

Dos textos de interés en defensa de la función del Registrador *

Por **Gabriel de Reina Tartière** **

I. La revivida «hipoteca judicial». II. Un enfoque reciente sobre el que re-flexionar.

I. La revivida «hipoteca judicial»

Bien sabido es que la convencionalidad, principio afirmado para los derechos reales de garantía, excluye tanto las hipotecas tácitas o legales como las judiciales. Del artículo 3115 CC surge en este sentido que los jueces no podrán ordenar una hipoteca que no traiga causa del previo consenso entre las partes, siquiera propiciado por un documento privado que, al estilo de lo que ocurre con el boleto de compraventa, fundamente el oportuno compromiso de constitución (promesa de garantía) ¹.

Al ser esta, por tanto, la disciplina básica vigente, el artículo 3128 CC, de conformidad con la interpretación que de él ha venido sosteniendo un reconocido sector de nuestra civilística ², parecería dejar un cierto margen para

* Especial para *Revista del Notariado*.

** Doctor por la Universidad de Oviedo. Profesor de Derecho Civil con dedicación especial en la Universidad Católica Argentina.

(1) Siempre, claro está, que en ese instrumento particular se hayan detallado las pautas elementales que determinen la futura hipoteca, sin que el Juez pueda suplantar a las partes en la fijación de su específico contenido.

(2) Cfr. Machado, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, VIII, Buenos Aires, Lajouane, 1898, p. 58; Lafaille, *Tratado de los derechos reales*, III, Buenos Aires, EDIAR, 1945,

que la hipoteca pudiera constituirse en sede judicial, al establecer que, aparte de la escritura pública, otros documentos caben al efecto, con tal que “sirvan de títulos al dominio o derecho real” que sea, estén expedidos por autoridad competente y de suyo hagan fe. Así, por ejemplo, cuando en un remate judicial se dieran facilidades de pago, el órgano judicial podría autorizar la hipoteca en seguridad del saldo aplazado.

En el tema, con todo, se muestra más adecuada la opinión que, partiendo del desarrollo que Vélez realiza de su dicción en la nota al último artículo citado, en cuanto a esa categoría de documentos alternativos que al final servirían de títulos al dominio o cualesquiera otros derechos reales pertenecería todo documento auténtico expedido por el Gobierno, o a nombre del Gobierno, recuerda que la hipótesis dejó de aplicarse tan pronto se promulgara, en 1913, la ley 9078, reglamentaria de las funciones de la Escribanía General de Gobierno, y ante cuyo titular han de extenderse los títulos que otrora venían autorizándose por virtud de meras resoluciones administrativas³. La excesiva onerosidad de la intervención del escribano, difícilmente compatible con los pilares genéticos de la fe pública notarial, no podría actuar, pues, como único y sólido argumento, sin previsión habilitante alguna que contradijera el sentir del artículo 1184 CC, norma que si en su proemio exceptúa de escrituración las operaciones celebradas en subasta pública, lo hace en lógica y exclusiva atención a la transferencia de dominio que de ellas indefectiblemente resulta.

Es en este contexto donde se localiza un caso de última y gran repercusión en el foro⁴. Me refiero al de la escritura hipotecaria ordenada por el Juzgado Nacional en lo Penal Tributario n° 1 de Capital, en un incidente de exención de prisión relativo a una causa por evasión tributaria, que terminara con la concesión de la medida bajo caución real a costa del imputado. El prescindir de la correspondiente intervención notarial hubo de fundarse –cómo no– en la celeridad y economía con que se pretendía cumplir con el trámite. Pues bien, sin perjuicio de la fundada reticencia que hubo de merecerle, acreditada pertinentemente en la observación inicial del documento, el Registro de la Propiedad Inmueble se vio, no obstante, obligado a hacer mención de la hipoteca en el respectivo folio, ante la insistencia del Juez «bajo apercibimiento». Habiendo obtenido oportuna autorización de su parte, me permito transcribir aquí la

p. 100, n. 191; Highton en Bueres (Dir.) y Highton (Coor.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pp. 1281 y ss.

