

ACTO ABSTRACTO DE ENAJENACION, INSCRIPCION Y FE PUBLICA EN EL DERECHO ALEMAN. NOCIONES SUMARIAS

JULIO DASSEN

Profesor Titular de Derecho Civil (IV)

I

Las dificultades para acreditar el dominio de los inmuebles¹, la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que contratan con propietarios aparentes, las consecuencias del principio "Nemo dat quod non habet"², las exigencias del crédito real, etc., han movido a los juristas de todos los tiempos hacia la búsqueda de un sistema que dé adecuadas solución a esos problemas.

En ese sentido el derecho alemán presenta el régimen legal quizá más sabientemente elaborado, dentro del cual el "acto abstracto de enajenación" es uno de sus pilares.

Recordemos, antes de pasar adelante, que ese sistema, según lo señalan todos los autores alemanes, hunde sus raíces en el antiguo derecho germánico, sistema que fué enturbiado por la "recepción" del derecho romano a fines del siglo XV³. Los romanos no conocieron los registros inmobiliarios vinculados a la transmisión del dominio. Empero, el acto ab-

¹ "Dentro del rigor de los principios — dice Fariello — la prueba del derecho de propiedad es casi imposible de suministrar, porque no basta que el actor exhiba un título de adquisición revestido de las formas legales, si no demuestra que el autor de ese título era el legítimo propietario de la cosa enajenada, demostración que tampoco es suficiente si no va acompañada de la prueba de que también lo era el anterior de ese enajenante, así como todos los que lo precedieron. Prueba diabólica, como se ha llamado, que hace en extremo difícil la demostración del dominio sobre el objeto que se trata de recuperar" (Fariello Salvador, *Conceptos de Derecho Civil*, 2ª parte, p. 61, Buenos Aires, 1948).

J. W. Hedemann, en el mismo sentido expresa: "La prueba del dominio es difícil y desde hace siglos constituye un problema. En el mismo la propiedad sólo consiste en una representación, en una idea, y por ello no cabe, por lo general, aportar una prueba sensible de su existencia, antes bien hay que deducir mediante operaciones mentales, tanto su existencia como la persona a quien pertenece" (*Deutsche Realen*, p. 237, Versión española de Dietrich Paetzel y Genaldes Enríquez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid).

² Véase mi clase: "Acción Reindicatoria: sus límites" en *LECCIONES Y EJERCICIOS*, año 1957, Nº 4, p. 55.

³ Lehn, respecto de la influencia el derecho romano dice: "Cuando las naciones jurídicas conquistadas en el Corpus Juris empezaron a influir principal o exclusivamente en la jurisprudencia alemana la doctrina de la transmisión de la propiedad, así como otras varias, cayó en repentina confusión" (Ernst Lehn, *Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán*, Nº 82, p. 140, Madrid, 1838). Véase, además,

tracto de enajenación tiene algún punto de semejanza con los efectos de la "mancipatio" y de la "in iure cessio"⁴.

II

En el derecho argentino el simple acuerdo no basta para transmitir el dominio o constituir derechos reales (salvo el caso excepcional de la hipoteca). El art. 577 dispone categóricamente que "antes de la tradición de la cosa, el *transferor* no adquiere sobre ella ningún derecho real".

Completando este principio el art. 2602 establece que la tradición translativa de dominio "debe ser por título suficiente para *transferir* el dominio".

La transmisión del dominio, entonces, conforme a nuestro código civil, exige: 1) un título suficiente, o sea la constitución de un derecho personal mediante una de las fuentes autorizadas (art. 499), que obligue a transferir el dominio; 2) la tradición.

El efecto: "transferencia del dominio" se encuentra así ligado a un acto jurídico de cuya suerte depende.

Pero esta explicación no basta aún para comprender lo que es en esencia el "acto abstracto".

Tanto en nuestro derecho como en el alemán, el acto jurídico debe

Wolff Martin, *Derecho de Cosa*, vol. I, págs. 133 y ss.; Heilmann J. W., *op. cit.*, p. 76. Este autor afirma que "La historia del Registro Inmobiliario merece especial atención. Pues se trata en ella —añade— de un pedazo del *ius cogens* ser de Alemania, ya que el Registro Inmobiliario ha desconocido por los romanos. Aún hoy —concluye— el sistema registral alemán es el más pensado y el más firme entre todos los del mundo"; y Planitz Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, p. 302.

