

I.º Congreso Internacional de Derecho Registral

BUENOS AIRES

Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado*

PONENCIA

1. El temario de este Congreso, con indudable acierto, coloca en un primer plano el estudio de los principios jurídicos de la publicidad inmobiliaria y de sus modalidades en los distintos países, es decir, la perspectiva comparatista de los principios hipotecarios.

Creemos innecesario, y resultaría inmodestia, poner de relieve el alto nivel alcanzado por la doctrina hipotecaria española, las obras que últimamente han enriquecido su literatura y la valía de los trabajos publicados en las revistas de la especialidad, y entre ellas, la *Revista Crítica*, que creara don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Pero sí conviene destacar que la indudable influencia de los autores españoles, en los estudiosos de América latina se explica por basar aquéllos su metodología y su sistemática en los principios hipotecarios. Nuestros tratadistas, incluso los más reacios al empleo de esta expresión, no saben prescindir de ellos, y sus desarrollos son siempre algo más que una mera glosa de la ley.

Pero estas notas vienen a representar una posición, en cierto modo heterodoxa dentro de la doctrina española, que puede calificarse de crítico-comparatista: crítica, por cuanto disconforme con ciertos plantea-

(*) Preparada esta Ponencia para exposición oral en el Congreso de Buenos Aires, pido disculpas por su publicación (inesperada) sin citas y notas aclaratorias, y aprovecho la corrección de galeras para agradecer a mi compañero JULIO GÓMEZ AMAR su lectura y mantenimiento en dicho Congreso.

mientos de las tesis dominantes; comparatista, en cuanto apoya estas disconformidades en el enfoque de los principios desde una perspectiva de Derecho comparado.

2. Estimamos necesaria la confrontación de los principios hipotecarios con las recientes orientaciones jurídicas calificadas como jurisprudencia de problemas y jurisprudencia de principios, tan influyentes en el pensamiento jurídico europeo, y que, como se ha dicho, vienen a superar la «aburrida polémica» entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses. Y echamos de menos esto en las últimas ediciones de nuestros maestros. Ni en ROCA SASTRE ni en LACRUZ se aprecian cambios ni avances en el tema de la esencia de los principios hipotecarios. LACRUZ no ha estimado conveniente complicar su concepción positivista («reglas más generales de la legislación española formuladas directamente u obtenidas por inducción de sus preceptos»), y ROCA SASTRE, al considerarlos como líneas directrices del sistema registral y al jerarquizarlos para colocar uno, el de fe pública, en la cúspide o vértice del sistema, nos demuestra su tácito rechazo de las nuevas tendencias, que niegan la utilidad para el Derecho del pensamiento sistemático, y dando prevalencia al problema sobre el sistema, consideran el pensamiento aporético, típico y característico del jurista. Solamente en CHICO y BONILLA, influidos, sin duda, por PÍO CABANILLAS, hemos encontrado indicios de estas inquietudes.

Creemos que solamente a la luz de estas nuevas orientaciones puede avanzarse en la cuestión de la esencia de los principios hipotecarios: si éstos no fueran más que deducciones-inducciones de la ley positiva, ésta tendría cegadas las vías de penetración de nuevos tópicos (tópicos mejores) y el Derecho hipotecario se iría alejando y desconectando de los problemas. Los principios que hay detrás y encima del texto de la ley solamente pueden descubrirse contemplándola desde el Derecho comparado. Este no es una relación de las diferencias dogmáticas de las distintas legislaciones positivas, sino una busca de los principios básicos de valor universal en cuanto se encaran o enfrentan con idénticos problemas en todos los países. Como ha dicho BOULANGER, «separados por sus reglas y por sus conceptos, los diferentes derechos positivos se ensamblan por sus principios».

Rechazamos decididamente la tendencia del Derecho libre y creemos que se debe cerrar el paso a las escuelas de «la muerte de la ley». Pero la mejor manera de mantener el supremo valor vinculante de la ley es reconocer sus limitaciones, sus servidumbres y su permanente subordinación a los principios generales del Derecho, que el jurista busca día a día, por medio del pensamiento problemático, y es urgente, en la rama objeto de este Congreso, conceder prioridad al problema sobre el sistema. retor-

nando desde la idea de la ley como previa al Derecho, a la del Derecho como previo a la ley.

3. Desde estas nuevas perspectivas probablemente deban ser revisados el sentido y la ordenación de los principios hipotecarios, y especialmente debe ser evitada la obsesión por el sistema y la tendencia a jerarquizarlos y a colocar el de fe pública registral en el vértice del sistema, si la contemplación de la realidad nos demostrara que de esta manera alejamos y desconectamos la ley de los auténticos problemas.