(3) Cfr. Correa Largaía, «La constitución de hipoteca en sede judicial. Aplicación del artículo 3128 CC. Una proposición desacertada», en *Revista del Notariado* n° 790 (1983), pp. 1015 y ss. En su estudio, el autor contesta a la sugerencia que hiciera Roitman, sobre la conveniencia de garantizar con gravámenes reales a constituir por el juez del concurso, el cumplimiento de los acuerdos preventivos y resolutorios que se aprobaran, de la que se habrían privado hasta entonces los acreedores por los elevados honorarios notariales consecuentes (cfr. «La garantía real del acuerdo y su instrumentación», en *LL* 1982-D, pp. 1080 y ss.).

(4) Cfr. Cerávolo, Dárdano *et al.*, «Hipotecas constituidas en sede judicial», en *Revista del Notariado* n° 881 (2005); pp. 35 y ss.; Casabé, «Calificación registral en las hipotecas constituidas en sede judicial», en *Revista del Notariado* n° 882 (2005), pp. 115 y ss., y en *Revista Notarial* n° 951 (2005), pp. 421 y ss.

nota (D. G. n° 54/05, de 18 de marzo de 2005) que el Sr. Director del Registro dirigiera a su superior jerárquico —hoy Subsecretaría de Asuntos Registrales—, dando noticia de los antecedentes y solicitando posición al respecto.

Nota D. G. N° 54/05, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal

Buenos Aires, marzo 18 de 2005

SEÑORA SECRETARIA:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. para solicitar por su intermedio la intervención de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y asimismo del Sr. Procurador General de la Nación —atento la importancia y trascendencia técnico jurídico y política de la cuestión suscitada—, y para que se sirvan emitir opinión, en relación a la “calificación registral” efectuada por nuestra parte respecto de los documentos que paso a enumerar, y el tratamiento registral que hemos resuelto darles, únicamente por mediar mandato judicial, sin perjuicio de la ratificación que formulamos, del criterio sustentado en la especie desde hace ya más de una centuria, sobre la interpretación y alcances del plexo normativo que mencionaremos, **en relación al documento que corresponde para que sea registrable (cfr. ley 17.801) el acto constitutivo de “derecho real de hipoteca”**, y que por tanto resultaría que el mandato recibido no se ajusta a derecho.

La cuestión que se eleva se produjo con motivo de la calificación de los documentos ingresados para su registro bajo los n°... todos estos del 15/03/2005 y el n°... del 16/03/2005 (oficio judicial proveniente del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario n° 1 de Capital Federal, librados en el marco de la causa n°... caratulada “... s/ EVASIÓN TRIBUTARIA AGRAVADA (y en los respectivos incidentes de exención de prisión de cada uno de los imputados), mediante el cual se ordena **la inscripción del gravamen hipotecario instrumentado en la denominada “escritura pública” —en cada caso— autorizada por la Actuaría y cuyo primer testimonio expide la misma para su toma de razón que para mejor proveer adjuntamos en copias al presente.**

Nuestra competencia y labor está fijada por la ley 17.801, y las normas de fondo aplicables (de ordinario el Código Civil y las leyes especiales respectivas), por cuanto son ellas las que rigen el desenvolvimiento de los derechos reales en los que sabemos está comprometido seriamente el “orden público” (art. 2502 y doctr. CC). Es por ello que nuestro actuar —como el de todo funcionario público— está validado únicamente si se enmarca en lo que establece expresamente la ley.

Por ello es firme y sabido que estamos regidos en esa labor (inscripción

y publicidad de los derechos reales) por diversos principios expresamente instituidos en la ley, sobresaliendo el principio de legalidad el cual exige (entre otros aspectos que veremos) que haya coincidencia entre los documentos a registrar y las leyes que los regulan, **no sólo en cuanto a su forma sino también en cuanto a los presupuestos de validez de las titulaciones o derechos reales en ellos contenidos como “materia registrable” y en tanto resulten de los propios documentos.** Dicho en otros términos, debe tratarse de documentos legítimamente conformados en cuanto a su forma y en cuanto a su contenido. En nuestro ordenamiento registral el principio de legalidad está contenido (entre otros) en el artículo 8 de la ley 17.801.

