

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ENCUADRE DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA(*)⁽³³⁵⁾

RAÚL R. GARCÍA CONI

La conocida tendencia a escatimar el alcance de la función calificadora del registrador inmobiliario es una reacción natural ante la frecuente inclinación de éste (salvo honrosas excepciones) de inmiscuirse "en tan desmedidas proporciones, que abarca todo lo divino y humano", como afirmaba Jerónimo González y Martínez, pese a que tan distinguido tratadista reconoció que sin la calificación "los asientos sólo servirían para engañar al público, favoreciendo el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios"⁽¹⁾⁽³³⁶⁾.

Si bien en España - que tanto influyó en nuestro Derecho registral - el diferendo entre notarios y registradores asume mayores proporciones debido a que allí la función calificadora comprende "... la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. . ." (art. 18, ley hipotecaria), el problema ha sido atenuado ante la posibilidad de "recurrirse contra la calificación del registrador a efectos exclusivamente doctrinales, aun cuando se hubieren inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos alegados en la nota del registrador"⁽²⁾⁽³³⁷⁾.

El alcance de las atribuciones calificadoras - derecho - deber, al decir de Campuzano - depende, en gran medida, de las características del Registro, y así tenemos que, cuando la inscripción es constitutiva del derecho real, la calificación deberá ser más analítica; lo mismo ocurre cuando el asiento es convalidante y, con mayor razón todavía, cuando el Registro es, a la vez, constitutivo y convalidante.

Afortunadamente, los Registros inmobiliarios argentinos no dejan para mañana el derecho real que se puede constituir hoy y no protegen al non domino, ya que aplican el criterio de Núñez - Lagos de que "los títulos no son buenos porque se inscriben sino que se inscriben porque son buenos". En consecuencia, la respuesta inscriptiva resulta más sencilla y expedita, lo que es propio de los Registros declarativos y de los que ejercen la legitimación perfeccionadora (no convalidante).

Empero, también en nuestro medio jurídico todavía se discute la consistencia de la función calificadora, aunque cada vez se reconoce más su entidad.

Durante mucho tiempo, ante la más leve observación, el registrador devolvía el documento (in dubio contra instrumentum) y los requirentes debían allanarse a sus exigencias (no siempre procedentes) o recurrir al poder

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisdiccional a través de un procedimiento inespecífico y complicado. Este esquema ha sido superado por las reformas registrales iniciadas en la provincia de Buenos Aires (decreto - ley 11643/63, ratificado por ley 6736), proseguido en Capital Federal (por la derogada ley 17417) y extendido a todo el país por la ley 17801, que rige desde el 19 de julio de 1968.

Con las nuevas normas, el registrador ya no está ante el dilema de inscribir o rechazar. Tiene ahora la alternativa de inscribir (o anotar) provisoriamente y, por añadidura, el requirente dispone de una vía recursiva especial cuya regulación está a cargo de los ordenamientos locales (arts. 9º y 38, ley 17801).

Según sus fundamentos, uno de los propósitos de la ley 17801, quizás el menos definido, es "el establecimiento de límites a las atribuciones de los registros en cuanto al examen de la legalidad y de la autenticidad de los documentos que deben ser registrados"(3)(338).

Toda limitación supone el reconocimiento de que, dentro del marco limitativo, caben determinadas facultades, pues lo que se combate no es el ejercicio normal de una atribución, sino su hipertrofia. Que hubo y que subsisten demasías no hay dudas, aunque ahora los requirentes no están inermes.

Los Registros de cosas (u objetos materiales susceptibles de tener un valor: art. 2311, Cód. Civil) han trascendido la primigenia etapa de la publicidad - noticia, la que perdura - casi como único efecto - en los Registros personales o patronímicos.

El moderno registrador inmobiliario debe legitimar, y todo legitimador califica, sea su legitimación perfeccionadora (de eficacia defensiva o presunción iuris tantum), o legitimación convalidante (de eficacia ofensiva, absoluta, o presunción iuris et de iure). Por ello, el registrador en jefe debe ser un jurista avezado, aunque sus colaboradores sólo sean empíricos.

La calificación es una pericia y requiere un pronunciamiento técnico sobre la viabilidad inscriptiva. Si el dictamen es positivo, el documento (con su contenido negocial) se inscribe o anota. Si, como resultado del examen, se lo "descalifica", la registración será provisional y sólo por excepción (perinorma) procederá el rechazo, cuando los documentos estuvieren "viciados de nulidad absoluta y manifiesta" (art. 9º, inc. a], ley 17801) .

