UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS Y TECNICAS RECIENTES

TITULO: "Frustrada intención de transformar el carácter de la inscripción registral inmobiliaria".

Apellido y Nombre del/los alumno/s: María Andrea CANTELMI – Nazareno HERRLEIN.

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo: Derecho Notarial y Registral.

Encargado de Curso Prof.: Dra. Silvina ROJAS TORRES

Año que se realiza el trabajo: 2013

“FRUSTRADA INTENCIÓN DE TRANSFORMAR EL CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA”.

INDICE

CAPITULO I

- **1.1.** Introducción.

CAPITULO II

- **2.1.** Los elementos indispensables para la adquisición de derechos reales sobre inmuebles.
- **2.2.** Publicidad.
- **2.3**. Artículo 2.505 del Código Civil. Antecedentes.
- **2.4.** Texto del Artículo 2.505 del Código Civil según Ley N° 17.711.

CAPITULO III

- **3.1.** Jurisprudencia.

CAPITULO IV

- **4.1.** Anteproyecto presentado por la Comisión reformadora. “El Debate”.

CAPITULO V

- **5.1.** Conclusión.

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

1.1 Introducción

Como es conocido por la gran mayoría de los ciudadanos, por Decreto Presidencial Nº 191 del 23/02/2011, se ordenó la creación de la "Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", en adelante "la Comisión", integrada por renombrados juristas: Ricardo Lorenzetti (Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), Elena Highton de Nolasco (Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

Dicha Comisión, tiene la difícil tarea de efectuar modificaciones y/o actualizaciones fundamentales a gran parte de nuestros institutos jurídicos.

Ese Anteproyecto de unificación, significa un cambio de alto impacto social que repercutirá, en mayor o menor medida, en cada uno de nosotros, por ellos resulta necesario que el mismo sea conocido por el común de la gente, a efectos de evitar situaciones "sorpresivas", las que podrán llegar a producir resultados, en algunos casos positivos y en otros no tanto, en la vida jurídica de las personas.

Por ello hemos decidido optar por analizar y explicar el que quizás, sea el que más sorprenda a los ciudadanos debido a lo cotidiano que resulta, la adquisición de derechos reales que se ejercen por la posesión.

Es así que, hemos decidido analizar y, de esta manera colocar al alcance de todos, una de los temas, que según nuestro interés, resulta trascendente para todos y cada uno de nosotros: *La inscripción de los inmuebles en La Argentina: constitutiva o declarativa?. A partir de la Reforma: la tradición sigue siendo un modo suficiente para adquirir derechos reales que se ejercen por la posesión? O la misma será sustituida por la inscripción registral?*

A partir de este interrogante, expondremos de la manera más sencilla posible, el cambio radical que pretendió efectuar la Comisión a la interpretación del art. 2505 del Código Civil, conjuntamente considerado con el art. 2 de la Ley 17.801.

CAPITULO II

2.1 Los elementos indispensables para la adquisición de derechos reales sobre inmuebles.

Consideramos necesario realizar una breve reseña en lo que respecta a qué se entiende por posesión, asi como también a que se refieren los doctrinarios cuando hablan de “publicidad posesoria” y su diferencia con la “publicidad registral”; asimismo, debemos referirnos a cuáles son los elementos considerados por el Código Civil, para la adquisición de derechos reales que se ejercen por la posesión, para, finalmente inmiscuirnos en lo que fue “El Debate” con respecto a la reforma de nuestro Código, específicamente, el carácter que se le prendía dar a la inscripción registral.

Para comenzar, debemos hacer mencionar a lo que estable el art. 577 de nuestro código civil, el que textualmente dice: *“Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.* Y Aquí debemos hacer hincapié en un instituto de gran importancia para el derecho, “la posesión”.

Desde los más antiguos estudios del Derecho Romano se ha discutido si la posesión es un hecho o un derecho.

Para un sector de la doctrina (Pothier, Savigny, Bonfante, Mariani de Vidal, Highton, etc), la posesión es un hecho, consiste en la aprehensión física de una cosa o en la posibilidad de aprehenderla cuando el

poseedor quiera, y que el Derecho contempla asignándole efectos jurídicos, siendo los más importantes las defensas o acciones posesorias.