Previamente el artículo 2 de la ley 17.801 enumera los documentos que pueden registrarse (documento notarial, judicial o administrativo según legalmente corresponda) y el artículo 3 exige **los requisitos que esos documentos deben contener para que puedan registrarse;** así dice textualmente: “para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) **Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda;** b) **Tener las formalidades establecidas por las leyes** y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo; c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, **sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable...**”.

Lo subrayado va anticipando los aspectos fuera del marco legal que presentan las “escrituras judiciales traídas” a inscribir por mandato judicial expreso.

Estimamos que no están constituidas las hipotecas por la escritura notarial según legalmente corresponde, por tanto no tienen la formalidad establecida por la ley, y finalmente, no pueden servir de “título al derecho real de hipoteca”. Según la ley, esos documentos están sujetos a rechazo por ser de “nulidad absoluta y manifiesta” (art. 9 inc. a) ley 17.801) como “documentos constitutivos de hipoteca”.

Como apuntamos la ley exige determinadas condiciones de forma a las que la “relación hipotecaria” debe someterse para que “nazca el derecho real de hipoteca”, bajo pena de caer en nulidad, el “contrato hipotecario” y “derecho real consecuente” (art. 3148 y doctr. CC). Como vimos la ley que nos impone el deber de “calificación registral” de los documentos que se deben inscribir, nos impone observar en esos documentos los recaudos y extremos que la misma ley indica, y transcribimos.

Por tal motivo no hemos podido encontrar en las normas que establece el Código Civil en materia hipotecaria, ninguna referencia expresa que diga que el Secretario de un Juzgado pueda autorizar escrituras públicas constitutivas de hipoteca (como corresponde a toda norma que asigna “competencia formal” a un funcionario), ninguna norma que –repetimos– expresamente indique que los Secretarios del fuero Penal (o de cualquier otro)

sean “autoridad competente para darlos”. Es decir que puedan redactar y autorizar “escrituras públicas” constitutivas del derecho real de hipoteca.

Y no se diga que así es porque en la época de la colonia así fue, porque de algún modo el mismo texto del artículo 3128 RECLAMA QUE LA LEY EN FORMA EXPRESA indique –si no es un notario– quién es el funcionario o “... autoridad competente para darlos...” (sic). Y porque así resulta de la posterior sanción de la ley 17.711 (ref. arts. 2505 y cds.) y de la ley 17.801, y de las respectivas leyes locales de “competencia” para los notarios, sin que tampoco de los RESPECTIVOS CÓDIGOS PROCESALES dictados después de la sanción del Código Civil previeran expresamente la cuestión. Tampoco, a su turno, los respectivos Reglamentos de la Justicia dictados por las Superintendencias respectivas, en homenaje a la independencia del Poder Judicial.

Encontramos, pues, una valla infranqueable, pues debemos previa y subrayadamente indicar que la hipoteca –como reza el artículo 3128 CC– **sólo se constituye por escritura pública** (sic). Y cuando allí se alude a “documentos que sirviendo de título al dominio derecho real –agrega– expedidos por autoridad competente para darlos...” y por tanto nos está diciendo que quien hace esas escrituras TIENE QUE TENER UNA COMPETENCIA FIJADA POR LEY EXPRESA.

Es regla conocida –y admitida hace más de una centuria– que la COMPETENCIA (como toda regulación del actuar de un funcionario público) para llevar a cabo actos de “autorización de escrituras públicas”, luego de la sanción del Código Civil solamente la tienen los escribanos SEGÚN LA LEY que en cada jurisdicción se ha dictado al efecto.

Es sabido además que esta regla, es la inversa de la denominada “capacidad civil” (y “validez del acto”) en esta materia, todo acto en caso de duda o falta de prohibición está permitido (art. 19 CN y doctr., arts. 1037/8 y doctr. CC). Y por el contrario, en los casos que nos ocupan, la competencia de un funcionario público sólo EXISTE cuando el TEXTO de la ley lo establece. O sea no hay analogía o inferencia. Así y únicamente así sus actos son válidos y legales, la actuación del funcionario es válida si cumple con lo que la ley le manda. Repetimos si hay una norma expresa que lo indique. Hemos revisado el Código Civil, el Reglamento para la Justicia Nacional (Ac. 17-12-52; CSJN) el Reglamento para los Tribunales en lo Penal Económico y en lo Penal Tributario de la Capital Federal dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal (año 2004), el Código Procesal Penal de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal, y **no hemos podido encontrar ninguna norma expresa que contemple esta “atribución legal de competencia en la redacción y autorización de este tipo de escrituras constitutiva de hipoteca a los Señores Secretarios”**.