Porque desde estas nuevas perspectivas es más fácil percatarse de que la Ley Hipotecaria, en cuanto descansa en los principios, en muchos de sus pasajes es equívoca, insuficiente, neutra e incluso ininteligible, cuando se trata de solucionar el problema real, si no se acierta a encontrar sus verdaderos principios informantes, y también más fácil comprender que el método comparatista es el único idóneo para la investigación de esos principios, en Derecho inmobiliario registral más que en ninguna otra rama jurídica.

4. La ordenación y jerarquía de los principios en la doctrina dominante española viene determinada por un comparatismo unilateral (exclusivamente germanista) e incompleto, excesivamente influido por los estudios de don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Se considera modélico el sistema alemán, se alaba (con razón) el desenvolvimiento técnico de los sistemas germánicos y se va paulatinamente menospreciando, indiscriminadamente, todos los aspectos de las legislaciones latinas y olvidando el sentido y justificación de su principio básico de inoponibilidad. Un abuso de conceptualismo, olvidado de los problemas, exagera las diferencias entre los sistemas germánicos y latinos en cuanto al punto básico de los efectos directos e inmediatos de la inscripción registral, y un abuso de la sistemática termina por colocar el principio germánico de fe pública como núcleo central del sistema español. El error estaba consumado: un aparente avance hacia el sistema alemán era en realidad un alejamiento, tanto de los principios consagrados por el B. G. B. como del principio latino de inoponibilidad.

La evolución de la doctrina española, a nuestro modesto entender equivocada, ha resultado favorecida por otras circunstancias coadyuvantes: el exceso de especialización, que conduce a los hipotecaristas a un pernicioso autonomismo de la disciplina; el excesivo distanciamiento de lo sustantivo y lo procesal, que conduce a abrir un foso entre forma y prueba que perturba la conexión real entre ambas y hace olvidar los íntimos contactos de la tutela registral y procesal de los derechos reales, y, en fin, la dualidad legislativa Código civil y Ley Hipotecaria, que contemplada con mentalidad exegética de textos lleva a desconocer que uno

☞ y otra, al instaurar y reconocer el Registro como instrumento básico de la publicidad inmobiliaria, tenían que pasar por idénticos principios y establecer una normativa única respecto al problema del título y el modo y a la mecánica de la constitución y transmisión del dominio y los derechos reales.

Actuó también en forma decisiva esa fuerza oculta, poderosa y subconsciente que en todas las épocas y países se resiste a la forma y a la publicidad registral. La que dio al traste con el artículo 1.184 de vuestro Código de Vélez y obligó a nuestra Jurisprudencia a dejar sin efecto el artículo 1.280, 1.º, del nuestro. La que se opuso al principio de inoponibilidad puro, en Argentina, con el argumento de inconstitucionalidad, y en España, con la supuesta contradicción entre Código civil y Ley Hipotecaria. La que quiere conceder beligerancia al boleto de compraventa, aun después de la reforma del artículo 2.505 de vuestro Código por la Ley 17.771.

Todas estas fuerzas y circunstancias, y acaso otras más, llevaron a nuestro legislador de 1944 al referido error de concepto. Basta leer la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma para percatarse de su pensamiento: Se rechaza la inscripción constitutiva (aunque no se desconocen ni se subvaloran las importantes razones de la casi totalidad de los tratadistas en su defensa) claudicando ante la propiedad no registrada; se da particular preferencia al principio de fe pública registral (al que, con clara exageración, se le considera «elemento básico de todos los sistemas»), y se silencia totalmente el principio de inoponibilidad, lo que demuestra la indiferencia por el principio que consagra el artículo 32, y que estuvo a punto de desaparecer arrollado por el entusiasmo existente en torno al artículo 34 reformado.

Nuestra doctrina había incurrido en el error de considerar intercambiables los principios de inoponibilidad y fe pública registral. Pensando que el primero era el principio único de las legislaciones latinas, y el segundo, el fundamental en las germánicas, la cuestión era sencilla, la elección no era dudosa, en cuanto todos estaban convencidos de la superioridad del sistema germánico. Lo único que había que hacer era introducir en nuestra ley el artículo 892 del B. G. B. (aunque con redacción indígena) y olvidarse del sentido que pudo tener el artículo 32 de la ley (ya un poco olvidado).

5. Creemos que el primer error de bulto de nuestra doctrina está en considerar el principio de fe pública como la pieza maestra del sistema inmobiliario alemán. El orden de los preceptos en los Códigos tiene su sentido, y no puede dejar de tenerlo la colocación de los párrafos 892 y 893 casi al final del capítulo del B. G. B. destinado a las normas gene-

rales sobre los derechos inmobiliarios. Si hay un vértice o pieza maestra del sistema alemán ha de encontrarse, sin duda, en los principios capitales de inscripción constitutiva y acuerdo abstracto, que aparecen en el parágrafo 873, con el que dicho capítulo comienza. El B. G. B., solamente después de estimar conseguida la exactitud registral, como norma general, por la inscripción constitutiva, el acuerdo real, etc., se atreve a establecer las presunciones de exactitud (parágrafos 891 y 892): una, *erga omnes*, pero *juris tantum*; la otra (fe pública), *juris et de jure*, pero en ámbito reducido al subadquirente, que desconoce la inexactitud registral.

