

PRÓLOGO

Nicolás Nogueroles Peiró
Registrador de la Propiedad de España
Profesor de Derecho Registral de la
Universidad Pompeu Fabra - Barcelona
Secretario General del IPRA - CINDER.

1. En los últimos años, los sistemas registrales iberoamericanos han experimentado un desarrollo sin precedentes. Los organismos internacionales, en especial el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y las Naciones Unidas han destacado la importancia de unos registros bien gestionados para favorecer el desarrollo económico y luchar contra la pobreza. Como consecuencia de ello han promovido programas para su implantación o reforma, aunque no siempre con una adecuada comprensión del diseño institucional y han subrayado el papel de la institución registral como una pieza necesaria en la construcción del Estado de Derecho. *“No hay Estado ‘moderno’ sin registro de la propiedad y el derecho a disponer libremente de los bienes”* como ha escrito recientemente el historiador Jürgen Osterhammel.

Paralelamente a este reconocimiento se ha producido un incremento de los estudios sobre la institución registral que esta misma ha promovido. Buen ejemplo de ello son los libros y estudios de Sergio Jacomino y Patricia Ferraz en Brasil, Dagoberto Sibajas en Costa Rica, Wilson Ramírez en la República Dominicana, Juan Carlos Mejías en Honduras, Claudia Lavinia Figueroa y Daniel Ramírez en Guatemala, Luis Aliaga en Perú y Federico Albín en Uruguay, entre otros muchos. El presente libro se enmarca en esta corriente de nuevos estudios sobre el derecho inmobiliario registral, aportando las características peculiares de Chile, país que cuenta con una larga tradición en la garantía y protección de los derechos reales, fruto de una estabilidad institucional pues el Estado de Derecho o el “*Estado en forma*”, como solía decirse en el Chile del siglo XIX y nos recuerda el escritor Jorge Edwards, ha sido la regla y no la excepción.

El título mismo de la presente obra, “*Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*”, refleja la ambición con que Marco Antonio Sepúlveda aborda la materia. El autor, que combina la docencia universitaria con el ejercicio de la abogacía, trata los distintos temas sin olvidar los aspectos prácticos que suscitan y recogiendo al mismo tiempo los pronunciamientos de los tribunales. Si bien es una obra que se basa en el derecho chileno, traza las conexiones con otros ordenamientos y, lo que resulta más importante, intenta comprender los principios hipotecarios de la legislación chilena desde el derecho comparado. Es un texto destinado principalmente a la docencia y, por ello, la claridad es una de sus virtudes. La concepción que mantiene sobre el Registro de la Propiedad, apoyándose en la mayoría de la doctrina, se centra en la idea de publicidad como esencia del mismo. Estamos ante un libro valiente cuyo autor no solo no escatima críticas respecto a lo que considera insuficiente tanto en la regulación jurídica cuanto en la organización, sino que además se compromete formulando propuestas de solución. Se trata, pues, de

una obra que aborda una pluralidad de temas relacionados con el derecho inmobiliario e invita a reflexionar sobre los mismos, pues muchos no admiten fácil respuesta y permanecen como cuestiones abiertas.

2. Un importante sector doctrinal, autores de países como Francia e Italia sobre todo, considera que la publicidad es la finalidad esencial del registro. Desde esta perspectiva se entiende que la publicidad no es más que promulgar actos y contratos para que lleguen a conocimiento del público, informar a los terceros para que la omisión de la publicación no les perjudique o incluso servir de medio para que las escrituras públicas desplieguen sus efectos. Esta concepción de la publicidad no es obstáculo para que los mismos autores afirmen que la finalidad última es conseguir la certeza del dominio, la protección de los terceros y evitar el fraude. Otro sector doctrinal, en cambio, integrado por autores anglosajones y germánicos, vincula el registro con los mecanismos de transmisión de la propiedad (Wolff, Brickdale, Hübbe y Torrens). Desde esta concepción, siguiendo a Bienvenido Oliver, el más brillante hipotecarista del siglo XIX en lengua castellana, podemos sostener que la finalidad primordial del registro no es dar a conocer a terceros los actos relativos al dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles, sino establecer un mecanismo que nos permita adquirir sin temor a la evicción. El registro de la propiedad introduce una nueva lógica en el proceso de contratación que se manifiesta con diferente intensidad según el sistema registral pero que, en última instancia, dependerá del mayor o menor compromiso que el Estado adopte en relación con la seguridad jurídica.