Lo primero que deberá hacer el registrador es el examen de su propia competencia (ratione materiae y ratione loci), devolviendo aquello que corresponda a otro Registro. Si acepta el documento, deberá resolver si procede una inscripción o una anotación, y para ello, invariablemente, tendrá que merituar tanto el continente como el contenido (instrumentum y negotium).

La expresión "examen de la legalidad y de la autenticidad de los documentos que deben ser registrados" (punto 4º del mensaje anexo a la ley 17801) merece un comentario. En primer lugar, el concepto de autenticidad está subsumido en el de legalidad, pues la ley en su art. 3º exige que los documentos estén impregnados de fe pública judicial, notarial o administrativa, tanto para los documentos auténticos (principio general), como para los autenticados ("casos de excepción que establezcan las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

leyes"). De todos modos, no hay redundancia cuando lo que se quiere es poner énfasis, y es obvio que la ley pone el acento en el principio de autenticidad.

No hay legalidad sin autenticidad, pero puede haber autenticidad sin que se cumpla cabalmente la legalidad, como si se pretende inscribir algún derecho real ajeno a nuestro sistema de número clauso (art. 3202, Cód. Civil), verbigracia, la enfiteusis o el derecho de superficie (art. 2614, íd.), o una venta entre cónyuges u otra de las prohibidas por la ley (arts. 1358 a 1361, Cód. Civil), o si se quiere inscribir un boleto de compraventa instrumentado por escritura pública (que sólo puede engendrar una anotación, p. ej., leyes 14005 y 19724).

En segundo lugar, el vocablo legalidad es multívoco y comprende dos aspectos. Cada uno de los principios registrales debe satisfacer su propia cuota de legalidad y lo que ocurre con el de autenticidad (art. 3º, ley 17801) se advierte también en el de rogatoria (art. 6º, íd.), en el de especialidad o determinación (art. 12, íd.), en el de prioridad o rango (arts. 5º, 19 y 25, íd.) y en el de tracto continuo (arts. 15, 16 y 17, íd.). A ello debe añadirse la legalidad genérica, o sea el cumplimiento de "las formalidades establecidas por las leyes" (art. 3º, inc. b], ley cit.), y si éstas se transgredieran, "la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes" (art. 4º, íd.).

Si el registrador pudiera circunscribirse al examen de "la legalidad de las formas extrínsecas" (interpretación que algunos dan al art. 8º de la ley 17801), sólo examinaría la autenticidad propiamente dicha, o sea un aspecto parcial de la legalidad, la que faltaría en otros aspectos que deben ponderarse.

No basta que se cumplan las formas extrínsecas (forma de las formas) ni que haya concordancia entre el documento (vaso contenedor) y los asientos afectados (arts. 8º cit. y 34 de la misma ley), y si bien ello puede parecer suficiente desde el punto de vista de la cognoscibilidad pública (publicidad - noticia), no alcanza para satisfacer los otros objetivos de la registración inmobiliaria ("demás previsiones" a que se refiere el art. 2º de la ley 17801), todo lo cual integra el proceso de legitimación.

Para Moisset de Espanés lo de "formas extrínsecas" es un pleonismo "destinado a reforzar el sentido del vocablo «forma»; la forma no es más que el modo de exteriorizarse la voluntad; es decir el «continente», lo que sirve de vehículo para la expresión de voluntad, para el contenido del acto"(4)(339). Este autor nos recuerda la distinción que hace Núñez - Lagos entre el acto "instrumental" y el acto "instrumentado" e invoca el art. 913 del Código Civil, según el cual "ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste".

Una interpretación muy restricta sobre el art. 8º fue adoptada por la XXII Jornada Notarial Bonaerense (Lomas de Zamora, 1978), donde una mayoría circunstancial sostuvo que "La calificación registral, en nuestro derecho, consiste en el contralor de las formas extrínsecas de los documentos y del cumplimiento del tracto" y que "Es absolutamente ajeno al control del registrador el fondo o contenido del documento, cuya calificación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se realiza por otro funcionario público (juez, notario)".

Fuera del caso aislado de Lomas de Zamora, que en realidad significó una lamentable involución, otros congresos argentinos admiten que la misión del registrador no es simplemente compiladora ni mecánica, sino intelectual, ya que muchas veces debe incursionar en el contenido negocial, que debe estar ajustado a derecho.

