaración de voluntad con eficacia civil futura. Se trata de un contrato o precontrato que en nuestro sistema civil tiene la eficacia ordinaria de un negocio civil

perfecto. Lo que ocurre en el Derecho argentino y uruguayo es que, en la medida que la escritura notarial es el único «título» posible, al contrato privado no notarial se le denomina negocio «en gestación», término que la doctrina europea entiende como mero proyecto de declaración de voluntad.

Así, la supuesta reserva de prioridad no existe, pues no se puede confundir el efecto con su causa. La causa es la anotación preventiva del acuerdo privado de voluntades, pendiente de formalización notarial. El efecto es el cierre o bloqueo del llamado Registro que resulta de la anotación y se publica por medio de la certificación. En este sentido, aun tratándose de un simple registro de documentos de efectos debilitados, nos encontramos no ante un supuesto de prioridad reservada a un negocio futuro, sino de prioridad ganada por un documento no notarial, es decir, de reserva de prioridad en el sentido impropio que antes exponíamos.

El sistema se completa con una norma muy difícil de encajar en nuestro sistema. Consiste en una reserva de rango tácita, durante cuarenta y cinco días a partir del otorgamiento de cualquier escritura notarial, con anotación previa o sin ella, de forma que durante ese plazo la presentación de la escritura provoca la cancelación de todos los asientos de fecha posterior a la del instrumento.

Por tanto, los efectos de la presentación registral propiamente dicha se desplazan a la fecha de una actuación notarial ignorada, oculta y desconocida, denominado por la doctrina «retroprioridad», coherente con el sistema que se expone, pero que, en nuestro país, no tiene cabida alguna (5).

Para completar la exposición del sistema conviene analizar sucintamente cómo funciona la reserva en relación con las normas básicas del Derecho civil. Así:

- La anotación provisoria y su efecto de bloqueo tiene un plazo de caducidad que oscila, según la distancia de la Notaría al Registro y la legislación local, entre quince y treinta días, a los que deben añadirse los cuarenta y cinco de reserva tácita y oculta, con los efectos de retroprioridad, a que antes hemos hecho referencia. Además, si existen defectos en la documentación presentada, se practica otra inscripción provisoria por otros ciento ochenta días, prorrogables a instancia del Notario.
- Las certificaciones a favor de comprador determinado son suscepti-

(5) Ni que decir tiene que la «retroprioridad» choca frontalmente con la «anotación provisoria del negocio en gestación», o certificación del cierre, cuando se actúa sin anotación previa o con anotación caducada. Por otro lado, este sistema mantiene su propio «plazo negro»: el que media entre la hora de su eficacia (cero horas) y la presentación en el Registro de otro título contradictorio en el mismo día de su fecha (v. GARCÍA CONI, *op. cit.*, *infra*).

bles de cesión a otros Notarios por vía de sociedades entre escribanos y sólo para un negocio concreto, es decir, el negocio causal anotado, constituido por un «boleto» o un precontrato. La cesión indebida da lugar a la denuncia obligatoria del Notario por el Director del Registro, supuesto bastante frecuente en la práctica (6).

- Cuando la certificación es errónea, o «inepta» en la terminología argentina, prevalece sobre el contenido anterior de la finca registral, aunque el error consista en la ruptura del principio de tracto sucesivo. Así, si el negocio reservado llega al Registro, prevalece en todo caso la escritura notarial, incluso frente al contenido registral y al titular inscrito, que no tiene otro remedio patrimonial que la indemnización a cargo del Estado (7).
- No obstante la extensión de la anotación y la expedición de la certificación, no se impiden otras anotaciones del llamado negocio jurídico en gestación y la expedición de las certificaciones subsiguientes, así como la práctica de otros asientos en caso de que se presenten títulos autorizados, pese a la reserva expresa o a la existencia de reserva tácita de cuarenta y cinco días, con efectos de «retroprioridad». Ahora bien, si se llega inscribir el documento que causó la primera de ellas se cancelan todas las anotaciones e inscripciones posteriores.
- Si el anotante de un embargo llega al Registro después de expedirse la certificación, el acreedor se pondrá en comunicación con el Notario autorizante para impedir la compraventa. Si, no obstante, la escritura se autoriza, determinará la responsabilidad correspondiente para el escribano.
- Además, en lo que se refiere a la coordinación del sistema con las necesarias trabas judiciales en caso de impago de deudas, se establece la llamada inhibitoria, es decir, la situación ordenada judicialmente de prohibición genérica de disponer o bloqueo patrimonial del deudor, que en Ordenamientos como el nuestro sólo se produce demostrada la insolvencia y con efectos matizados según los casos (8).