Quiénes parece se habrían anticipado a la creación de un sistema de publicidad mediante registros inmobiliarios son los griegos. Un texto muy ilustrativo del *Alfabeto Teofrasto* dice: "Los literatos, las proclamaciones y, en general, todas las formalidades prescritas para provocar la oposición de los terceros, no tienen lugar, por el todo o en su mayor parte, sino en defecto de otras prescripciones legales. Allí, en efecto, donde existen registros contestando indicación de las inmuebles y de los contratos, se puede conocer por esos registros si los bienes están libres y sin cargas, y si el vendedor los sujeta regularmente, pues en esos países el magistrado inscribe inmediatamente al comprador". (Véanse aquellas referencias en la obra de Ludovic Beauchet: *Manoir du droit privé de la République Athénienne*, t. III, p. 327, París, 1897).

Referencias sobre los registros en Egipto véase en Arias Ramos, *Derecho Romano*, 6ª edición, Madrid, Ed. Boteta de Derecho Privado.

⁴ Es tema muy debatido si la "traditio" llegó a convertirse, en el derecho de Justiniano en un acto desvinculado de su causa. El romanista francés Maier sostiene que el derecho de Justiniano redujo la *causa* *causa* a una intención lista de enajenar y de adquirir la propiedad: "El carácter ilícito del fin perseguido, por ejemplo, en caso de donación entre esposos, impide todavía la transferencia de la propiedad, pero ya no cuenta el desacuerdo de las partes sobre el fin común perseguido, una creyendo hacer un préstamo y la otra creyendo recibir una donación, con tal de que ellas estén de acuerdo sobre la transferencia de la propiedad" (Ramon Maier, *Manual Elemental de Droit Romain*, t. I, p. 417, 6ª ed., París, 1947).

Por su parte el romanista italiano Ferrini atribuye a Savigny la teoría de que la traditio en el derecho clásico se había convertido en un contrato abstracto y formal. Intenta refutarlo, pero al hacerlo, incurre, a mi juicio, en contradicción. En

per causando, o sea, las obligaciones que nacen de ese acto han de reconocer una causa (arts. 500 a 502 del Cód. civ. arg.).

Para comprender esto nada mejor que la lectura del siguiente párrafo de las *Pandekten* de Regelsberg (t. I, párrafo 167) que tomo de la obra de Capitant (*De la Cause des Obligations*, p. 180, 2ª ed. París, 1924):

"No existe acto jurídico sin causa. El acto jurídico no es un fin en sí mismo. Se lo realiza o concluye en miras a un fin determinado, querido por las partes, y es a ese fin que se designa con el nombre de causa. El desplazamiento de valores producido por los actos jurídicos más importantes, transferencia de un bien, creación, extinción de una obligación, no es un fin en sí mismo sino solamente el medio de alcanzar un fin. Por ejemplo, se transfiere la propiedad para efectuar una donación, un préstamo, para extinguir una deuda (causa donandi, causa credendi, causa solvendi). Ese fin que determina el desplazamiento de valor, constituye su causa".

Aclaremos este concepto con un ejemplo.

El art. 1323 dispone que "*habrá compra y venta cuando uno de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero*".

En este contrato la obligación del vendedor tiene como contrapar-

techo, afirma que la tradición exige una justa causa, esto es, un negocio jurídico, pero seguidamente dice: "Así si yo equivocadamente entiendo que debo pagar (ya que creo erróneamente que existe una obligación deudí), el pago es *facta causa*, la propiedad pasa y yo no puedo reivindicar aquello que he dado sin *alio condicere* como *indebitum* lo pagado" (Costanzo Ferrini, *Manuale di Pandette*, p. 366 y ss.).

Resulta evidente que si el acto se anula por haber mediado error o por otro motivo, de acuerdo a la tesis de Ferrini la propiedad habría quedado lo mismo una vez revocada, lo cual significa que la tradición se resalta ligada a la causa del negocio causal. Y ello daría razón a la tesis de Santiago.