No se trata de dos concepciones complementarias, sino diferentes que responden a diferentes presupuestos. Así cuando el Estado interviene tímidamente en los procesos de contratación, el registro

solo es un medio de publicidad y, en consecuencia, cada individuo tiene que componérselas en el mercado para despejar las dudas sobre la eficacia y legalidad de los títulos, recurriendo para ello a la figura del “*estudio de títulos*”. Por el contrario, cuando el Estado interviene para garantizar la legalidad de los derechos inscritos y, por tanto, el registro produce titularidades con la garantía del poder público, dejan de ser necesarias las investigaciones retrospectivas y basta, para conocer la titularidad, con consultar el último asiento vigente. La mezcla de principios procedentes de dos visiones distintas del registro de la propiedad es la causa de muchas de las dificultades interpretativas de los textos legales. Es por ello que resulta necesario un conocimiento sistemático de la disciplina, que este libro intenta ofrecer.

3. Es habitual que al exponer los sistemas registrales los autores dediquen gran atención a esclarecer si la inscripción es “*constitutiva*” o “*declarativa*”. En el caso chileno, la materia resulta especialmente interesante porque: a) el artículo 686 del Código Civil dice que “*Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador*”; b) la doctrina chilena discute si la inscripción es prueba de la posesión o del dominio (como se recoge magníficamente en el presente libro); c) el mensaje del presidente de la República al Congreso Nacional, en el que propuso la aprobación del Proyecto de Código Civil (parágrafos XXI y XXII), aclara el alcance de la inscripción según el legislador, “*No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de la simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistente los derechos del verdadero propietario, que solamente podrá extinguirse por la prescripción competente*”.

Los sistemas registrales, sin embargo, tratan de dar respuesta a la pregunta de ¿con quién podemos contratar? o, dicho en otros térmi-

nos, nos ofrecen un legitimado para disponer. Esto supone que no solo ofrecen seguridad, sino que facilitan la prueba o acreditación de la titularidad haciendo los derechos más fácilmente negociables. Para lograr este resultado, los sistemas registrales deben resolver un problema esencial: ¿Qué ocurre cuando un eslabón de la cadena de transmisiones es declarado nulo? ¿Quedan al abrigo de todo ataque los adquirentes posteriores y por tanto no cabe ejercitar una acción real frente a ellos o, por el contrario, decae su posición? Se trata de elegir entre el “efecto dominó” o el “efecto guillotina”. En el primer caso, declarada la nulidad de un título caen todos los posteriores y en el segundo cada asiento se independiza de las vicisitudes del precedente. La respuesta a estas cuestiones nos da la clave sobre el sistema registral. En el fondo, es cuestión de aclarar si el principio romano “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”, posteriormente formulado como “*Nemo dat quod non habet*”, sigue vigente o ha sido superado por una nueva lógica.

Todo lo expuesto pone de relieve que lo decisivo en un sistema registral no es el carácter constitutivo o no de la inscripción, aun siendo esto importante, sino la existencia de la “fe pública”, en la terminología germánica, o la “inatacabilidad” en la terminología anglosajona. ¿Si la inscripción proporciona al titular registral una posición inatacable, qué sentido tiene decir que la inscripción es simplemente declarativa?

Los autores chilenos, al igual que la doctrina brasileña, son conscientes de la debilidad de una inscripción constitutiva sin fe pública y por ello afirman que es “*constitutiva en cuanto a su función y declarativa en cuanto a sus efectos*”. No se trata de una antinomia propia del gran poeta Nicanor Parra sino, como advierte Marco Antonio Sepúlveda, de una mezcla de conceptos. El sistema chileno, en principio alejado de la fe pública, sigue las influencias romanas

que se manifiestan en el artículo 682 del Código Civil y con ello opta por el “*efecto dominó*”. Aquí, como en muchos otros asuntos, el legislador chileno del siglo XIX adoptó una posición posibilista atendiendo a la época.