(6) Así lo pone de manifiesto el doctor GARCÍA CONI en su obra el *Contencioso registral*, pág. 165.

(7) Sobre este tema, el citado doctor GARCÍA CONI señala literalmente: «Si la posesión por quien tiene derecho a usarla de una certificación vigente no habilitara para autorizar un acto jurídico irreversible, las escrituras públicas carecerían de la certeza que las caracteriza y, de alguna manera, nuestros Registros inmobiliarios tendrían carácter constitutivo, lo que está en pugna con nuestro Ordenamiento legislativo».

(8) Así, el efecto de inhibición, conectado con lo que hemos expuesto sobre actuación notarial en el tráfico privado, puede dar lugar a situaciones tan características como las que describe el ya citado profesor GARCÍA CONI: «El problema puede plantearse al

C) CONCLUSIÓN CRÍTICA SOBRE EL SISTEMA

De todo lo expuesto anteriormente resulta que el sistema estudiado:

- Desconoce, en general, la posición del tercero, la noción de derecho-deber y la titularidad pasiva unida indisolublemente a la activa, puesto que en realidad la institución publicitaria se concibe como un registro de documentos y no como un registro de derechos.
- Sólo se regula el conjunto de documentos que han de relacionarse en la ficha y el orden en que han de figurar en ésta. La oponibilidad es documental, no jurídica, formal y sustantiva.
- El Registro carece de publicidad formal al alcance de todos y se apoya en la anotación preventiva generalizada de documentos privados y en la actuación exclusiva del estamento notarial.
- Como consecuencia, la seguridad en el tráfico, en cuanto a la existencia y extensión de los derechos depende exclusivamente del orden jurisdiccional.

Todo ello cuestiona la organización y funcionamiento del sistema, cuyo análisis técnico lleva a la conclusión de que en Argentina y Uruguay el carácter constitutivo de la actuación notarial ha provocado la necesidad de la anotación preventiva del documento privado, ya que ningún Ordenamiento puede prescindir de la eficacia del acuerdo de voluntades si pretende situarse en el ámbito de la tradición romana y del principio de libertad de formas (9).

IV. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS

Pese a lo excepcional de la figura, conviene examinar brevemente su existencia o su posibilidad en otros sistemas civiles y registrales, además del ya examinado de Argentina y Uruguay.

embargante desorientado, al escribano que necesita conversar con un colega preinterviniente y, lo que es más grave, al Notario que se desprende de una certificación y luego, sin saber quién la utilizará, recibe una medida de «no innovar», es decir, la notificación de una prohibición de disponer».

(9) Bibliografía: Las precedentes notas sobre el sistema argentino se apoyan en el examen directo de sus textos legales, especialmente la Ley 17801 y la Ley 17711 de reforma del sistema registral y del Código Civil, respectivamente, así como en las obras de los siguientes autores: ALBERTO RUIZ DE ERENCHUN (*Defensa del principio de prioridad mediante la certificación registral con efectos de anotación preventiva en negocio en gestación*), RAÚL GARCÍA CONI (*El contencioso registral, recursos y subsanaciones*), FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA (*Derechos reales*), BEATRIZ AREAN DE DÍAZ DE VIVAR (*Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros*, y la obra *Derechos reales*), SUSANA CAMBIASSO (*La reserva de prioridad. Ambito de aplicación y funcionamiento*), y para el Derecho uruguayo aporte del escribano JUAN PABLO CROCE URBINA.

A) SISTEMAS ANGLOSAJONES

En el sistema australiano y en el Registro de Títulos inglés pueden encontrarse, también, ejemplos de reserva de prioridad. La realidad, sin embargo, es que ambos Ordenamientos responden a un sistema registral muy diferente de los continentales, y especialmente del alemán, de donde toma sus efectos positivos de protección el sistema español.

Existe en Inglaterra una figura muy próxima a la certificación con reserva de prioridad, si bien ha de referirse al llamado Registro de Títulos (Land Registry), regulado por The Land Registration Act 1925 to 1988, es decir, con diversas modificaciones, desarrolladas por distintos Reglamentos, especialmente el denominado Land Registration (Official Searches) Rules de 1988. Se trata de una institución paradigmática del sistema que, además, está gradualmente sustituyendo al Registro de Cargas o The Central Land Charges Register.