La discusión gira alrededor de un texto de Juliano (Dg. 41, 1, 36), que admite los efectos translativos de la propiedad en la hipótesis de un entendimiento entre las partes sobre la causa tradicienda, frente a otro de Ulpiano (Dg. 12, 1, 18), que parece sostener lo contrario.

Los autores han intentado conciliar los textos, pero la mejor solución ha sido la de admitir que el texto de Juliano fué interpolado por los compiladores.

De cualquier modo, Justiniano habría aceptado la conclusión de Juliano. Para muchos autores, entonces, la tradición en esa época, se desprende del acuerdo causal convirtiéndose en un acto abstracto, siendo suficiente la voluntad de enajenar y de recibir la propiedad. (Véase Giffard, *Fénel de Droit Romain*, t. I, p. 369 y ss.). Es la tesis dominante entre los autores alemanes según Arns Barrow: *op. cit.* t. p. 369, nota 298.

Bilimori sostiene, también, que la tradición es el derecho romano constante un contrato real, aludiendo, asimismo, a los textos de Juliano y Ulpiano (*Anteproyecto*, t. III, p. 135, E. Abellado).

Estas dudas no las resuelve, seguramente, Vélez Sarsfield. Como antecedente del art. 2602 se cita si el texto de Juliano o el de Ulpiano, sino el de Paulo (L. 31, 11, 1ª, libro 41), que dice: "La *res traditio* nunca transfiere el dominio, a no ser que hubiere precedido la venta, o alguna justa causa por la cual signiere la entrega" (Traducción de Agustín Díaz Hualde, "El Derecho Romano en la Obra de Vélez Sarsfield", vol. 3ª, p. 423).

Sobre las exageraciones en que se ha incurrido al hablar de la "clandestinidad romana", véase Basilio Ezcurra: "Les livres Foncières et la Réforme Hypothécaire", p. 41, París, 1893. Sostiene este autor que los romanos procedieron a los germanos en la organización de la publicidad.

tida el precio que ha de pagar el comprador y la obligación de éste, la entrega de la cosa y el traspaso de la propiedad, todo ello formando el contenido inseparable del acto jurídico compra-venta. Se trata, pues, de un negocio jurídico causal.

Veamos ahora cómo se cumple el contrato.

Comparecen ante un escribano público el vendedor A y el comprador B. A expresa su voluntad de vender a B el inmueble de su propiedad que individualiza, por el precio de tantos pesos. B expresa que acepta la oferta y el escribano, entonces, previo los numerosos recaudos de ley (certificado de dominio, certificados de libre deuda, liquidación de impuesto a los eventuales, etc., etc.) pasa la escritura de venta. El dominio, empero, aun no se ha transferido si la posesión del inmueble no ha sido dada al comprador.

Pero, y en esto debemos detenernos especialmente, la transmisión del dominio queda ligada a la suerte, a la validez del contrato de compra-venta. Si éste resultare nulo, p. ej., el dominio no se habría transmitido y B se vería obligado a *devolver* el inmueble. Si se trata de anulación rige el art. 1052 conforme al cual "*La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado*"³. A dispone, además, de la acción real petitoria (reivindicación) tal como lo establece el art. 2778: "*Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiere tenido del reivindicante por un acto nulo o anulable*".

Repárese en que no se trata de acciones personales de enriquecimiento sin causa. El vendedor persigue, como propietario, la cosa misma con la importante consecuencia que si el comprador ha caído en quiebra, aquí se sustrae al cobro en "moneda de quiebra".

Y lo que pasa con la compraventa ocurre con la donación, la permuta, etcétera.

III

Aclarados los principios precedentes, podemos llegar sin dificultad a esta consecuencia: en el derecho argentino no pueden darse actos jurídicos que tengan por exclusiva finalidad la transferencia del dominio, abstracción hecha de su causa jurídica: *contraperpetua, animus donandi*, etcétera.