Para otro sector (Ihering, Segovia, Borda, etc) es un derecho real, porque es un interés jurídicamente protegido, desde que la ley le otorga al poseedor protección mediante las acciones posesorias, y si tienen acciones significa que la ley le reconoce su derecho, y ese derecho es real porque aparece como una relación inmediata de la persona con la cosa.

Por su parte, Vélez Sarsfield, bajo la influencia de la doctrina de Savigny, en el art. 2351 del Código Civil argentino la conceptualiza expresando que ***"existe posesión de las cosas cuando alguna persona, por si o por otro, tenga una cosa bajo su poder (corpus), con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (animus domini)***.

La posesión tiene dos elementos, uno de carácter objetivo denominado CORPUS: es el poder físico que se ejerce sobre la cosa con voluntad jurídicamente relevante (no hay corpus cuando esa voluntad o existe: caso del demente o del menor de 10 años), y otro de carácter subjetivo llamado ANIMUS DOMINI: (animo de dueño), siguiendo a Savigny, puede decirse que existe cuando el poder físico se ejerce sin reconocer en otro un señorío superior en los hechos. El desconocimiento de un señorío superior tiene que manifestarse por hechos exteriores no bastando con la mera intensión. El poseedor se tiene que conducir en los hechos y públicamente como un verdadero propietario de la cosa.

Quizás, muchos de los lectores del presente trabajo se preguntes que relación puede llegar a surgir entre el texto del art. 577 del código civil y el instituto de la posesión? Y la respuesta a este interrogante se puede dar de la siguiente manera: Existen determinados *derechos reales que se ejercen por la posesión*, ellos son: dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso, habitación, prenda y anticresis.

Ahora bien, para adquirir estos derechos reales por medio de la posesión, resulta indispensable que coadyuven dos elementos importantes, el título y el modo suficiente.

Según el autor de nuestro Código Civil, para la transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles, estableció el sistema de título y modo cuando se trata de adquisiciones bilaterales.

- ✓ Título: es el acto jurídico causal, otorgado por una persona capaz y legitimada al efecto, e instrumentado por escritura pública.
- ✓ Modo: es la tradición prevista en el art. 577, con las exigencias del art. 2601 y siguientes. Para Vélez Sarsfield, el modo cumple dos funciones: por un lado, posibilita la relación directa e inmediata con la cosa por parte del sujeto titular del derecho real y, por el otro, tiene la función de publicidad. Como excepción a este sistema, el codificador estableció para las hipotecas un sistema de publicidad registral, teniendo en cuenta que se trata de un derecho real que no se ejerce por la posesión.

Por título suficiente se entiende: *es un acto jurídico que esta revestido de todas las solemnidades exigidas por la ley para que se produzca transferencia, adquisición o extinción de los derechos reales*, comúnmente seria la escritura pública.

Asimismo, cuando hablamos de “modo suficiente”, estamos haciendo referencia a la tradición.

La **tradición** proviene del latín ***traditio*** y éste a su vez de *tradere*, "entregar", y significa el acto por el que se hace entrega de una cosa, a una persona física o persona jurídica. En muchos ordenamientos jurídicos, la tradición supone un traspaso o transferencia, y constituye un modo de transferir la propiedad, pues para que ella se transfiera no es suficiente con la celebración de un contrato (como el de compraventa), sino que hace falta algo más: un modo de transferencia. Uno de ellos se denomina tradición o *traditio*.

Es decir que, nuestro Código Civil, hasta la reforma de la Ley 17.711 adopto para la transmisión y adquisición de los derechos reales sobre inmuebles el sistema de título y modo (o sea, título y tradición).

Este art. 577 debe ser analizado también en armonía con el vigente art. 2505 del C.C. el que textualmente dice: *“La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgara perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”*

La inscripción registral a la que alude, solo se establece a efectos de su oponibilidad a terceros, pero no para la constitución o adquisición de derechos reales, ya que estos existen previo a esa inscripción, siendo sus elementos indispensable, como dijimos ut supra, el título y el modo suficiente (esta ha sido la interpretación predominante en la doctrina).

Pero, como toda regla general admite excepciones, y en este caso la constituyen las hipotecas, ya que para ésta no se da la tradición de la cosa sobre la cual recae, debiéndose recurrirse para su creación a la denominada “publicidad registral”, es decir, a la inscripción en los registros respectivos.