Pero el error más importante fue el de estimar intercambiables los principios de inoponibilidad y fe pública, cuando en realidad contemplan y encaran problemas jurídicos distintos. Los que, hasta cierto punto, son intercambiables, y a ellos debió reducirse la opción, son los de inoponibilidad e inscripción constitutiva, en cuanto ambos no son sino dos matices de la sustitución de la tradición real por la inscripción registral dentro del tópico del título y modo, uno más rígido y de tono sustantivo (inscripción constitutiva), otro más elástico y de tono procesal (inoponibilidad de títulos, enervación de acciones). Nuestra doctrina rechazó ambas soluciones y cualquier otra que viniese a solucionar el problema básico de la publicidad y los efectos *erga omnes* del derecho real en base al Registro, y creyó ingenuamente que bastaba con introducir el principio de fe pública registral.

Nuestra tesis consiste en lo siguiente: Si ampliamos la visión comparatista y damos prevalencia al problema sobre el sistema, nos percatamos en seguida de que si rechazamos la inscripción constitutiva (por claudicar ante la propiedad no registrada, por considerarla excesiva *inter partes*, etcétera) y, al propio tiempo, rechazamos el puro principio de inoponibilidad, por su automatismo (protege al tercero aun sin buena fe) y por sus débiles efectos (no implica presunción de exactitud), nos encontramos con un sistema, igualmente lejano de las legislaciones germánicas que de las latinas, en que el principio de fe pública registral, en solitario y, además, minado por el requisito de onerosidad del tercero, no pasa de ser una colosal carpa de circo, bajo la cual vive su vida el puro régimen de clandestinidad inmobiliaria.

Aún más, el principio germánico de presunción *juris et de jure*, de exactitud registral en favor del subadquirente de buena fe, actuando aislado, en solitario, rodeado de normas, interpretaciones doctrinales y doctrinas jurisprudenciales que invitan al documento privado y a la no registración, puede degenerar en injusto tan pronto como la exactitud registral sea la excepción y no la regla (el Registro como burladero). No hace falta mucha perspicacia para advertir cómo en muchas resoluciones judiciales

y en alguna no judicial se hubo de tergiversar el artículo 34 de la ley en aras del fallo justo.

6. Por ello pretendemos restaurar las líneas originarias del principio latino de inoponibilidad consagrado por la ley de 1861 en su artículo 23 (hoy 32), interpretando éste a la vista de la doctrina y legislaciones francesas, italianas, belgas e hispanoamericanas, en tanto no hayan sido influidas por la doctrina española dominante.

Para tal restauración y, ante todo, para simplificar el laberinto polémico, del que nuestra doctrina no acierta a salir, creemos que el Derecho comparado y la realidad de los problemas ha de ser decisivo. Especialmente decisivos para centrar las polémicas en torno al tercero hipotecario.

Hace veinticinco años, DUALDE observaba que a los hipotecaristas les acontecía con el concepto de tercero como a San Agustín con el de tiempo: Si no me lo preguntan sé claramente lo que es; si me lo preguntan, descubro que lo ignoro. La situación sigue igual: el artículo 27 de la ley anterior (...se considera tercero a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato...) desapareció ahogado por la marea doctrinal, pero las discusiones continúan centradas ahora en si los artículos 32 y 34 se refieren a terceros con requisitos y atributos coincidentes o no. Conocéis, sin duda, la influencia de ROCA SASTRE en las modernas formulaciones del concepto de tercero y en la subordinación del artículo 32 al superior principio de fe pública consagrado por el 34. También os son familiares los trabajos en los que NÚÑEZ LAGOS (acaso impresionado por temores postrimeros de don JERÓNIMO de haber exagerado su comparatismo germanista) fue exhumando con eficacia los antecedentes latinos del artículo 32, alentando con su autoridad a quienes pretendían liberar a su tertero de alguno de los cuatro requisitos del tercero de la fe pública.

Pero la polémica entre ambos maestros terminó en discusión bizantina, pues ROCA perdía día a día su entusiasmo por la inscripción constitutiva *de lege ferenda*, y NÚÑEZ LAGOS era celoso defensor de un Código civil interpretado a la más medieval usanza de Bolonia y enemigo irreconciliable de cualquier prevalencia de la inscripción contra la tradición real o escrituraria. El primero quedó satisfecho con un sistema germanista sin inscripción constitutiva y sin inoponibilidad, y el segundo limita la protección del tercero del artículo 32 a las acciones confesorias e hipotecarias (contra éstas innecesaria), pero no contra reivindicatorias, aunque descansen en título no inscrito.