Ningún escribano pasaría una escritura en la que los otorgantes se limitaran a expresar que transfieren la propiedad de un bien sin relación con un acuerdo causal. Y si lo hiciera es porque tomaría ese acuerdo como una donación y obraría en consecuencia⁴.

³ Sobre el alcance de esta disposición y las controversias a que ha dado lugar, véase mi trabajo "Efecto de las nulidades: Arts. 1050 y 1052 del Código Civil argentino", en *Jurisprudencia Argentina*, 1956, III, Sec. Doct., p. 85.

⁴ He consultado a varios escribanos respondiéndome todos en el sentido del texto.

IV

En el derecho alemán se han separado el contrato causal y el acuerdo para transmitir el dominio, que es una ejecución del primero, pero, no obstante, independiente, por cuya razón se le llama abstracto¹.

Véamos cómo explica Hedemann esta operación jurídica.

"Nadie constituye o adquiere — dice — un derecho real sólo por el derecho mismo, como forma. El que transmite la propiedad a su vecino no lo hace sólo por poder decir que ha habido un cambio en ella. El que constituye un pignus a favor de otro no se propone únicamente vivir el proceso mental de creación de un derecho pignoraticio. Estos hechos responden siempre a una finalidad de carácter económico a otra parecida, que por lo común se manifiesta en una relación causal determinada. Esta relación se puede, en tal caso, aislar conceptualmente del proceso jurídico-real, y es corriente llamarla *causa*, *relación causal*, *relación básica*" (p. 38).

Esta fisión da por resultado la existencia de dos actos, en principio independientes, como acabo de señalar, a saber:

1) Compraventa (donación, permuta, etc.), o sea, la relación causal o fundamental, imponible para transferir el dominio, aunque obliga a ella;

2) Acuerdo que debe celebrarse, también en principio, ante el representante del poder público (funcionario) que actúa por modo exclusivo sobre la transmisión del dominio, operándose ésta una vez practicada la inscripción en el Registro.

Concluido este proceso puede sobrevenir la declaración de nulidad de la venta sin que esa nulidad altere el asiento del Registro, lo que significa que el dominio permanece en cabeza del comprador.

Pero, como las cosas no pueden quedar ahí si este último no se aviene honestamente a devolver la cosa, se concede a la parte afectada no una acción real, sino la acción personal de enriquecimiento injusto. El art. 812 del Código alemán dispone a ese propósito: "El que haya obtenido alguna cosa por medio de una prestación de otra persona, y a expensas de ésta, sin fundamento jurídico, está obligado a restituirla. Esta obligación existe también si el fundamento jurídico existente desaparece más tarde".

La acción de enriquecimiento se mantiene — como señala Hedemann — en el campo obligacional "y no puede, por sí misma, operar una retransmisión del dominio. Por el contrario — agrega — ha de entrar nuevamente en funciones el derecho de cosa: y la nueva inscripción verificada a nombre de A como propietario hace que la propiedad, esto es, la posición jurídica real, vuelva a él" (Op. cit. p. 40).

V

El acuerdo abstracto, como acuerdo que es, se encuentra sujeto a las reglas generales sobre declaraciones de voluntad y sobre los contratos. Puede, por tanto, ser impugnado por ausencia de voluntad, por existencia de dolo, error, etcétera. (Véase Hedemann, p. 119 y especialmente p. 171).

¹ Los alumnos del cuarto curso de derecho civil deben poner ya un conocimiento sobre los actos abstractos y su trascendencia en el campo del derecho de las obligaciones. Su cabal comprensión exige, desde luego, un conocimiento claro de las reglas que gobiernan el principio del enriquecimiento sin causa, sin cuyo conocimiento el acto abstracto resulta incomprensible.

VI

La independencia del acuerdo abstracto ha sufrido algún menoscabo por obra de la jurisprudencia.

En efecto, en casos excepcionales, las tres etapas del proceso se encuentran de tal suerte ligadas que la nulidad de la primera determina la nulidad de las restantes.