Aquí resulta trascendente hacer referencia al art. 3108 del C.C., el que dice: “La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”. Es decir, la hipoteca es un derecho real, pero que posee la particularidad de que la cosa sobre la cual esta recae no es entregada al acreedor, sino que continua en posesión de su titular, pero para que esta quede efectivamente constituida , debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad del Inmueble, a efectos de su constitución, con lo cual, como podrá advertirse, aquí, para la adquisición de un derecho real sobre inmueble, no se requiere de la tradición, es decir del “modo suficiente”, sino que ésta es sustituida por la inscripción registral.

En síntesis, para adquisición de derechos reales, solo se requiere título y modo suficiente, con excepción del caso de las hipotecas. La pretendida inscripción registral a la que alude el art. 2505 C.C. solo tiene como efectos su oponibilidad a terceros, pero no es requisito de creación o adquisición de derechos reales.

2.2 Publicidad

Otro tema que nuestro criterio resulta trascendente es la "publicidad" y su clasificación, así como también los sistemas registral existente y, particularmente, el adoptado en nuestro país.

Siguiendo al Dr. Atilio CORNEJO, textualmente dice: *"…..La publicidad es una actividad, destinada a producir cognoscibilidad, porque siendo su destinatario la persona, el efectivo conocimiento dependerá, en definitiva, de la actitud y de la voluntad del destinatario, en conocer lo que se da a publicidad*. Continua diciendo que *"lo que se da a conocer en la llamada publicidad jurídica son hechos jurídicos y su finalidad es la producción de efectos jurídicos. No hay publicidad jurídica si no hay efectos derivados de esa publicidad"*.

Por su parte, Hernández Gil expresa que "publicidad" es la actividad dirigida a difundir y hacer notorio un acontecimiento y en otro sentido consiste en la exteriorización o divulgación de una situación jurídica.

Este autor afirma que "la publicidad se concreta en un procedimiento constituido por una serie de actos, cada uno de los cuales tiene su forma, común o especial, y el procedimiento es autónomo respecto a los actos o hechos, que por medio de él se hacen públicos”. Para este autor la publicidad propiamente dicha sólo se consigue por medio de órganos públicos regístrales dispuestos para ese fin específico.

Es decir, que según la postura de Hernández Gil, la única publicidad es la registral; es decir, la que se opera por medio de un registro. La publicidad no registral, que denomina “aformal o de hecho”, no es publicidad.

Posición diferente es lo que expresa Jorge H. ALTERINI. Este doctrinario del derecho estima que también es publicidad la que produce acontecimientos por otros medios distintos al registro. Habla así de la publicidad traditiva, considerando que en el esquema de Vélez Sársfield, la tradición era un medio de publicidad, aunque muy rudimentaria. Distinta es la publicidad que resulta de la relación real derivada de la tradición de la cosa -posesión, tenencia y yuxtaposición-, a la que denomina publicidad de los estados de hecho, de las que la más importante es la publicidad posesoria. Un ejemplo de ello es la derivada del art. 1277 del Cód. Civil, en cuanto exige el asentimiento conyugal, aunque se trate de bienes propios, si en el inmueble está radicado el hogar conyugal y existen hijos menores o incapaces. Éste es un estado de hecho que no tiene exteriorización en el registro, pero que resulta oponible a terceros.

Por ende, nos resta distinguir entre las denominadas "publicidad registral y publicidad posesoria".

Se puede definir por ***PUBLICIDAD REGISTRAL: "***aquella publicidad jurídica que se obtiene por medio de un órgano específico denominado registro.

Como vimos ut supra, para algunos autores, la publicidad es siempre registral, en cambio para otros, la publicidad jurídica puede ser o no registral, según que la actividad o el medio empleado sea o no el registro.

Diremos, que en un sentido amplio, se puede afirmar que los registros son los *organismos mediante los cuales se produce la publicidad jurídica*.

Se han establecido asimismo, diferentes clases de registros. En este caso nos limitaremos a definir aquellas clasificaciones que resultan acorde con el tema en análisis; en cuanto a las restantes, solo haremos mención de ellas pero sin entrar en su estudio de manera profunda.