No es éste lugar apropiado para sacar a relucir nuestras discusiones y menos para defender mis opiniones sobre el originario sentido del artículo 1.280, 1.º, del Código civil, y 32 de la Ley Hipotecaria (606 del Código). Pero sí debo confesaros que esta cuestión de si el artículo 32 de nues-

tra Ley Hipotecaria refleja el mismo principio registral que el 34 y, por consiguiente, el tercero a que se refieren ha de ser único y con iguales requisitos, o si, por el contrario, ambos preceptos tienen distinta procedencia y finalidad y, consiguientemente, los terceros protegidos por uno y por otro deben tener los requisitos que, respectivamente, se exigen por el principio de inoponibilidad en las legislaciones latinas, y por el de fe pública registral en las germánicas, esta cuestión, decimos, es la primera y más importante de todas las que pueden clarificar y simplificar la contemplación comparatista de los principios registrales, y la que preferentemente habéis de plantearos los argentinos para desentrañar el significado último de las reformas introducidas en los artículos 2.505 y 1.051 de vuestro Código.

7. Como sabéis, las cuatro circunstancias o requisitos que nuestra doctrina dominante exige al tercero para ser protegido (igual en el artículo 32 que en el 34) son: haber adquirido de buena fe, a título oneroso, del titular según el Registro e inscrito su título adquisitivo. De estos cuatro requisitos, el último es el único que no ha originado dudas. Los otros tres son los más o menos discutidos.

- El primero que se puso en entredicho fue el requisito de haber adquirido de un titular registral, al mantener algunos que el artículo 32 protege incluso al titular registral con inscripción primera (inmatriculante). El problema no es sencillo, sólo cabe resolverlo en relación con una materia poco estudiada: los aspectos sustantivos y formales del principio de tracto sucesivo en los diversos sistemas y el sentido que realmente deba tener la norma de suspensión de efectos de la inscripción de inmatriculación (artículo 207 de nuestra ley) en el campo de la inoponibilidad y en el de la fe pública registral. En la evolución de esta norma se ve claramente el proceso de paulatina suplantación del artículo 32 (inicialmente el básico) por el artículo 34.
- El requisito de onerosidad ha dado menos que hablar a pesar de que con él nos alejamos de los sistemas alemán y suizo, incluso en el campo del artículo 34. La explicación es la antigüedad de la introducción legislativa de este requisito en ese artículo (1877). Menos explicación tiene la falta de discusión en relación con el 32 si observamos los amplísimos efectos de la inscripción de las donaciones en el Código civil francés (arts. 934 y 941) y en el Decreto de 4 de enero de 1955 (art. 30, 2) y, en general, en los sistemas de transcripción en cuanto a la inoponibilidad se refiere. Personalmente creo que privar de todo efecto respecto de tercero

a la inscripción de donación (incluso respecto de otro donatario anterior no inscrito) es dar un salto atrás de muchos siglos quitando al Registro su función históricamente inicial: la «insinuación» de donaciones.

- En relación con el requisito de buena fe, probablemente sea el trabajo de AMORÓS GUARDIOLA el alegato más completo en defensa de este requisito en el tercero del artículo 32, a pesar de ser uno de los más convencidos de la distinta procedencia de los dos preceptos de que tratamos. Asombra su alarde bibliográfico para demostrar que la protección al contratante de buena fe era el *leit motiv* de la Ley Hipotecaria de 1861 y la razón última del Registro. Pero estimo inútil su alarde bibliográfico, porque creo que para terminar negando la protección del Registro al segundo comprador que inscribe antes, siempre que triunfe la prueba libre (testifical) de su conocimiento de la primera venta, el legislador de 1861 hubiese seguido el camino más corto: archivar el Proyecto de Ley en el armario de la Comisión de Códigos y mantener la *Ley Quotiens* en los términos de los apartados 1.º y 3.º del artículo 1.473 de nuestro vigente Código civil, y de los artículos 1.153 y 1.155 del Código italiano en materia de muebles, por ejemplo.

La mala fe que preocupaba en 1861 era la del primer comprador que guarda su título para sacarlo a relucir después de la segunda venta, cuando él y su vendedor están en situación de insolvencia. A pesar de los textos exhumados por AMORÓS y de todos cuantos coloquen la confianza en la apariencia como fundamento de la Institución, la Ley de 1861, igual que todas las legislaciones que establecen el Registro para garantía del tráfico y tutela de los derechos inmobiliarios, buscaba proteger al adquirente de buena fe, pero precisamente para ello hubo de proteger al segundo adquirente que inscribe antes, prescindiendo, en concreto, de su buena o mala fe.