De modo que es claro que con posterioridad al dictado del Código Civil que ya vimos dejó abierta la posibilidad que el LEGISLADOR diera otra competencia además de la que establece el mismo Código cuando dice

en el artículo 997: las escrituras públicas sólo pueden ser autorizadas por escribanos públicos o por “otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones...” (sic). Debe pues existir una norma expresa que indique que tal o cual funcionario PUEDE LLEVAR A CABO el acto escriturario constitutivo de hipoteca. En este tema no existe la analogía.

Y esa norma no existe. Corrobora nuestra tesis el texto del artículo 977 del Código Civil cuando reza: **“cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente”**.

Decimos así por cuanto no se nos escapa que toda actuación judicial en el respectivo expediente es “instrumento público”. Pero no es la especie “escritura pública” requerida especialmente (cfr. arts. 979 inc. 1º y 4º; 997, 1184 y cds. CC).

En nuestro apoyo el texto del artículo del mismo Código Civil nos dice: **“los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor**, si la ley no designa otro efecto en caso de contravención”.

Por su parte al tiempo de efectuar la “calificación del documento” traído, sumado a las observaciones precedentes, resulta del mismo que es esencial en materia de “constitución de hipoteca” (para ser derecho real de esa estirpe), el acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor y el otorgamiento de escritura pública (arts. 3115 y 3128 cit.). A su vez en cuanto al juego de ambos requisitos podemos señalar que el mismo Código señala en el artículo 3131: **“el acto constitutivo de hipoteca debe contener: el nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominación legal, y el lugar de su establecimiento...”**. Y no encontramos que el “acreedor” pueda ser el juzgado como se consigna ya que no es “sujeto de derecho” (cfr. arts. 31, 32, 33 y cds. CC) ya que a todo evento “nuestra legislación ha admitido solamente la hipoteca convencional” desechando las legales y judiciales, y no es claro que “sujeto acreedor” pueda ser quien no es sujeto de derecho.

Concordantemente con ello el artículo 3115 CC dispone que **“no hay otra hipoteca que la convencional** constituida por el deudor de una obligación...”, y **de acuerdo al comentario que VÉLEZ hace a la nota a dicho artículo el Código ha eliminado las hipotecas legales, las tácitas y las judiciales**, sin que pueda admitirse que sea hipoteca judicial la garantía del artículo 2000 de nuestro Código que autoriza a reemplazar la fianza personal de tipo judicial por una garantía hipotecaria que será siempre convencional (*vid.* SALVAT, R., *Derechos Reales*, tº 4, nº 2189).

El requisito “sustancial” de forma para la constitución de la hipoteca es que ella debe ser elevada a escritura pública, y el Código contiene disposiciones que regulan la realización de dicho acto en los ya citados artículos 3128 y 3131 CC. Por su parte en la nota al citado artículo 3128, VÉLEZ manifiesta: “decimos los documentos que **sirven de título al dominio**, etc. y a esa clase pertenecen entre otros la concesión de los caminos de hierro

y todo documento auténtico expedido por el Gobierno y a nombre del Gobierno que transmitan derechos reales” (o sea funcionarios que puedan transmitir el dominio, y no parece que el Secretario esté incluido en la especie).

A su turno la ley es estricta al sancionar con pena de nulidad las transgresiones a los requisitos que tanto de fondo como de forma ha establecido para la “especie hipotecaria” (cfr. art. 3148 CC), así como también al incumplimiento de los otros requisitos que el Código Civil exige para toda clase de escritura pública bajo pena de nulidad (cfr. arts. 976 y 977 y doctr. CC).