En la III Reunión Nacional de Directores de Registros se consideró, en forma unánime, que "Debe reconocerse el carácter autónomo del registrador en el ejercicio de su función".

Las I Jornadas Nacionales de Derecho Registral (San Rafael, Mendoza, 1973) afirmaron que "Por ser el derecho registral parte del orden jurídico, el principio de legalidad tiene su fundamentación en la supremacía de las normas. En consecuencia, el fundamento de la función calificadora es la necesaria congruencia en el plano horizontal y vertical con las normas del ordenamiento vigente que debe observar la actividad del registrador..." y que "... durante todo el procedimiento registral la calificación ha de ser una manifestación de plena jurisdicción...".

La V Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Buenos Aires, 1975) juzgó que, además del art. 8º de la ley 17801, están comprometidos en la función calificadora los arts. 2º, 15, 16, 17, 19 y 23, pero la minoría (Fontbona y García Coni) opinó que en esa lista debía incluirse al art. 3º, que había sido desechado (también están comprendidos los arts. 6º y 12).

En las IV Jornadas Notariales de Entre Ríos (Paraná, 1976) se declara que "acorde a una interpretación exegética de las normas en juego, corresponde extender el ámbito de calificación al contenido del documento, en salvaguarda de los principios superiores de la legislación, atento a que resulta inadmisibles proceder a la inscripción de actos que lesionan el orden público".

Uno de los tópicos más discutidos en cuanto al alcance de la función calificadora se vinculó al asentimiento conyugal (art. 1277, Cód. Civil), hasta que, en acuerdo plenario del 27 de julio de 1977, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría, resolvió la competencia del Registro para controlar el cumplimiento de la norma, que es intradocumental, y que hay preceptos concretos de la ley 17801 "que sólo tienen sentido en tanto se admita una facultad calificadora que eventualmente pueda penetrar en el fondo del negocio...".

Si bien varios artículos de la ley 17801 se refieren a la inscripción o anotación de "documentos" (más genérica que la expresión títulos utilizada por el decreto - ley 11643/63 de la provincia de Buenos Aires), lo cierto es que se aplica un lenguaje traslaticio, pues lo que realmente se inscribe o anota son los derechos documentados y no el soporte gráfico que los vehiculiza.

Otros preceptos de la ley son más precisos, y así tenemos que el art. 3º menciona "al contenido que sea objeto de la registración"; el art. 6º alude a "quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar"; el art. 12 establece que "se hará mención de las constancias de trascendencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

real que resulten"; el art. 16 se refiere a "los antecedentes del dominio o de los derechos... a partir del (derecho) que figure inscripto..."; el art. 19 contempla la posibilidad de que las partes puedan alterar el "orden de prelación de sus derechos...": en el 20 se dice del "derecho documentado"; el art. 21 indica "el estado jurídico" de bienes y documentos; en el art. 22 se relaciona "la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscritos...", y en el art. 23 se exige tener certificación a la vista para transmitir "derechos reales sobre inmuebles".

Más claro todavía es el capítulo sobre cancelaciones, al exigirse "documento en que conste la extinción del derecho registrado. . ." o la "transferencia del dominio o derecho real inscrito..." o "el consentimiento del titular del derecho inscrito. . ." (art. 36) .

Aunque sea un mundo de papeles, el Registro no inscribe ni anota documentos como tales, como continentes vacuos. Tampoco registra inmuebles, como parece desprenderse del art. 44 de la ley 17801.

En rigor los registros inmobiliarios inscriben (o anotan) derechos, y derechos son los que reciben a través de los documentos que los portan. Algunos, los declarativos, aceptan tanto derechos personales como derechos reales, mientras que otros, los constitutivos, receptan únicamente derechos personales, aunque algunos de éstos se transformen en derechos reales como consecuencia del proceso inscriptivo.

Es muy importante ponernos de acuerdo en qué es lo que se registra, si inmuebles, si documentos o si derechos.

No dudamos que lo registrable son derechos, y desde luego que esos derechos se vinculan a sujetos, a objetos y a documentos. Sin el documento no se materializa la exteriorización volitiva, para la que no siempre sirve la expresión verbal (verba volant...).

Para ciertos actos solemnes no es indiferente cualquier documento, y la ley exige formalidades especiales vertidas en un instrumento público o en una especie determinada de instrumento público (arts. 976 y 977 del Cód. Civil).