Con una necesaria concisión, que explique la figura dentro del sistema inglés, cuya complejidad se reconoce unánimemente por la doctrina, cabe señalar:

- Mediante la solicitud al Registro por un futuro adquirente del dominio u otro derecho real, en la que consienta el futuro vendedor, y denominada «intending purchaser o transferee or mortgagee», se expide certificación cuyo efecto básico es el de que, durante un período determinado, ninguna alteración registral perjudicará al adquirente. Supone, por tanto, un régimen de reserva de prioridad para un pre-contrato en el que constan la voluntad de transferir y de adquirir.
- Sin embargo, la institución ha de entenderse dentro de un sistema civil en el que no existe autenticación notarial, en el que la llamada «compulsory registration» supone, de hecho, la admisión del carácter constitutivo de la inscripción y en el que los certificados de dominio y cargas —land or charge certificate— funcionan, como en el sistema australiano, como títulos reales del derecho o de la carga, cuyo acompañamiento al título de constitución o transmisión se estima imprescindible.

Ello es así porque la implantación del Registro de Títulos se debe, precisamente, a la necesidad de evitar las complejas investigaciones de título del transferente y de sus antecedentes.

Por último, no puede olvidarse que, en el ámbito formal, la organización del notariado es radicalmente distinta que la de los sistemas continentales, de forma que el peso de la seguridad preventiva recae exclusivamente en la calificación registral, en los certificados de inscripción y, en definitiva,

en la decisión judicial, al carecer el sistema anglosajón de la exigencia de una preparación jurídica especial para el Notariado (10).

En este sentido, la introducción de sus instituciones en los sistemas del tipo del español es muy difícil, pues su estudio exige una adaptación terminológica profunda, una labor de traducción de conceptos jurídicos que puede ser muy complicada y, en definitiva, una alteración sustancial del sistema de seguridad preventiva que, probablemente, sería incompatible con la cultura jurídica de nuestro país, apoyada en la teoría del título y el modo, en la conformación notarial del documento inscribible y en los principios de legalidad, calificación y publicidad del Registro.

B) SU POSIBILIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS

En los sistemas europeos de tradición latina y germánica la reserva propia de prioridad, tanto en su versión abstracta como causal, no se admite en ningún Ordenamiento. Sin embargo, sí se abre paso paulatinamente la adopción de soluciones apoyadas en sistemas de información registral adaptadas a las posibilidades que ofrece la técnica actual. Puede citarse, por ejemplo, el criterio seguido por el Registro Mercantil francés y de su sistema de prevención mediante información continuada, denominado abreviadamente INFOGREF, así como determinadas manifestaciones alemanas del sistema.

Lo mismo cabe señalar respecto de los países iberoamericanos, pese a la labor de divulgación argentina de su certificación con reserva y al peso de su doctrina civil en el subcontinente. De hecho, no se plantea la introducción de esta figura y así lo expresaron sus representantes en el citado VIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral. Es más, en los sistemas que aplican efectos constitutivos a la inscripción, como Brasil y Chile, se advierte la tendencia de introducir en su Ordenamiento el criterio de «información continuada» a que nos referíamos antes al citar los casos de Francia y Alemania, y que recientemente ha puesto en marcha en España el Real Decreto 1558/1992.

(10) Bibliografía: Para este brevísimo apunte se han utilizado los trabajos de JOSÉ MARÍA CASADO PALLARÉS, *El Registro de la Propiedad en Australia y en Inglaterra*; de FERNANDO BAZ IZQUIERDO, *El sistema hipotecario inglés*, y de JUAN ANTONIO DE LEYVA, *El Derecho inglés, orden jurídico inmobiliario y registral*. Cabe citar, además, los trabajos «Report on Land Registration in England and Wales», presentado por la Delegación de estos países a la Reunión de Registradores de la Propiedad y Conservadores de Hipotecas de la Comunidad Económica Europea, que tuvo lugar en Madrid, en octubre de 1991, y «Registered Land Practice Notes», publicado por The Law Society and H.M. Land Registry. Second Longman Editions. Londres, 1986.

V. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para concretar la cuestión conviene distinguir una serie de aspectos referidos a los supuestos de reserva en sentido impropio que admite el Derecho español, al problema real que suscita y a los intereses en juego, a los precedentes de la figura y a su crítica doctrinal y, por último, a los efectos que produciría la institución a la vista del sistema de adquisición inmobiliaria del Código Civil y de los Ordenamientos autonómicos.

A) SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español vigente, la reserva de prioridad en sentido propio y en cualquiera de sus manifestaciones no aparece admitida de igual forma que en los Ordenamientos de su entorno y específicamente de la Comunidad Europea.

En sentido impropio, no como prioridad reservada, sino como prioridad ganada, podrían enumerarse algunos supuestos, además de los asientos apoyados en la decisión judicial, como el conjunto de las anotaciones preventivas. Su característica común es la exigencia del consentimiento firme del titular registral para que los efectos del mejor rango del Derecho antepuesto puedan producirse. Cabe citar:

- Los derechos reales de garantía, ya examinados anteriormente.
- La hipoteca unilateral del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, cuya cancelación no puede llevarse a efecto sin el consentimiento expreso o tácito del acreedor, previamente intimado conforme a lo dispuesto, en los términos del propio precepto.
- La inscripción de determinados precontratos, como el de opción.
- Los negocios de reserva de rango, como el admitido en la posposición de la hipoteca presente a la de futura constitución, a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, si bien con los condicionamientos que el propio precepto impone.
- A todos ellos hay que añadir el conjunto de situaciones de pendencia, como los derechos sujetos a condición de cualquier tipo, en los que el Registro protege, simultáneamente, la titularidad interina del derecho y la preventiva de quien puede acceder en el futuro a la consideración de sujeto pleno.

A estos supuestos de negocio jurídico firme que generan una alteración del rango y no una reserva de prioridad en sentido propio cabe añadir aquellos en los que la práctica de una nota marginal, con efectos de noti-

ficación a titulares registrales que accedan al Registro con posterioridad a su fecha, puede generar la cancelación plena o formal de los asientos correspondientes. Así:

- Las notas marginales previstas en procedimientos ejecutivos de créditos garantizados con hipoteca o anotación de embargo.
- La nota marginal de iniciación de expediente de expropiación forzosa, regulada en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, basada en el acceso al Registro del acto administrativo por el que se acuerda la adquisición por razones de utilidad pública o interés social, cuya finalidad es impedir que el expropiado enajene o grave su finca durante los trámites expropiatorios con la finalidad de dificultar la expropiación.
- La nota marginal de iniciación del expediente de equidistribución urbanística, a que se refiere el artículo 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992. A diferencia de las que surgen en procesos expropiatorios, dan lugar simplemente a una cancelación formal, con posibilidad de reconstrucción de las inscripciones que se hayan practicado en virtud de títulos que desconocen el proceso de gestión urbanística. Por tanto, se trata de una manifestación del principio de prioridad matizado y con efectos específicos.

B) PROBLEMA REAL QUE SE SUSCITA

Dentro del período concreto al que aludíamos al comenzar este estudio, cabe diferenciar dos fases diferentes, en los que puede plantearse la cuestión de la reserva. Son los siguientes:

- El que media entre la información suministrada por el Registro y la firma de la escritura notarial. Se trata de un plazo tan breve como el que exija la preparación del documento y la comparecencia de las partes ante el Notario. Por tanto, depende fundamentalmente de estas últimas, de su diligencia en el encargo al Notario de la preparación de la escritura y de la solución de las cuestiones de todo orden que provocan la posible dilación en el otorgamiento.
- El que media entre la firma de la matriz notarial y la presentación de la copia en el Registro. Su duración es muy breve y se refiere exclusivamente al tiempo mínimo que necesita el Notario para la expedición de la copia y el que consume el traslado material de ésta al Registro.

En este sentido, cuando se pretende la formalización notarial de un negocio jurídico cualquiera, el adquirente puede mantener una doble pretensión:

- Estar perfectamente informado de la situación registral de la finca en todo el tiempo que necesite para la preparación del documento y que éste, una vez firmado, adquiera prioridad registral con carácter inmediato. Se trata de una aspiración lógica en cuanto la técnica lo permita, pues le garantiza una situación de pleno conocimiento de los riesgos que puede correr si se retrasa y la seguridad de que a partir del otorgamiento no ha de temer la interferencia de un tercero.
- Condicionar el juego del principio de prioridad y, por tanto, los efectos de la diligencia de terceros mediante la intervención e, incluso, la alteración de los efectos de los asientos registrales. Se trataría de una pretensión exorbitante.

En efecto, la plena protección se ampara en la diligencia, y ésta se apoya en el conocimiento. Por tanto, es esto último lo que hay que conseguir, no una modificación generalizada del principio de prioridad civil y registral que constituye un elemento esencial del sistema de seguridad preventiva, y a este fin se dirige el vigente sistema español, aún en trance de perfeccionamiento.