Con el establecimiento del Registro se quiere proteger tan plenamente al segundo comprador de buena fe, que se le protege incluso de los resultados de un litigio en el que podría prosperar una prueba amañada de su mala fe. AMORÓS, en plena vertiente sentimentalista (de la que habla LÓPEZ DE ZAVALÍA), cree que ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido, entre nosotros, que una persona quede inmune frente a derechos que conoce sólo porque sus titulares no hayan cumplido una formalidad estatal. Esta idea late en todas las críticas de la doctrina española a los sistemas de transcripción. Al fin y al cabo, nuestra doctrina jurídica se gloria de entroncarse con la corriente más eticista del derecho natural

y, concretamente, AMORÓS es fiel discípulo de nuestro gran FEDERICO DE CASTRO, cuya enemiga al requisito de la forma es conocida (en su última obra sobre el negocio jurídico, valiéndose de la causa, ha conseguido evitar un capítulo dedicado a la forma).

Creemos que si AMORÓS y la doctrina dominante española tuviesen razón, Alemania, Francia, Italia, etc., tendrían montado su Derecho inmobiliario sobre una colosal injusticia. Tanto la inscripción constitutiva del B. G. B. como los preceptos estableciendo la inoponibilidad de lo no inscrito o transcrito de las legislaciones latinas y suramericanas serían contrarios a la ética y al derecho natural. Por reducción al absurdo, la verdad jurídica (*inventio*) que buscamos tiene que ser necesariamente otra. No es posible que todas las normas jurídicas sobre formalidades de los negocios, tasa de pruebas o de excepciones, negocios abstractos, prescripción, caducidad, procedimientos sumarios, Registros, etc., se opongan a la moral. No es bueno que precipitadas e incompletas apreciaciones éticas o filosóficas impidan valorar o enjuiciar aquellas instituciones jurídicas que buscan la coordinación de la justicia y la seguridad.

Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe. La protección a éste es un efecto reflejo (no directamente querido) de la protección a ultranza del tercero de buena fe. Igual que los interdictos y la prescripción no se inventaron para proteger a los usurpadores, sino a los propietarios; igual que la prescripción extintiva no quiere proteger a los deudores que no pagaron; igual que los títulos al portador nacieron para hacer más fácil a los acreedores la negociación de sus créditos y no para dar más facilidad a los ladrones. Sería interminable la enumeración de los supuestos en que el fin justifica de tal manera los medios, que éstos se extralimitan de aquél, *casu uno*, en aras de la consecución *in genere* del fin.

Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extrarregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero.

AMORÓS añade otro argumento. Exigir la buena fe, incluso en el tercero de la doble venta, no es sino la adaptación al tráfico inmobiliario de lo que siempre ha ocurrido en el de bienes muebles. Creo, por el contrario, que si en muebles subsiste el principio de buena fe, con prueba libre y la

posesión (*traditio*) como momento clave *erga omnes* de la transmisión, es por las dificultades prácticas de pasar a un estadio más seguro y perfecto. Prueba de ello es que en cuanto determinados muebles se estiman susceptibles de registración por tener un mínimo de identificación y fijeza (naves, vehículos, etc.), se trata de sujetarlos a Registro, el régimen inmobiliario atrae hacia sí a los muebles registrados e incluso con excesivas tonalidades de *jus cogens*. Evolución inversa de la que AMORÓS pretende.

8. Comprenderéis que nuestra posición crítico-comparatista no pretende de la noche a la mañana volver del revés todas las soluciones de la doctrina y la jurisprudencia españolas, entre otras cosas, porque deben respetarse los derechos adquiridos por la abundante propiedad no inscrita, que vive confiando de buena fe en esa doctrina y esa jurisprudencia. Solamente pretendemos acercarnos al Derecho comparado sin prejuicios y contemplar nuestra ley de cara a los problemas, con la convicción de que contemplada desde estos ángulos nuestra legislación hipotecaria es el punto más fijo y fácil de coincidencia de todos los otros sistemas. El español se encuentra en un magnífico punto medio para iniciar desde él los trabajos comparativos, y partiendo de él son posibles los más ambiciosos intentos de unificación de principios, que nada tiene que ver con la unificación legislativa, porque, como ha dicho, ESSER, «una misma necesidad no obliga a derechos que sean estructuralmente distintos, a desarrollar figuras idénticas, sino solamente a establecer principios de ordenamiento similares, aplicados por medio de figuras dispares».

En la busca de estos similares principios del ordenamiento sí os aconsejo mirar con prevención la suplantación del principio de inoponibilidad por el de fe pública, que ha intentado la doctrina dominante española. Por ello, hay que meditar mucho antes de trasladar los requisitos del tercero subadquirente germánico al tercero latino de la inoponibilidad. Se trata de dos principios de muy distinta envergadura y que contemplan dos problemas diferentes. Haciendo comparatismo de principios y no de conceptos debemos colocar, por un lado, el principio de publicidad, que hace referencia al papel que la inscripción o transcripción desempeña en el fenómeno constitutivo o traslativo del dominio o derecho real y que ofrece (al menos) dos modalidades, más cercanas y parecidas de lo que nuestra doctrina, confundida por los conceptos y los textos legales, cree: la inscripción constitutiva (de formulación rígida y sustantiva), consagrada por las legislaciones germánicas, y la inoponibilidad del título no inscrito al inscrito (de formulación menos rígida y de tono procesal). Por debajo del principio de publicidad, casi con el carácter de subprincipio, debemos colocar el de presunción de exactitud, *juris et de jure*, a favor del