Wolff, al respecto, explica: "La nulidad del acuerdo (se refiere al acuerdo abstracto) sólo en ciertas circunstancias puede afectar a la validez del consentimiento de inscripción: por ejemplo, si se concede una hipoteca en garantía de un préstamo usurario, son nulos tanto el acuerdo como el consentimiento de inscripción. Puesto que el registrador no puede inscribir en virtud de un consentimiento de inscripción nulo, podrá verse en determinadas circunstancias, en situación de tener que tomar en cuenta, además, la nulidad del acuerdo" (Derecho de Cosas, p. 180. Barcelona, 1936. Edit. Bosch).

Parecería que tratándose de la nulidad del contrato de préstamo, nulo por usurario, lo afectado es en realidad, el contrato causal o fundamental.

Hedemann nos refiere un caso más terminante al respecto.

"Nacen sutilezas y dificultades — dice — del hecho de que también el proceso jurídico-real abstracto esté ligado a un acto de voluntad, al acuerdo... Cuando, por ejemplo, nos encontramos ante un negocio ilícito (así un negocio usurario), la ilicitud afectará de modo primario a la relación causal, provocando en cualquier caso su nulidad con arreglo al art. 138. Pero cabe preguntar si esa ilicitud no incidirá al mismo tiempo sobre el "acuerdo" (de índole jurídico-real). Si se responde afirmativamente (lo que sólo cabe hacer con reserva), la nulidad del art. 138 hará que se derrumbe también el lado jurídico-real del negocio. Esto significa, pues, que tampoco se ha producido transmisión alguna de dominio. Ejemplo extraído de la jurisprudencia del Tribunal del Reich: una mujer casada vendió (según expresión del propio Tribunal) su divorcio al marido a cambio de que éste le hiciera transferencia de una finca a él perteneciente, habiéndose verificado el acto transmisor de la misma (esto es, en materia de fincas, el acuerdo citado). Sobre este caso, el Tribunal estableció como principio básico, enlazando con jurisprudencia anterior, que "en términos generales, la ilicitud del negocio de enajenación no tiene como consecuencia la del negocio de cumplimiento, debido a la naturaleza abstracta de éste", pero después para el supuesto de hecho en cuestión, dejó sin aplicar ese principio en virtud del siguiente razonamiento: "La demandante para interponer la acción de divorcio había exigido como contrapartida la transmisión real inmediata de la finca. Así pues, vemos que el fin ilícito se vinculó precisamente al proceso jurídico-real, para mover al demandante a interponer la acción de divorcio. Ella vendió, a cambio de la transmisión de la finca, su decisión de promover la acción. El acto de transferencia de la finca a la demandante, verificado en el contrato de 29 de marzo de 1929, es, por ello, nulo (Sentencia del 17 de setiembre 1934)" (Op. cit. p. 41).

Este apartamiento de los tribunales alemanes de un principio que pare-

cía tan clara e incontestable constituye una prueba más de la relatividad de las reglas jurídicas excesivamente generales⁴.

VII

¿Cómo funcionan en el juicio de reivindicación el acuerdo abstracto y la inscripción en el Registro?

Contrariamente a lo que podría haberse supuesto la inscripción sólo juega, en principio, como presunción. La persona que tiene inscrito un derecho real a su nombre se presume ser su titular, correspondiendo demostrar lo contrario a la contraparte (Hedemann, párrafo 16, p. 127 y Wolff, párrafo 44, p. 240).

La presunción resulta del art. 891 del Código civil que dice así: "Cuando un derecho ha sido inscrito a favor de alguien en el registro, se presume que ese derecho le pertenece".

Pero, observa Wolff, "Las presunciones del art. 891 sirven en el orden procesal. Pero no son suficientes para el tráfico inmobiliario. El que desea adquirir un derecho sobre un inmueble, no se siente protegido si sólo puede presumir (y esta presunción está sujeta a quebrar) que la persona inscrita, de la cual adquiere, es en realidad el titular, sino que aspira a poder estar completamente seguro de ello" (p. 247).

Y es aquí donde aparece con toda su fuerza la fe pública del Registro Inmobiliario.

Inspirándose en el derecho alemán antiguo y en el derecho prusiano, el Código civil alemán dispone que para quien adquiriere un derecho real sobre la base de una inscripción en el Registro, ésta se tiene por exacta (no simplemente por presumida), a menos que se encuentre anotada una litis sobre la inexactitud de la inscripción o que esta inexactitud haya sido conocida por el adquirente; en otros términos, la fe pública del Registro sólo ampara al adquirente de buena fe, buena fe que se presume.