Por un lado existen los denominados REGISTRO DE HECHOS (caso del Registro Civil y Capacidad de las Personas); REGISTRO DE ACTOS Y CONTRATOS.; REGISTRO DE DOCUMENTOS (caso de los registros de testamentos, de mandatos, etc); *REGISTRO DE TÍTULOS; REGISTRO DE DERECHOS: (no* existe en nuestro sistema jurídico); *REGISTROS PERSONALES Y REALES.* Los primeros tienen

fundamentalmente en miras al sujeto y no al objeto de la registración. Los reales son aquellos que se refieren al objeto de la registración, generalmente las cosas, sean éstas muebles o inmuebles; REGISTROS *DE TRANSCRIPCIÓN Y DE INSCRIPCIÓN.* En los primeros, la registración se efectúa mediante la transcripción literal e íntegra del documento, por medio de su incorporación o la de una copia. En el registro de inscripción, en cambio, el asiento se practica realizando un extracto de las constancias que, según la ley, deben ser publicadas; las que, tratándose de derechos reales, son las llamadas constancias de trascendencia real.

Finalmente, existe una última clasificación que para nosotros es de gran importancia y que se encuentra directamente vinculada con el tema planteado en el presente trabajo, es la que distingue entre ***REGISTROS DECLARATIVOS Y CONSTITUTIVOS.***

La distinción radica en cuanto a si el acto que se inscribe existe o no como tal, antes de practicarse la correspondiente inscripción. En los llamados registros declarativos, el derecho existe antes que ingrese el documento. La inscripción hace que ese derecho existente extrarregistralmente, pase a ser oponible a ciertos terceros. Un caso de registro declarativo es el de la Propiedad Inmueble, organizado por la ley 17.801, que, en su art. 2°, dispone que la inscripción es necesaria para la oponibilidad a terceros**.**

La inscripción tendrá el carácter de constitutiva cuando el derecho nace con ella. En nuestro .sistema, el Registro de la Propiedad Automotor es de carácter constitutivo, el derecho nace con la correspondiente inscripción registral, antes de ésta, el derecho no existe como tal.

SISTEMAS REGÍSTRALES: Otro de los temas que resultas de necesaria exposición, es el relativo a los sistemas registrales existentes. Cabe dejar en claro que el sistema que rige en nuestro país es el Sistema Francés, el cual, a lo largo de este trabajo, podrá advertirse esta afirmación, particularmente cuando hagamos hincapié en el carácter de la registración hoy vigente.

Según el doctrinario Atilio CORNEJO, cuando se habla de sistemas regístrales se hace referencia a las diferentes formas en que se pueden organizar los registros inmobiliarios, así como también a los diferentes efectos que en éstos puede tener la inscripción, no sólo en cuanto a ser declarativa o constitutiva, sino también en lo concerniente a la protección de los terceros.

Según este autor, se pueden encontrar tres tipos de sistemas:

a) *SISTEMA FRANCÉS*. La sanción por la falta de publicidad es la inoponibilidad a los terceros de la transmisión o constitución del derecho real. Pero entre las partes, el contrato es válido y productor de obligaciones.

b) SISTEMA ALEMÁN. Las características principales del sistema alemán son: El procedimiento es oficial. El registro es una sección especial de los tribunales de distrito, dirigida por un juez. El procedimiento es de jurisdicción voluntaria. El Estado responde por las inexactitudes regístrales y el acceso a los libros es público para quien acredite un interés legítimo. Cada finca tiene una hoja registral propia que se llama *folio real*. Cada inscripción supone una posición registral. La inscripción es un presupuesto para la adquisición del derecho. Para esta adquisición de derechos sobre una finca se requiere el convenio de los interesados y la inscripción en el registro. Ambos elementos son constitutivos, si falta alguno de los dos queda excluida la adquisición Se presume que los derechos inscriptos existen (fe pública) y que los no inscriptos no existen, pero se admite la prueba en contrario. Respecto de los terceros de buena fe se los protege en cuanto han confiado en el contenido del registro. La prescripción que confirma las inexactitud opera a los treinta años.

c) SISTEMA AUSTRALIANO O TORRENS. El elemento fundamental de este sistema pasa por la matriculación del inmueble que es el requisito fundamental para que el inmueble quede incorporado al sistema. La matriculación o inmatriculación se inicia con una solicitud del propietario de incorporarse al sistema. El registro realiza análisis de los títulos correspondientes a esa propiedad, así como también de la configuración física del bien, es decir que el análisis es jurídico y topográfico. Si no se encuentra objeción, y previa posibilidad de que los terceros formulen oposición al pedido