Sin embargo, es en este punto donde se ha propuesto con mayor insistencia la introducción de la institución de la reserva de prioridad en su versión propia, es decir, referida a un negocio futuro, y causal, o sea, con efectos respecto de un negocio concreto.

C) ANTECEDENTES Y OPINIONES DOCTRINALES

En el Derecho español, la institución que comentamos fue rechazada ya por el legislador casi en los albores del sistema registral con motivo de la presentación de un proyecto de Ley en 1908 que precisamente regulaba la certificación con reserva de rango y que no llegó a ser realidad ante el criterio negativo del Senado.

No obstante, la doctrina ha comentado y aceptado en ocasiones la solución, especialmente en su versión de reserva causal con referencia a un negocio concreto, si bien en un examen más profundo de la cuestión llena de precauciones la hipotética admisión de la institución en nuestro Derecho, sobre todo cuando se llega a apreciar, mediante un estudio profundo, que la llamada «reserva de prioridad» argentina, en el fondo es el efecto característico de un asiento típico, aunque de efectos provisionales.

En este sentido, PELAYO HORE exigía como requisito la necesaria determinación de adquirente y transmitente, y VILLARES PICÓ la existencia de documento privado con firmas legitimadas. Por su parte, ROCA SASTRE descarta cualquier tipo de reserva, causal o abstracta en función del principio de protección de los acreedores, y HERNÁNDEZ CRESPO subraya la imposibilidad de introducir la figura sin reformas sustanciales en materia civil.

D) PROBLEMAS A QUE DA LUGAR LA INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA

En un examen matizado del problema habría que distinguir las cuestiones que plantea la reserva propia de prioridad desde distintos aspectos relativos a sus efectos generales, según la persona que solicite el cierre o reserva registral, a las cuestiones que plantea su examen desde el punto de vista civil, y especialmente de la negociabilidad del rango y, por último, a la conveniencia de su introducción como elemento o institución que pudiera mejorar el actual sistema de seguridad cautelar.

1. *Efectos generales*

La reserva podría ser solicitada por el titular registral o por el futuro adquirente en el negocio jurídico para el que se requiere el cierre o bloqueo. Habría que distinguir los problemas que plantean ambos casos:

1.1. Reserva a instancia del titular registral

En este caso se producirían los siguientes efectos:

- Se daría la paradoja de que siendo la finalidad de la figura prestar seguridad al adquirente se atribuiría la facultad de cerrar su propio folio a aquel que tiene la llave y la posibilidad del fraude, bien mediante la realización de actos dispositivos posteriores a la reserva o bien mediante la ocultación de actos realizados con anterioridad y que no han accedido al Registro.
- Como consecuencia de lo anterior, mientras que al titular, único posible originador del fraude inmobiliario, se le permitiría bloquear el Registro, al adquirente civil perfecto en documento privado se le negaría toda protección, puesto que ni siquiera puede presentar el contrato en el Registro, conforme a lo dispuesto en el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario. Esta situación provocaría un desequilibrio de intereses difícilmente compatible con el principio de tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución.

- Si la reserva solicitada por el titular registral origina un posible cierre o bloqueo registral, respecto de un negocio jurídico perfecto, realizado con anterioridad a la fecha de la certificación, o con posterioridad, pero a favor de un adquirente distinto de aquel a quien se refiere el negocio concreto que la motivó, la propia reserva constituiría una figura perfectamente encajable en el delito de estafa a que se refiere el artículo 531 del Código Penal.
- Es más, el juego de lo anteriormente dicho podría dar lugar, incluso, a que el mandatario que solicitase la reserva, normalmente el Notario, pudiera verse implicado en el propio delito, pese a ignorar absolutamente los actos dispositivos en fraude que haya podido realizar quien le encargó la solicitud de reserva.
- Con independencia de las cuestiones de orden penal, la medida supondría una alteración esencial del principio de responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el artículo 1.911 del Código Civil, puesto que permitiría al titular de una finca o de un derecho concreto excluirlo temporalmente de su ámbito propio de garantía negocial, lo que implicaría, a su vez, un ataque a las medidas que, en beneficio de los acreedores, establece el artículo 1.111 del texto citado, al regular las acciones subrogatoria y pauliana. En definitiva, nos encontraríamos ante una situación de «privilegio» injustificado, en la terminología civil clásica.