subadquirente registral de buena fe, con la también rígida formulación del B. G. B. (el contenido del Registro vale como exacto) o con las formulaciones más cautas, casuísticas y también de estructura procesal de las normas de las legislaciones latinas, que recortan, restringen o limitan las acciones de nulidad, anulabilidad, revocación, rescisión, etc., en unos casos, con exigencia de buena fe y, en otros, sin ella, con interferencias o no de plazos, cuando aquellas acciones se dirigen contra un subadquirente conforme al Registro y éste no reflejó la causa de la nulidad, rescisión, etc. Problema al que atiende, por ejemplo, la adición que se ha hecho en el artículo 1.051 del Código civil argentino y que supongo no dejará de plantear dudas y discusiones.

9. Colocado, en primer término, el principio de publicidad en su formulación germánica o latina, se debe pasar al comparatismo de los principios adjetivos derivados de éste. Así, la primera aplicación formal del principio de inoponibilidad es la norma de nuestra Ley Hipotecaria ordenando al Registrador que se abstenga de inscribir el título inoponible a otro ya inscrito. Me refiero al artículo 17, que casualmente es también 17 en vuestra Ley Registral 17.801.

Otra norma de gran tradición en nuestro Derecho hipotecario, y que es también consecuencia adjetiva del principio de inoponibilidad, es la del actual artículo 313 de la Ley Hipotecaria española: la prohibición a Jueces, Tribunales y Oficinas públicas de admitir el título inoponible al inscrito contradictorio. En la Ley 17.417, relativa al Registro de la Capital Federal, me parece que falta un precepto paralelo, probablemente por haberlo estimado inútil dada la norma sobre inscripción obligatoria del artículo 5. Si en algún momento se estima conveniente la introducción de nuestro precepto, no debe olvidarse que el actual 313, con las excepciones de sus preceptos concordantes, es el reflejo de un principio de inoponibilidad tambaleante y mal comprendido, que se encuentra minado por la dualidad entre propiedad inscrita y no inscrita y que falta en él la distinción entre lo real y lo personal, pues la protección de lo inscrito frente a lo no inscrito que deriva del principio de inoponibilidad ha de dejar a salvo la protección judicial contraria de los derechos personales y las acciones indemnizatorias procedentes, respecto de los cuales el título sí habrá de admitirse.

10. Nuestras objeciones a la doctrina dominante, en relación con los restantes principios hipotecarios, son de menos entidad que en este punto básico de la inoponibilidad y la fe pública registral. Sin embargo, muy brevemente haremos referencia a tres problemas que no tienen clara solu-

ción en el texto legal, con lo que se demuestra que la ley es muchas veces inservible si no conocemos o averiguamos sus principios informantes.

A) Primer problema. Se trata de saber si el tercero subadquirente, para estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tiene que haber adquirido después de estar inscrito el título de su transmitente o si, por el contrario, la previa inscripción es requisito de la inscripción, pero no de la adquisición del tercero para resultar protegido.

Vuestra legislación pretende suprimir el problema prohibiendo a los escribanos otorgar la escritura sin presentación del antetítulo inscrito (art. 47 de la Ley 17.417 y art. 23 de la Ley 17.801). En España, la Instrucción primitiva sobre redacción de instrumentos sujetos a Registro partió de esta misma idea, pero la realidad ha desembocado en una normativa muy diferente (172 a 174 del Reglamento Notarial), conforme a la cual, la previa inscripción a favor del transmitente no es requisito formal ni sustancial de la escritura, discutiéndose si esa previa inscripción es condición de la protección del tercero.

ANGEL SANZ no cree que el antetítulo tenga que estar inscrito (ni presentado en el Registro), pues cree que hay una convalidación retroactiva en el momento de la inscripción y que la inexactitud registral que debe conocer el adquirente para tener mala fe es la que puede impedir su adquisición, no la que precisamente es base de ella. Igualmente, LA-CRUZ: Incluso sabiendo el tercero que el Registro es inexacto procede de buena fe el que adquiere de quien cree titular; si sabe que es inexacto, pero ignora la clase de inexactitud de que adolece, será protegido si la inexactitud que conoció no era la que impedía su adquisición. Igual opina VALLET DE GOYTISOLO, salvo en el caso de inmatriculación, en el que sí es necesario contratar sobre un asiento registral consolidado por el transcurso de los dos años del artículo 207 de la ley.

En definitiva, estas opiniones son conformes con la interpretación, al parecer, pacífica en la doctrina alemana del parágrafo 892 del B. G. B., sin que sea obstáculo su conocido texto (el contenido del Registro vale como exacto para el que adquiere un derecho por negocio jurídico...). Lo demuestra el análisis que ENNECCERUS-WOLFF hacen de los requisitos que ha de reunir el subadquirente para ser protegido por dicho parágrafo.