de inmatriculación, el registro dicta una resolución disponiéndola y emitiendo el segundo elemento fundamental del sistema que es llamado certificado de título. Éste se emite por duplicado, el original queda en el registro y constituye el folio registral. Para transferir el dominio de un inmueble ya incorporado al sistema, se presenta en el registro el acto causal y el certificado de título. El registro efectúa un detenido análisis de ambos elementos y, si no encuentra objeción que formular, procede a inscribir la transferencia mediante el siguiente procedimiento: confecciona en original y duplicado un nuevo certificado con la modificación operada por la nueva transferencia y anula el anterior. En cada transferencia se entiende que el dominio vuelve al Estado y es éste quien lo transfiere al adquirente. Cualquier error que produzca un perjuicio a un tercero, se subsana por intermedio de una indemnización, a cuyo fin existe un completo sistema de seguros.

2.3 Artículo 2.505 del Código Civil. Antecedentes

Tal como lo expresa Américo Atilio CORNEJO en su obra: “Derecho Registral”, desde un primer momento se advirtió acerca de los inconvenientes que traía aparejado el sistema publicitario previsto por Vélez Sarsfield para los inmuebles.

Esto motivó la presentación de distintos proyectos de reforma al sistema que procuraron remediar la apuntada omisión de nuestro Código Civil en materia de organización registral.

Así en el año 1899 el diputado nacional Eleodoro Lobos, presentó un proyecto de ley a la Cámara de la que formaba parte, planteando agregar al Código Civil un artículo final que llevaría el número 4052 en el que propugnaba un sistema de inscripción constitutiva, y en su texto decía: “en todos los casos en que este Código exija la tradición en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solo se juzgara hecha esa tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad de los respectivos instrumentos públicos”.

Este proyecto de Lobos se inspiraba en el Esboco de Freitas, que Vélez Sarsfield desdeño al redactar el Código.

Al decir de López de Zavalia, el proyecto era fiel al sistema de título y modo, diferenciándose de lo dispuesto por Vélez Sarsfield en que se reemplazaba a la tradición como acto material de entrega por la inscripción de los documentos en el registro, como única manera de que se tuviera por realizada la tradición en materia de inmuebles. La inscripción pasa a ser constitutiva. Antes de ella no hay tradición, no hay modo, no hay derecho real.

En 1911, el Poder Ejecutivo reproduce el proyecto del diputado Lobos, y, en 1959, la III Conferencia Nacional de Abogados propone como norma transitoria la adopción del proyecto Lobos hasta una reforma integral del Código.

Luego tanto en el Anteproyecto Bibiloni como en el Proyecto de Código Civil de 1936 también se perseguía reemplazar la tradición por una

inscripción registral constitutiva. Se quería así establecer un sistema de tipo germánico a través del cual se asignaba a las constancias el principio de fe pública registral tendiente a salvaguardar los derechos de los adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Por su parte el Anteproyecto de 1954 también contenía disposiciones relativas al Registro de Inmuebles, propiciando una inscripción registral constitutiva.

El III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en el año 1969, es la fuente inmediata del art. 2505. Allí se elaboró la “recomendación n° 9”, la que se aprobó en base a una ponencia de Julio Lezana, que seguía los lineamientos del proyecto del diputado Eleodoro Lobos y decía así: *"La tradición que requiere este Código para la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se considerará completada mediante la inscripción de los respectivos documentos en los registros inmobiliarios"*.

La tradición requerida para la adquisición transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda y en todos los demás casos esas adquisiciones transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

2.4 Texto del artículo 2.505 del Código Civil según Ley N° 17.711

Ya hemos señalado los antecedentes respecto al art. 2505 del Código Civil. A continuación, veremos el vigente art. 2505, según la Ley 17.711, el que textualmente dice: "La adquisición o *transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".*

Si analizamos detalladamente dicho texto, podremos observar la contradicción, en cuanto a interpretación se refiere, entre su párrafo primero y segundo.

De acuerdo con la primera parte del art. 2505 “las adquisiciones sólo se perfeccionan con la inscripción del título en el registro”, con lo cual se podría llegar a la conclusión de que se está consagrando una inscripción constitutiva.

Pero, cuando analizamos detenidamente la segunda parte del mismo artículo, que expresa “que las adquisiciones serán oponibles con la registración”, estaría consagrando un sistema declarativo.