1.2. Solicitud a instancia del adquirente futuro

En este caso, que probablemente es el que se daría con más frecuencia en la práctica, es necesario contemplar las consecuencias que produciría en función de dos principios básicos del sistema:

- Si se atiende al principio de legitimación, resultaría que sin la voluntad del titular se permitiría al peticionario de la reserva una posibilidad de alteración del folio ajeno que no se admite por la Ley ni siquiera para la autoridad judicial, tal y como resulta de la dicción del artículo 38, párrafos segundo y tercero, de la Ley Hipotecaria.
- Por otra parte, la reserva provocaría la alteración del folio registral sin que medie la voluntad del titular registral o, al menos, sin constancia de la existencia de dicha voluntad. La situación rompería el principio fundamental de consentimiento, consecuencia del de legitimación, que resulta de los artículos 1, párrafo tercero, y 40.1 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido, la implantación de la reserva resultaría contraria al pronunciamiento constitucional sobre la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 del Texto Fundamental en su relación con el párrafo tercero del citado artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

Además, aunque formalmente la solicitud se produjese sólo a instancia de una u otra parte, no podrían excluirse casos de confabulación entre el titular registral y un supuesto adquirente futuro de su derecho, con lo cual las consecuencias perturbadoras del sistema no se evitan, aun cuando se limitase la legitimación para la solicitud de la reserva con el fin de obviar cualquiera de las consecuencias estudiadas.

2. La relación entre las normas civiles y las registrales

Aun cuando se pudiera pensar en la modificación de normas del sistema registral tan esenciales como las citadas, tampoco se resolvería el problema, pues sus preceptos son corolario del sistema civil básico, especialmente en la regulación de los modos de adquirir el dominio y de los requisitos constitutivos de los contratos. Es más, no se puede contemplar la reserva sin un estudio matizado de los aspectos civiles citados con el principio de prioridad en sus dos vertientes de prioridad excluyente y de ordenación del rango.

En este sentido es necesario afirmar una idea esencial, cuya ignorancia conduce necesariamente a la desvirtuación del sistema civil, y que podría plasmarse en la expresión de que la prioridad registral, en sentido amplio, es inconcebible sin el derecho. Primero nace el derecho, a través de la concurrencia del título y el modo, y después el titular de éste, es decir, el adquirente aún no inscrito del titular registral goza de la posibilidad de acudir al Registro, bien para obtener prioridad excluyente, bien para obtener rango, según la naturaleza del derecho adquirido.

La cuestión consiste en determinar hasta qué punto es encajable en nuestro sistema la idea de reservar prioridad o rango respecto de un derecho no nacido, en base a argumentos basados en la negociabilidad del propio rango.

Se trata de un argumento utilizado a veces para defender la introducción de la figura que se estudia, en base a la pretendida existencia en nuestro derecho de situaciones donde se admite el juego de la autonomía de la voluntad en la determinación del juego del principio de prioridad. Sin embargo, la realidad no es esa. Por ello, es necesario distinguir dos tipos de derechos:

2.1. Propiedad y derechos de goce que supongan la existencia de contacto posesorio

En estos casos no se puede hablar de rango en sentido propio, sino de prioridad excluyente. Así, el titular que primero accede al Registro:

- Impide la inscripción del titular incompatible que se retrasa, por aplicación directa del artículo 17 de la Ley Hipotecaria.
- Goza de una situación de preferencia respecto del titular retrasado, por aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, en relación con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (11).
- Goza, además, de toda la protección del sistema, a través del juego de los artículos 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, así como de su adquirente, si reúne las condiciones previstas en la Ley para su consideración de tercero protegido, goce de una posición inatacable por aplicación del principio de fe pública.

Este último efecto es de fundamental importancia y marca la diferencia entre los sistemas de transcripción, en los que de alguna manera se podría hablar de «rango» del dominio, por cuanto el Registro admite indiscriminadamente el acceso de todos los títulos traslativos del derecho, carece de eficacia publicitaria positiva, tipo fe pública y remite la solución del conflicto posible a los Tribunales, y los de inscripción dotados de principios positivos, cuya finalidad es, precisamente, el fortalecimiento de la seguridad cautelar.

En este sentido, respecto de derechos incompatibles entre sí, hablar de «negociabilidad del rango» supone una contradicción grave.