4. En Derecho Romano, el modo más seguro para adquirir el dominio era la usucapión, pues esta era la manera de obtener un título “*absoluto*”, válido frente a todos y que no podía ser derrotado por ninguna acción reivindicatoria. En cambio, los demás modos de transmisión del dominio eran “*relativos*”, podían servir para probar que un título es mejor que otro, pero no que eran “*el título*”. Así, al regir el principio “*nadie da lo que no tiene*” (“*Nemo dat quod non habet*”) quedaba siempre abierta la posibilidad de que apareciese un tercero, verdadero dueño, y pudiese vencer en juicio. Esto último se evitaba con la usucapión, y, en un momento histórico posterior, con las declaraciones judiciales obtenidas en procedimientos de purga. El procedimiento moderno para obtener un título inderrotable es la fe pública. Es un mecanismo barato y sencillo de obtener una declaración del poder público que se asimile a una declaración judicial obtenida en un procedimiento sumario y que produzca los efectos de una usucapión abreviada. En la alternativa usucapión o fe pública registral, Andrés Bello, en una muestra de pragmatismo, optó por una usucapión que se serviría de los asientos del registro de manera que los bienes raíces “*al cabo de un cierto número de años se hallaren inscritos y al abrigo de todo ataque*”, pues con el tiempo “*inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos*”. Marco Antonio Sepúlveda expone con detalle toda la interesante problemática relativa a la inscripción, posesión, prueba del dominio y usucapión tan propia del derecho chileno en el capítulo III. Queda, no obstante, abierta la pregunta sobre si lo que tal vez hubiese resultado perturbador en el siglo XIX hoy puede ser el resultado de la evolución natural del sistema y ha llegado el momento de pro-

pugnar la fe pública o inatacabilidad. ¿Por qué admitir la fe pública atenta contra el derecho constitucional de propiedad privada y no lo hace la usucapión?

La superioridad de los sistemas de fe pública es reconocida por la doctrina desde hace más de un siglo, fundamentalmente en los países en los que conviven los dos modelos de registro (Besson, Coviello, Piedeleuvre, Gabrielli, Cuccaro), hoy además se cuentan con estudios empíricos de instituciones como la Federación Hipotecaria Europea, Unión Europea, Universidad de Bremen (ZERP) y de profesores como Arruñada, Miceli, Sirmans, así como con declaraciones internacionales formuladas en los diversos congresos de IPRA-CINDER (Valencia, Perú, Amsterdam) que defienden todos la mayor eficiencia de la fe pública.

5. El autor plantea de manera muy oportuna la necesidad de realizar un análisis exhaustivo de las fuentes, así como del comisionado o comisionados que influyeron en la concepción definitiva del sistema registral chileno. Cuando se elaboró el Código Civil chileno, tal era la situación de Europa: en Alemania no se había producido la unificación, por lo que al referirse al régimen “alemán” en realidad se hacía referencia solo al prusiano, recogido en la Ley Común Hipotecaria de Prusia de 1783 y el Código de Derecho Común de 1794. Este último había introducido principios romanistas pero, en contra de estos, había proclamado que el “verdadero propietario” perdía la acción reivindicatoria frente al que había adquirido del que aparecía inscrito como dueño en el registro (Art 8, Tit X, Part I). Solo hacia finales del siglo XIX se logró unificar el sistema inmobiliario. En Francia regía el Código de 1804, expresión de las doctrinas retrógradas en esta materia, y la transcripción había dejado de ser necesaria para la oponibilidad de las transmisiones a título oneroso en contra de lo establecido en la Ley Hipotecaria de