Esta contradicción de la que adolecía el texto del art. 2505 fue subsanado con el dictado de la Ley Nacional de Registro de la Propiedad

Inmueble, bajo el número 17.801, que en su art. 2° establece claramente que *la inscripción es a los fines de la oponibilidad a terceros*, completándose de esta manera el texto del art. 2505.

Algunos autores sostienen, que en nuestro sistema la inscripción en materia inmobiliaria es constitutiva. Postura que pretendió ser incorporada con la redacción del Anteproyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de nuestro país, ya que, fue la inclinación originaria adoptada por los miembros de la Comisión.

Quienes sostuvieron dicha posición parten de una premisa incuestionable como es la de considerar de la esencia de los derechos reales el ser absoluto y, por tanto, oponible *erga omnes*

En consecuencia, decir que el derecho real, pendiente la inscripción, existe entre partes pero no es oponible a terceros o, como dice el art. 20 de la ley 17.801 y el art. 3135 del Cód. Civil que existirían frente a personas determinadas, no es un derecho real sino una figura híbrida. Consideran que cuando el art. 2505 habla de terceros no cabe hacer distinción alguna: tercero es quien no es parte.

Según Atilio CORNEJO la cuestión pasa por aclarar bien qué se entiende por inscripción constitutiva y por inscripción declarativa. Este autor expresamente dice: *"la inscripción constitutiva se configura cuando la inscripción es un requisito para la existencia del acto. Antes de la inscripción, el derecho real no existe. En cambio, respecto a qué se entiende por inscripción*

declarativa, para este doctrinario, el concepto varía. Y dice: si se expresa que en una inscripción declarativa, el derecho real existe frente a las partes pero no es oponible a terceros, sencillamente no existe la inscripción declarativa, porque la sola enunciación encierra una contradicción total, ya que si el derecho real es por esencia oponible erga omnes, no puedo decir que hay un derecho real que no es oponible erga omnes. Es decir que con ese enfoque nunca existiría la inscripción declarativa. En cambio, si nosotros expresamos que en la inscripción declarativa el derecho real existe antes de la inscripción y por tal es oponible erga omnes, salvo a ciertos terceros, no existe tal contradicción". Antes de la inscripción es ya absoluta, oponible *erga omnes,* la limitación de su oponibilidad se da sólo frente a ciertos terceros, lo que no le quita el carácter de derecho real.

Desde este enfoque participamos de la postura ampliamente mayoritaria en el sentido de que la inscripción en materia inmobiliaria a la luz del art. 2505 del Cód. Civil y del art. 2° de la ley 17.801 es declarativa.

Tal como lo mencionamos ut supra, el texto del art. 2505 fue completado, en lo que se refiere a su interpretación, con el texto del art. 2 de la let 17.801. Dicho artículo textualmente dice: *"De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) los que dispongan embargos,*

inhibiciones y demás providencias cautelares; c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales".

García Coni expresa que ni en el Código Civil, así como tampoco en la Ley 17.801 figura expresamente la obligación inscriptiva, pero si aparece en las normas locales organizativas de los registros. El legislador debió poner de resalto en la norma el carácter obligatorio de la registración de manera clara y directa. Es por ausencia que se debe acudir a interpretaciones doctrinarias.

Así este autor dirá: *"Un registro será obligatorio cuando la falta de registración produzca una consecuencia negativa a su titular, lo que sería una sanción por el incumplimiento de la obligación de registrar; pero si la falta de registración no deviene ningún efecto negativo diremos que se trata de un registro facultativo voluntario".*

No debe confundirse la registración obligatoria con el efecto constitutivo de la inscripción; si bien todo registro constitutivo es por principio obligatorio, esa consecuencia no se produce por efecto de alguna sanción sino por faltar uno de los elementos constitutivos del derecho.

Para Moisset de Españes la exigencia de la registración en la ley 17.801 aparece muy clara. Expresa que la obligatoriedad de una conducta establecida por la ley surge de la sanción frente a su incumplimiento; y en el caso de esta ley, la obligatoriedad de la inscripción nace del art. 2 que impone este deber de manera muy clara. La sanción, la constituiría, la

imposibilidad de disponer del derecho por parte del titular no inscripto ya que si este quisiera hacerlo y cuando solicitara el certificado expedido por el registro no surgirá la titularidad del transmitente y no podrá celebrar el negocio que deseaba efectuar.

Por lo dicho la registración obligatoria reporta grandes ventajas para el orden jurídico dado que se puede conocer y saber con exactitud el titular, las condiciones, la situación jurídica del bien y del titular y esto trae una gran seguridad en todos los órdenes.