- En primer lugar, no nos encontramos ante una situación de «rango», a que aludiremos luego, y que es sólo aplicable a derechos sin contacto posesorio, es decir, compatibles entre sí.
- En segundo término, habría que referirla a la incompatibilidad entre un derecho adquirido y un derecho futuro, de tal forma que la atribución al titular registral de la facultad de decidir qué derecho ha de acceder primero a la protección registral rompería al principio imperativamente impuesto por la norma a través del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, precepto absolutamente lógico en un buen sistema de seguridad preventiva, pues salvo que se atribuya esta decisión a los Tribunales no cabe pensar en que la preferencia entre derechos se deje en manos de la voluntad negocial del transmitente.

(11) V. artículo 432.1.d) del Reglamento Hipotecario.

Podría pensarse, no obstante, en la existencia de un caso en el que, aparentemente, se produce un supuesto de reserva de prioridad entre derechos que pueden llegar a ser incompatibles, como ocurre con la inscripción de la opción de compra, a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Sin embargo:

- No se debe ver en ella una reserva de rango en favor de la futura transmisión dominical, sino la atribución normativa de eficacia real a un título traslativo incompleto por vía de su acceso al Registro. La opción constituye un negocio jurídico bilateral, perfecto en cuanto a su contenido, y que puede considerarse una cuasi-transmisión cuya inscripción se condiciona en cuanto al tiempo y en cuanto a sus efectos.
- Por otra parte, el número de pronunciamientos judiciales y de la propia Dirección General de los Registros sobre los efectos de la opción inscrita, sobre los conflictos entre los derechos del optante y titulares de derechos posteriores, y sobre la disposición, voluntaria o forzosa, bilateral o unilateral, del bien objeto de la opción no hacen sino abonar la idea de que es muy comprometido poner en contacto derechos constituidos con derechos en formación.

2.2. Derechos sin contacto posesorio

En estos supuestos sí puede hablarse de «rango» en sentido propio. Se trata de derechos compatibles entre sí, a los cuales, una vez nacidos, el Registro les atribuye la «posición» o «rango» que resulta de su primacía temporal en el acceso a la publicidad registral. Se trata de supuestos en que el rango genera un efecto de prioridad ganada, en los términos que antes veíamos. Así el rango, en su fase estática, produce efectos de orden, jerarquía o escalafón de los derechos inscritos no incompatibles. Ahora bien, en su fase dinámica, como la ejecución del derecho real de garantía o culminación del proceso judicial, administrativo o urbanístico, genera la exclusión y, como consecuencia, la cancelación, de todos los que, en su momento, resulten incompatibles con la situación de mejor rango.

Dicho de otra forma, el «rango» no genera una reserva de prioridad, sino la aplicación directa del principio, de tal forma que la prioridad excluyente se produce por el efecto de la prioridad ganada en el momento de la inscripción.

La duda se produciría en orden a si el rango en sentido propio o estático es susceptible, en determinados casos, de negociación respecto de un negocio futuro como argumento para la introducción de un posible

sistema de reserva de prioridad. Se suelen señalar como ejemplos los siguientes:

- La posposición de hipoteca. Es el único supuesto que admite el Derecho español sobre negociabilidad del rango registral en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. En realidad no genera una situación de «reserva de rango» indeterminada respecto de cualquier negocio futuro, sino la cesión del rango, ya ganado por el titular de un derecho de hipoteca, en favor del titular de otra hipoteca perfectamente determinada de presente. Por tanto, puede admitirse como un negocio jurídico perfecto de alteración de rango, pero nunca como una reserva de rango en sentido propio.
- La hipoteca unilateral o la hipoteca en garantía de obligación futura. En ninguno de ambos casos puede hablarse de reserva de rango en favor de un derecho futuro, puesto que el derecho real ha nacido, y obtenido después a través de la inscripción, un rango determinado. La especialidad de ambas figuras consiste en que si bien su eficacia como derechos reales de garantía es actual —fase estática—, su ejecutividad —fase dinámica—, que no debe olvidarse, es una consecuencia del débito y depende, en definitiva, de un hecho futuro. En este sentido, conviene tener en cuenta el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros en su reciente Resolución de 17 de enero de 1994.

Con todo, lo dicho no hace sino reafirmarse la idea esencial de que el Derecho registral forma parte del propio sistema civil. Es imposible que una institución como la estudiada se introduzca en el Ordenamiento por vía de una reforma adjetiva de la norma hipotecaria ni aun de rango legal sin una modificación paralela del Código Civil y del Derecho privado autonómico. En efecto:

- Exigiría la disociación del «rango», o más exactamente susceptibilidad de inscripción y del «derecho». La reserva supondría la atribución al titular registral de una facultad que no le es propia, puesto que ésta pertenece al titular del derecho y éste aún no ha nacido.
- Por otra parte, al adquirente del dominio no le bastaría la certeza de su adquisición civil, sino que, además, debería asegurarse la adquisición de la prioridad registral, pues su transmitente ha podido atribuirle a otra persona, que, a su vez, esperará legítimamente la transmisión dominical.