Con el mismo punto de vista e interpretación señalo que si bien nuestro Código Civil hace referencia en el artículo 997 que las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por Escribanos Públicos u otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones (no pudiendo inferirse de ello que el Actuario dentro de su competencia judicial pueda extender escrituras públicas). La interpretación no admite la “analogía”, la permisión debe provenir de la ley (cfr. art. 979 inc. 1° y 2° y ccds. CC). Y debido a ello vimos que ninguna Ley, Reglamento para la Justicia o Acordada, establecen que el Actuario pueda extender escrituras públicas constitutivas de hipotecas. Es más, el artículo 980 del citado cuerpo legal prescribe: **“para la validez del acto como instrumento público es necesario que el Oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza el acto...”**

Frente al caso planteado y la existencia de una orden judicial, dejando a salvo lo expuesto (la “imperatividad del mandato” y su “finalidad”) debemos no obstante subrayar que la inscripción “registral” (a la que servimos) solamente constituye un requisito de oponibilidad respecto de terceros, ya que el artículo 2° de la ley 17.801 ordena la inscripción de los documentos para su publicidad, oponibilidad a terceros, y demás previsiones de la ley, y el artículo 2505 dispone por su parte que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas, coincidiendo con el artículo 3135 CC que prescribe que la constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto, de ello se desprende que la inscripción no constituye más que una medida de publicidad, en seguridad del tráfico jurídico.

Dicho en otras palabras, **el derecho real nace extra-registralmente** desde que se hubieren cumplidos los requisitos de título y modo (excepto para la hipoteca que sólo se requiere “escritura pública”) no constituyendo la inscripción registral una condición para el nacimiento y la existencia del derecho real.

Pero ello no admite claudicaciones en calificar el deber de forma, que en la materia precisamente es el marco esencial de “garantías” de “certeza” que el sistema brinda a los terceros.

¿Qué seguridad de lo contrario puede brindar la publicidad registral de un derecho real que en forma manifiesta no puede ser “ejercido” ya que de

pretenderse su ejecución, se encontrará sin dudas con una “excepción de inhabilidad de títulos” (art. 544 inc. 4º y doctr. CPCCN)?

¿Puede el registrador cerrar sus ojos ante la forma de cualquier documento que se le presente a inscribir?

Por ello cuando el documento llega al Registro, debe ser suficiente para (*erga omnes*) ser un “derecho real de hipoteca”. Por el carácter “declarativo” y no “constitutivo” de este Registro, vimos también que la inscripción además no tiene carácter convalidante. Así lo indica la ley cuando dice que la inscripción “no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes” (art. 4º de la ley 17.801). Pero también vimos que es nuestro deber legal velar por la “seguridad del tráfico documental” que se “apoya” en el Registro.

Examinados desde esta óptica los mencionados documentos a la luz de los principios ya reseñados, encontramos que los mismos no se encuentran conformados según lo establecido en la ley de fondo, y en las de forma, en evidente violación a dicha normativa, **y solamente por tratarse de orden judicial, teniendo presente el fin perseguido por la misma**, es que se dispone dar curso a su inscripción con las salvedades y observaciones apuntadas, en salvaguarda del deber de legalidad en nuestra labor haciendo saber lo expuesto a la Superioridad en la forma indicada ya que, sin perjuicio de la toma de razón de los documentos mencionados se pide intervención a nuestro Superior de la forma indicada.

Y también se pone en conocimiento de la Superintendencia respecto del fuero del que provienen los mandatos aludidos (Superintendencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico), mediante nota de estilo con copia de la documental citada y del presente.

Por lo expuesto, antes de elevar y comunicar como se ha expuesto, tome intervención el Departamento de Inscripciones Reales y Publicidad para que se provea el asiento de los documentos indicados en el dominio de cada caso, como **“hipoteca judicial” que, se las inscribe por estar dispuesta por mandato del Juzgado y autos correspondiente a cada caso, indicando causa, Juzgado, autos, documento presentado, fecha y número de ingreso, monto del gravamen (art. 4º ley 17.801), y en los términos dispuestos en el expte. sec. nº...**

Sin otro particular saludo a la señora Secretaria muy atentamente.