Pero ROCA SASTRE, que confiesa que en un principio fue seducido por la solución de VALLET, cambió de opinión, fuertemente impresionado por el caso que hubo de resolver la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962, y con su merecida autoridad ha influido peligrosamente en la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo quiso impedir (con razón) que perdieran la finca de su padre (gravada, además, con fideicomiso *cum liberis*) dos hijos legítimos, que fueron intencionalmente prete-

ridos por el testamento, en el que su padre instituye heredera a una falsa esposa, que luego vende a tercero. Para dar sentencia justa se enturbó el principio de protección al tercero de buena fe, ajustándose excesivamente al aparente texto del artículo 34, y una circunstancia tan indiferente como la de que la documentación sucesoria se presentase en el Registro antes o después de la escritura de venta fue considerada decisiva. Acaso el camino era forzar la interpretación del artículo 28, que suspende temporalmente la fe pública registral en beneficio del heredero forzoso real, en el que la última reforma ha introducido un cambio en el momento inicial del tiempo de suspensión, un tanto impremeditada, en opinión del mismo ROCA.

En resumen, creo que en tanto no exista y se cumpla en la realidad vivida una norma como la del artículo 47 de la Ley 17.417 argentina, no es conveniente confundir el problema del momento en que ha de gozarse de la buena fe y de la *mala fide superveniens*, con el juego normal de la protección registral al tercero de buena fe. El tercero subadquirente tiene derecho a confiar en el contenido del Registro, aunque conozca la momentánea inexactitud derivada de la falta de inscripción del título intermedio; es excesivo, sólo por esto, negarle protección contra otra inexactitud distinta de la única que conocía y estimó con razón inocua.

B) El principio de tracto sucesivo es uno de los menos discutidos por la doctrina española. Observamos en este punto un comparatismo mínimo, posiblemente por no apreciarse suficientemente las analogías y diferencias entre el principio formal de inscripción previa del perjudicado de la Ordenanza alemana y el principio de continuidad de la transcripción italiana (art. 2.650 del Código) y del efecto relativo francés (artículo 32 del Decreto de 14 de octubre de 1955).

Supongamos una escritura de venta presentada a Registro. El vendedor es, efectivamente, titular registral; pero su antetítulo, reseñado en la escritura es distinto y posterior al que causó el asiento vigente. Nunca me convencieron los argumentos en favor de inscribir la venta en este caso, y menos que ninguno el de que esto resulta claramente del artículo 20 de nuestra Ley Hipotecaria. Este exige que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue; pero en nuestro caso, ¿tiene inscrito el derecho que por segunda vez transmite, u otro distinto, aunque de igual objeto y contenido, que el que tuvo y perdió? Los actos de enajenación y readquisición que no llegaron al Registro, ¿han de estimarse inoperantes a efectos del mismo? ¿Hay tracto sucesivo de titularés o tracto sucesivo de títulos o actos?

Nuestra doctrina discute si el Registro español es un Registro de títulos o de derechos, en muchos sentidos, y llega a afirmarse que es un

Registro de derechos, como el alemán (cuando esto es tan dudoso siempre que actúa aislado el consentimiento formal); pero la discusión no la hemos visto reflejarse en este problema expuesto, básico para la formulación del principio de tracto.

La Ordenanza alemana no pone obstáculo a la inscripción en nuestro caso, no tanto por el juego loco del consentimiento formal cuanto porque la inscripción constitutiva hace que las transmisiones no inscritas no han restado el dominio al titular registral en ningún aspecto. El texto literal de vuestro artículo 37 (Ley 17.417) parece más próximo a la Ordenanza alemana que al principio de tracto latino (transcripción del *acto* anterior de adquisición), al referirse a personas y titulares (no derechos ni actos). Esta solución acaso coordine bien con la inscripción obligatoria del artículo 5. Pero debe meditar sobre el particular y profundizar más sobre el tracto sucesivo, superando nuestra doctrina, apurando el comparatismo de principios también aquí y percatándose de que el texto legal resulta muchas veces ambiguo ante el problema.

C) Otra materia donde el estudio comparado de todas las legislaciones puede ofrecer insospechadas consecuencias es la referente a la calificación registral. En ella, los españoles tendrán mucho que decir y enseñar, porque, a mi juicio, la calificación en el sistema español vigente es la más completa y exigente del mundo; abarca, como dijo don JERÓNIMO, lo divino y lo humano, y viene a ser tanto la grandeza como la servidumbre del Registrador español.