3. *La conveniencia de la reserva como elemento de mejora de la seguridad cautelar*

Es el argumento más utilizado para intentar la introducción de la figura, y en este sentido se exponen e incluso se publican opiniones de cierta superficialidad que no contemplan el problema en sus verdaderos términos.

En este punto es necesario afirmar dos ideas: Por una parte, la reserva de prioridad, desde el punto de vista de la mejora del sistema de seguridad, carece de utilidad, puesto que los problemas que se plantean se solucionan mejor con un buen sistema de información registral, como el que hemos aludido antes, que con una institución tan compleja como la reserva de prioridad.

Por otra, y esto es más importante, la reserva sería gravemente perturbadora, en un aspecto tan poco deseable como la judicialización del tráfico inmobiliario, ya que si no se accediera a la modificación de las principales normas civiles y registrales sobre el derecho de bienes, una mera alteración adjetiva que simplemente regulara la reserva daría lugar a un sinnúmero de conflictos judiciales por su contradicción profunda con el resto del sistema. De esta forma:

- Si la reserva de prioridad se limitase a aspectos formales o registrales, predeterminando simplemente el orden de despacho de los documentos presentados, de forma que sólo produjera efectos en el ámbito registral, pero sin prejuzgar la prioridad sustantiva o definitiva, la medida sería ineficaz.
- La afirmación es evidente si se tiene en cuenta que la reserva sólo conseguiría un aparente régimen de seguridad puramente provisorio, ya que, en caso de colisión de derechos, la prioridad sustantiva tendría que ser resuelta siempre por los Tribunales, y éstos, en caso de incompatibilidad entre un derecho nacido y consumado con arreglo a las normas civiles y otro simplemente proyectado y anunciado, darían preferencia siempre al primero, con lo cual quedaría inoperante la reserva, con el consiguiente desprestigio de la norma.
- En este sentido, para que la reserva fuera eficaz habría de configurarse con efectos sustantivos, de forma que el negocio favorecido por la reserva prevaleciera sobre cualquier otro ya formado, pero cuyo acceso al Registro se produjese en fecha posterior a la de la reserva.

Es más, la reserva tendría que proteger a su beneficiario no sólo frente a los actos dispositivos **voluntarios** del titular registral, sino también frente a los que se produjeran en contra de su voluntad o sin ella, como ocurre,

en general, con todo tipo de anotaciones judiciales o administrativas o de procedimientos de ejecución forzosa.

Por tanto, una reserva de esta naturaleza que, como antes señalábamos al citar el Derecho argentino, sería explicable en un sistema de escaso desarrollo técnico o de mera transcripción con efectos de simple inoponibilidad, no es planteable en un Ordenamiento tan matizado como el español sin una modificación profunda de los artículos 17, 32, 38, 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, de los artículos 609, 1.462 y 1.473 del Código Civil, Ley 566 de la compilación de la Comunidad Foral Navarra o artículo 277 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, así como de los preceptos concordantes en materia de hipotecas o de preferencia de créditos en caso de insolvencia e, incluso, de la legislación procesal en lo que se refiere a la relación de las resoluciones judiciales con el contenido del Registro.

Y en el caso contrario, es decir, si se intentara la reforma, la situación sería la misma, puesto que no es fácil que un nuevo sistema civil se asumiera sin problemas o sin conflictos de intereses que habría de resolver, inevitablemente, el orden jurisdiccional.

Por último, se trataría de una modificación del Ordenamiento que plantearía dos cuestiones de naturaleza constitucional:

- Por una parte, y como ya señalábamos antes, supondría una alteración posible del principio de tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 del Texto Fundamental.
- Por otra, exigiría la reforma de normas civiles correspondientes al derecho propio de determinadas Comunidades Autónomas, en contra de lo previsto en los artículos 148, 149.8 y concordantes de la Constitución.

En definitiva, la reserva de prioridad exige una reforma profunda y, además, perturbadora del sistema civil, a menos que se quede en una mera afirmación sin contenido que lo único que conseguiría es la aparición de una serie de contenciosos judiciales no deseables, además del posible planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN,
LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
y FERNANDO CANALS BRAGE
Registradores de la Propiedad