Fdo. RUIZ DE ERENCHUN

II. Un enfoque reciente sobre el que reflexionar

Germán Gallego del Campo, licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, es actual Registrador de la Propiedad de Lugo. Recordando en algún punto el estilo eximio y superador que imprimió a sus escritos Jesús López Medel, ha venido publicando en la prestigiosa *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* interesantes artículos, tales como «Ideología y progresismo en la legislación

hipotecaria del XIX» (nº 574, 1986, pp. 621 y ss.), «Capitalismo, burguesía y Código Civil» (nº 598, 1990, pp. 1135 y ss.) o «Derecho y Ciencia» (nº 639, 1997, pp. 501 y ss.). Sin embargo, su aporte fundamental está constituido por el libro *Operadores jurídicos: el Registrador de la Propiedad Español*, fruto de la tesis doctoral que leyó en la Universidad de Oviedo, bajo la dirección del profesor Durán Rivacoba, y que obtuvo la máxima calificación. El libro ha sido editado por el Centro de Estudios Registrales en el año 2005 (Madrid, 594 páginas).

Principalmente, el autor propone, haciendo uso de otras ramas del saber científico —económicas y sociales—, una visión sistémica, totalizadora y dinámica del Registro. “De acuerdo con ella, el Registro debe concebirse como un todo organizado y unitario, articulado por diferentes subsistemas y delimitado por fronteras reconocibles que lo separan del suprasistema ambiental. La organización registral establece con el medio externo relaciones de intercambio y comunicación, y mantiene vínculos de interdependencia e interacción entre sus diferentes componentes: el subsistema de valores y los subsistemas técnico, estructural, psicosocial y administrativo” (ob. cit., p. 518).

Sobre la función calificadora, específicamente, destaca su vertiente profesional y creadora, con las siguientes palabras, desde luego, de enorme utilidad para el asunto que motiva estas líneas:

“... todo funcionario público debe aplicar la ley. Lo que se cuestiona de las burocracias es su peculiar modo de hacerlo: formalismo, mínimo legal, rigidez incompatible con la dinámica social, actitud estereotipada incapaz de adaptarse a las singularidades de los problemas individuales.

“Nieto (cfr. *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 182) denuncia los devastadores efectos del ritualismo administrativo y señala la irracionalidad que introduce en el proceso de toma de decisiones: ‘lo que no está previsto, no puede hacerse; y lo previsto, ha de hacerse de acuerdo con condiciones abstractas predeterminadas. Las circunstancias del caso concreto no son tomadas en cuenta. La actuación administrativa se rigidifica y se convierte en algo automático sin capacidad de razonamiento’.

“El Registro se desenvuelve en la fase no contenciosa del Derecho, en el mundo de la autonomía de la voluntad y la libertad de la contratación, donde las partes, dentro de los límites legales, pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente [...] Un mundo que demanda soluciones jurídicas y que carece, en muchas ocasiones de precedentes. Someter esta realidad variable, multiforme y libre a un escrutinio burocrático hubiera resultado demoledor. La realidad privada en la que se mueve el Registro no sería juzgada desde su propio mundo sino que se desarraigaría y extrañaría, al ser considerada desde una perspectiva estatista: la calificación se tornaría defensiva, buscando en la aplicación puntillosa de reglas abstractas e impersonales, la elusión de todo compromiso; la fluidez y agilidad del tráfico inmobiliario dejarían de ser un objetivo esencial de la organización, porque en las burocracias ‘lo único importante

es que giren con estruendo y precisión los molinos administrativos, aunque no salga harina de sus piedras' (Nieto, ob. y lug. cit.); la rigidez procedimental obstaculizaría el razonamiento flexible y creativo que requieren las necesidades del tráfico; los problemas se convertirían en expedientes y la percepción formal y reglamentista de las cosas impediría la complejidad y las particularidades de los intereses en juego.

“El mundo en el que tiene que desenvolverse el Registro es incompatible con una actitud burocrática. Precisa de una actuación *profesional*. Muchas de las cuestiones suscitadas en la calificación deben percibirse desde la perspectiva del jurista y valorarse como problemas legales a los que debe encontrarse una respuesta adecuada que se ajuste a las demandas sociales. En el sistema español, el proceso calificador discurre por una doble vía, crítica y constructiva: el registrador, en el ejercicio de sus funciones, habrá de denegar la inscripción de los actos y contratos que no se adapten a la legalidad, pero debe, a la vez, encontrar o diseñar soluciones que, superando los defectos observados, ofrezcan una salida practicable a los intereses en presencia. El registrador no es únicamente un *gatekeeper*, un guardabarreras, sino también un *traffic organizer*: podrá detener el vehículo del negocio jurídico ante una dirección prohibida, pero deberá brindar también vías alternativas para que pueda llegar a su destino. En el razonamiento registral, en el proceso lógico de calificación, se unen, de modo indisoluble el pensamiento crítico y el pensamiento creativo.