A diferencia de la legislación prusiana, el Código civil alemán no ha hecho distinción entre actos a título oneroso y actos a título gratuito. Sin embargo, el adquirente a título gratuito está sujeto a la acción de enriquecimiento indebido (Art. 816). Esto significa que no se da contra él una acción real sino personal, lo cual tiene grandísima importancia en caso de quiebra del donatario o si éste ha transmitido el derecho a un adquirente a título oneroso.

Repárese en que la fe pública ampara únicamente a los adquirentes mediante un negocio jurídico, quedando excluidos, por tanto, los adquirentes en virtud de una ejecución forzosa o en virtud de la ley.

Tampoco protege la fe pública las constituciones de derechos que no sean reales, como el arrendamiento, aun cuando se haya hecho entreps de la posesión del inmueble al arrendatario (Sobre estos puntos véase Wolff, p. 250). Esto obedece a la circunstancia de que en el Registro no

⁴ Nótese la similitud que existe entre la graduación de la causa ilícita conforme a la solución de los tribunales alemanes y la tesis de Menier respecto del carácter abstracto de la tradición en el derecho romano (nota 4). Una explicación de la tesis alemana véase en Alois Achenas, obra citada en la nota siguiente, t. I, p. 232 y ss.

se anotan los arrendamientos, lo que ha dado lugar a serias críticas (Hedemann, p. 90, y la nota del traductor).

VIII

¿Cómo debemos juzgar el sistema que acabo de describir en sus grandes líneas? (Son pocos los detalles omitidos, algunos de importancia).

Según Henri Capitant ofrece la "ventaja de dar al derecho de propiedad una base inmovible" (De la Cause des Obligations, p. 185, 2ª edn., París, 1924).

Sin embargo, esa base inmovible no surgiría tanto del acto abstracto cuanto de la fe pública de la inscripción respecto de los terceros de buena fe que conlacionen en ella.²

La concepción del acto abstracto de enajenación ha sido criticada sobre todo en la época del nazismo por "contrariar las concepciones populares" (véase la nota del traductor de Hedemann, p. 41 y la bibliografía que cita). Hemos visto, por otra parte, cómo la jurisprudencia no ha mantenido con mucha pureza la abstracción de la causa.

Por otra parte, son muy sugestivas las siguientes palabras de Martin Wolff: "En esto el derecho alemán difiere de casi todos los derechos extranjeros. Es dudoso si fué bella la idea de establecer además del acuerdo contenido en la compraventa (sobre la obligación de transmitir el derecho) otro acuerdo sobre la transmisión misma. En todo caso, la conciencia jurídica general y el derecho positivo se hallan en pleno desacuerdo en cuanto a esto" (op. cit., vol. I, p. 205).

No me atrevo, por eso, a abrir juicio sobre las ventajas o desventajas del acto abstracto. No oculto, sin embargo, mi impresión favorable. De cualquier modo, haría falta un conocimiento más acabado, lo que sólo podría lograrse mediante un examen del funcionamiento del sistema "in situ".

Lo que sí resulta indudable es la existencia de la organización del registro mismo y el principio de la fe pública.

Conviene recordar, finalmente, que la concepción del acto abstracto tiene un amplio desarrollo en el derecho alemán en el área del derecho de obligaciones y su estudio resulta de la más grande importancia para los que se interesen por el progreso del derecho nacional (véase nota 7).

² Con toda razón sostiene Adolfo Alieras: "El principio de la fe pública, arveja de todo el sistema del Código Civil de 1899, y el más notable hallazgo germánico, entraña, para nosotros, una de las aplicaciones más fundamentales del principio de la buena fe, pues, por definición, consiste en que la *aparéncia de derecho* real que surge del Registro, vale ante los terceros que conlacion en ella, como positiva realidad y queda equiparada a ésta en un todo" (El principio de la buena fe en el Proyecto de Reforma de 1936, t. I, p. 179. Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1942).