Parece seguro que la Ley Hipotecaria de 1861 ya pretendió establecer una calificación más rigurosa que la normal en los sistemas de transcripción, pero también es cierto que posteriormente la rigurosidad se ha acentuado. Pero como no quiero extenderme más y, por otra parte, habrá muchas ponencias serias (no como ésta) sobre la materia, sólo haré dos consideraciones finales:

- Aceptar a beneficio de inventario la afirmación corriente en los autores españoles de que el principio de legalidad preside con todo rigor los sistemas germánicos. La verdad es que el «pesado *Legalitätsprinzip*», vigente en el Derecho prusiano antes de 1872, fue suprimido por virtud de la introducción del acuerdo abstracto de las partes librado de todo el aparato de la *causa precedens*. La calificación se reduce al *Einigung* e incluso al mero consentimiento formal. La rapidez en el despacho de documentos en el Registro vino así a influir nada menos que en la estructura del negocio jurídico inmobiliario del B. G. B. Tanto en la transmisión de dominio (*Aufflassung*) como en la constitución, etc., de derechos

reales, la calificación se limita al acuerdo abstracto, y en estos últimos incluso puede limitarse al consentimiento formal.

Las legislaciones latinas tendieron a la agilización del tráfico por caminos diferentes considerados desde el punto de vista de la normativa conceptual, pero que, en definitiva, confluyen desde el punto de vista práctico y realista. La nota y el *bordereaux* vienen a implicar cierta abstracción de lo real contenido en el título (obligatorio-real), y la prohibición de entrar en la calificación de la validez de fondo de estas legislaciones acaso no esté tan lejos como parece del escamoteo del *Causalgeschäft* al Registrador, que consumó el B. G. B. (y la Ordenanza).

- El segundo consejo es el de no consideraros satisfechos con las normas de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 17.417. En la interna contradicción entre el artículo 10 (calificación limitada a las formas extrínsecas, 11-a) (rechazo del título nulo) y 12-a) (subsana la invalidez formal y, *a sensu contrario*, insubsana la invalidez material) tenéis una normativa legal suficientemente elástica para ir admitiendo todos los rigorismos de calificación de cuya conveniencia sea capaz de convencer a la doctrina española y, a la vez, todos los temperamentos y dulcificaciones de esta dureza que las realidades prácticas aconsejen y que recorten de una u otra manera la calificación registral tipificando los derechos reales y sus cláusulas estructurales. Por este camino es por el que hay que buscar la coordinación de la calificación de la validez de contenido con la rapidez del despacho de documentos.

Como resumen de esta exposición podemos sentar las siguientes:

CONCLUSIONES

- 1.^a El sistema inmobiliario registral español, por estar situado en una posición intermedia entre los sistemas germánicos y latinos en la mayor parte de los principios básicos, puede ser el mejor punto de partida para los estudios comparatistas, que permitan llegar a una coincidencia y unificación de principios de ordenamiento, cosa distinta de la uniformidad legislativa.
- 2.^a A tal fin, la doctrina hipotecaria (registral inmobiliaria) española, a pesar de su elevado nivel, está necesitada de afrontar su confrontación con las nuevas orientaciones jurídicas, que tienden a colocar los principios por encima de la ley, el pensamiento

aporético o problemático sobre el sistemático y hacen del comparatismo el instrumento básico de la evolución jurídica.

- 3.^a La primera consecuencia de esta confrontación debe ser una actualización de la esencia y naturaleza de los principios hipotecarios y, sobre todo, una nueva ordenación de los mismos que resulte más fecunda y apropiada para la perspectiva comparatista del Derecho registral español.
- 4.^a Para esta nueva ordenación debe comenzarse reconociendo el paralelismo y la proximidad del principio de inscripción constitutiva germánico con el latino de inoponibilidad, por cuanto ambos se enfrentan con el problema del «momento» de publicidad en la dinámica del derecho real. Este problema tiene necesariamente que ser resuelto por la decidida (pero meditada) sustitución de la publicidad de hecho (posesoria) por la registral.
- 5.^a Solamente después de perfilado el principio de inoponibilidad como alternativa respecto de la inscripción constitutiva, y sus principios auxiliares de carácter adjetivo (prioridad formal, inscripción obligatoria, rechazo del título no registrado, etc.), debe entrarse en el principio de fe pública (presunción *juris et de jure* de exactitud registral) reconociendo que se encara con el importante problema de la protección del adquirente de buena fe (confianza en la apariencia registral), que sólo puede plantearse correctamente después de resuelto el relativo al «momento» de publicidad (efectos *inter partes* y *erga omnes* del derecho real antes y después de la inscripción).
- 6.^a Aquella confrontación con las modernas tendencias jurídicas y un comparatismo de alto nivel permitirán resolver muchos problemas que el texto legal por sí solo no puede. Por ejemplo:
 - Si para la protección del tercero por el artículo 34 debe haber adquirido después de inscrito el antetítulo.
 - Si el artículo 20 impone tracto sucesivo de actos o de titulares.
 - El ámbito verdadero de la calificación registral y el deslinde de lo subsanable y lo insubsanable.

TIRSO CARRETERO GARCÍA

Registrador de la Propiedad (España, 1972)