“La calificación registral ejercida desde el *ethos profesional* queda asociada a la resolución de problemas. Cuando el registrador califica, se mueve mentalmente en direcciones posibles y plurales, en la línea productiva del pensamiento divergente, en la búsqueda de esquemas discursivos dotados de utilidad y eficacia. El Registro no se apoya en un sistema jurídico completo y autoabastecido sino que se sabe inmerso en un ordenamiento dinámico que obliga muchas veces a buscar, reelaborar y añadir nuevo contenido a las normas. La función calificadora y la decisión registral imponen una labor inventiva en la obtención de las premisas y en el manejo de las reglas de inferencia, exige interpretar y relacionar los preceptos en sintonía con las necesidades sociales, obliga a valorar las situaciones desde una perspectiva realista y juiciosa. Cuando se califica se resuelve un problema, no se ventila un expediente. El expediente se corresponde con el mundo abstracto de una burocracia impersonal. La calificación supone, por el contrario, un compromiso profesional de servicio personalizado. Para el expediente, que está en un mundo de papel, inscribir, suspender o denegar resulta técnicamente indiferente. Para el Registro, que está en un mundo de realidades, la calificación negativa incluye la obligación de encontrar soluciones.

“Además, la actividad registral se enfrenta, en muchas ocasiones, con situaciones nuevas, donde no es posible apelar a la aplicación de precedentes; y debe decidir en supuestos donde los argumentos en pro de una opción y la contraria presentan una consistencia análoga, con la consiguiente per-

plejidad. En estos casos se precisa, más que nunca, del *ethos profesional*, de la prudencia y la ponderación del jurista.

“Peña Bernaldo de Quirós e Ipiéns Llorca (cfr. *Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, pp. 17-21 y 29) que, durante largo tiempo y desde el Centro Directivo, contribuyeron a la elaboración de la jurisprudencia hipotecaria, nos ofrecen sugestivos criterios, alejados ciertamente de todo ritual burocrático: no es apropiada la selección de un material jurídico si el resultado que se obtiene con su utilización es contrario al sentido común. En la aplicación del Derecho, y entre los posibles sentidos de una norma, debe optarse por el que, dentro de la legalidad, se convenga mejor con el bien general, según las pautas o modelos vigentes. Importa, sobre todo, claridad y destreza en el método, para percibir los principios básicos logrando que la diversidad de reglas y disposiciones pueda ser reducida a sistema y cada caso tenga y encuentre una respuesta justa. La jurisprudencia debe llegar donde la ley no alcanza, atemperando su rigor a las circunstancias del supuesto. Los problemas o cuestiones nuevas surgidas de la realidad deben obtener una solución adecuada, aunque ello implique anticiparse a la norma legal. Ha de captarse el espíritu de los preceptos por encima de la literalidad de su redacción. Deben seguirse siempre criterios de prudencia, que concilien el acatamiento de la ley con el necesario sentido de la equidad. Han de ponderarse todos los elementos del caso concreto a resolver. Las situaciones novedosas deben encontrar respuestas acordes con el sistema hipotecario, pero también ajustadas a los intereses en juego. El contenido de las decisiones ha de contribuir al establecimiento de un orden más justo y al progreso de la comunidad.

“Esta dimensión *profesional* de los registradores españoles no es una apelación ideal ni una elucubración teórica. Es ese *ethos profesional* el que explica, precisamente, la sorprendente adaptación del ordenamiento hipotecario nacido en 1861 a las necesidades de un tráfico jurídico, que a lo largo de ciento cuarenta años ha experimentado, como el propio país, profundísimos cambios políticos, sociales y económicos. Es esa actividad profesional no burocrática la que ha permitido, en definitiva, el oportuno acoplamiento entre sistema y medio externo” (ob. cit., pp. 99 a 102).