1798. La doctrina (Jourdan, Decourdemanche, Grenier y Troplong) criticó duramente el sistema hipotecario del Código de Napoleón, pero la Ley de Transcripciones, que fijó el modelo francés, no fue aprobada hasta 1855. En España, el gobierno había encargado a la Comisión de Códigos redactar una Ley Hipotecaria que no vería la luz hasta 1861. Inglaterra tampoco tuvo ley sobre registros hasta 1862, pero previamente las comisiones y comités que se ocuparon de la materia habían emitido documentados e interesantes informes en 1830, 1832 y 1850. Solo Austria, en el ámbito de influencia germana, con la aprobación del Código Civil de 1811, había alcanzado una regulación unitaria y de calidad que mezclaba principios romanos y germánicos. Mantuvo la teoría del título y el modo pero la adquisición no tenía lugar por la tradición sino por la inscripción. Estableció la fe pública registral pero quedó debilitada porque no había una adquisición inatacable de los derechos hasta transcurrido un plazo de reclamación que variaba de los 3 a los 6 años. Esto recibió el nombre de la usucapión registral, aunque también admitía la prescripción contra los derechos inscritos por no uso. En el ámbito de influencia francesa, Bélgica había fijado su modelo con la Ley Hipotecaria de 1851. La efervescencia y las discusiones con la que se vivía en Europa el problema inmobiliario realza la titánica labor de Andrés Bello en la elaboración del Código Civil, en especial las disposiciones inmobiliarias y, al igual que ocurrió en muchos países, yuxtapuso principios romanos y germánicos, los cuales no quedaron fijados doctrinal y legalmente hasta un momento posterior.

El sistema chileno es "*alemán*" al optar claramente por la "*publicidad*" frente a la clandestinidad del Código Civil francés de 1804, y al atribuir a la inscripción un papel en el proceso de transmisión de los derechos reales y no dejarla reducida a una mera "*noticia*" o "*advertencia*", como acontece en los sistemas de inspiración francesa. Sin embargo, sigue el modelo francés en la manera de organizar el

registro por personas y adoptar la denominación de “conservador”. Asimismo, se asemeja al francés porque cuando trata de las funciones del conservador afirma que “no podrá rehusar ni retardar las inscripciones” (artículo 13 del Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces) en los mismos términos que L IV de la Ley Hipotecaria de 1798 (“*Dans aucun cas, les conservateurs des hypothèques ne peuvent refuser, ni retarder les transcriptions...*”) y que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria de Bélgica de 1851. No obstante, aventaja con creces el modelo francés y belga, al admitir desde el principio el acceso al registro de las transmisiones “*mortis causa*”, no distinguir entre “transcripción” e “inscripción” y hacer referencia a las facultades de calificación del conservador. Permanece anclado en la tradición romanista al mantener el principio de que nadie puede dar lo que no tiene lo cual superan los sistemas claramente germánicos. En cuanto al papel de la inscripción en el modelo de transmisión está más cerca, sin ser idéntico, del modelo austriaco, el cual sigue conservando el sistema del título y el modo, donde la inscripción constituye el modo y sustituye a la tradición. También puede haber cierta influencia austríaca en la regulación de la prescripción y usucapión en relación con los asientos del registro.

6. El libro no se queda en un análisis del derecho positivo chileno ni en una simple descripción de los modelos del derecho comparado, sino que ensaya una reconstrucción de los principios hipotecarios, muchos de ellos, como manifiesta el autor, deficientemente formulados en las normas. Es por ello que, para un lector ajeno a la práctica hipotecaria chilena, resulta difícil identificar el principio de tracto sucesivo en el artículo 692 del Código Civil y mucho más todavía el cierre registral en el artículo 1817 del Código Civil. Ahora bien, estos principios se aplican diariamente en las conservadurías chilenas gracias al trabajo de los conservadores, los jueces y autores como Marco Antonio Sepúlveda, que suplen las carencias y lagunas

de una legislación fruto de otra época, pero que es diariamente interpretada para adaptarla a las necesidades del tráfico. Algo similar acontece con las insuficiencias del folio personal que hace mucho tiempo han sido minimizadas e incluso superadas por el quehacer de muchos conservadores en la gestión de las conservadurías.

Marco Antonio Sepúlveda ha escrito una obra que nos acerca a todos al derecho registral chileno y está llamada a convertirse en un libro de referencia, que servirá para iluminar futuras reformas. Para poder realizar estas últimas es necesario conocer el alcance y trascendencia de los preceptos, la trabazón interna de las instituciones o la racionalidad intrínseca porque sólo desde el conocimiento del sistema es posible su perfección o mejora. Gracias, Marco Antonio, por este libro que espero que tenga muchas ediciones y contribuya al debate fecundo que siempre ha estado presente en Chile.