Otro tema no menor son los alcances de los efectos de la registración y si se le adjudica efectos constitutivos o declarativos. La diferencia entre uno y otro sistema resulta tan transcendente que marca la diferencia entre tener o no un derecho, ser o no propietario de un determinado bien.

Si el registro es constitutivo (como es el registro automotor argentino) *el derecho no ha nacido ni aun entre las partes hasta tanto no haya sido registrado en el correspondiente registro*.

Acertadamente, este art. 2 que es objeto de estudio en esta parte de nuestra tesina, aclara el dispositivo del art. 2505 del Código Civil, modificado por Ley 17.711, ya que como señalamos en otros párrafos, la redacción del ese artículo no resultaba del todo sencilla y clara.

La primera parte del art. 2505 C.C. establece que: *"La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se*

juzgara perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda…". Y he aquí el problema: si se considera que la expresión "perfeccionar" en el mundo del derecho evoca la idea de llegar a la plenitud de la eficacia, ello podría generar en los intérpretes desprevenidos la idea de que el derecho real aún no existe, mientras no haya sido registrado.

Por ello, los distintos interpretes y/o doctrinarios expresan que la redacción de la primera parte de esta norma no era del todo correcta. Sin embargo, la parte final del art. 2505 aclara por completo su objetivo cuando textualmente dice: *"…Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas"*. Es decir, no es que el derecho real no haya nacido, sino que la falta de registración producirá una mengua en su oponibilidad, la que ya no será *erga omnes* (respecto de todos), típico efecto de los derechos absolutos como lo son los derechos reales; sino *erga aliquis* (respecto de algunos); surgiendo así con total claridad, el **efecto declarativos de la registración**.

Continuando con el análisis del art. 2 de la Ley 17.801, se hace referencia a la diferencia entre <u>inscripción y anotación</u>, términos que no son sinónimos dado que las inscripciones aluden al tema de las mutaciones jurídicos y reales como son las que constituyen, transmiten, modifican derechos reales sobre los inmuebles y en cambio las anotaciones solo se refieren a cualquier otra registración que justamente no producen mutación real alguna.

Otra cuestión a debatir es que actos o medidas serán objetos de registración. En los tres incisos la norma determina cada género de actos y medidas que podrán tener cabida en los registros inmobiliarios. A continuación analizaremos cada uno de los incisos de esta norma: El inc a) dice expresamente: "*constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales"*.

El art. 2503 del Código Civil menciona textualmente cuales son los derechos reales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, asimismo el art. 577 expresa que antes de la tradición de la cosa no se adquiere sobre ella ningún derecho real y le quedará al adquirente una acción personal por el incumplimiento del contrato, pero no emanada de un derecho real que, a consecuencia de la falta de tradición, no puede nacer en cabeza del acreedor.

La teoría del título y del modo en la constitución de los derechos reales surge en nuestra legislación en el art. 577 del Código Civil, que se refiere a la tradición, complementado con los arts. 2601 a 2603 que regulan concretamente la tradición traslativa del dominio.

Entre las clasificación de los modos de adquirir, la más importante es la que establece la diferencia entre los *modos originarios y los derivados*. Los primeros se dan cuando el derecho se constituyó con independencia de todo otro derecho anterior sobre la cosa, o sea que el derecho nace allí (ejemplo: la caza y pesca). En estos casos, proporciona un dominio impecable, desprovisto de todos los vicios y gravámenes.

En cambio, los segundos se da cuando contamos con un complemento contractual, ya sea verbal o escrito, con determinadas formas, pero existirá un convenio. En estos casos el derecho deriva de un titular anterior.

Según el título que opere, será el modo apropiado para la constitución del derecho real. Cuando el título es genérico (la ley), dicho título está esperando que venga el sujeto adquirente y protagonice el modo, a los fines de determinar la constitución del derecho real a su favor. Dicho modo será necesariamente originario.

En cambio cuando se trata de adquirir un modo derivado, su causa o título complementario será necesariamente un acto jurídico, un contrato que contendrá entre sus obligaciones, la entregar cosas ciertas para constituir derechos reales.

Recordemos que la perfección del derecho real solo se produce mediante la inscripción de los respectivos derechos.

Ya sea con una finalidad publicitaria o con otro fin la inscripción registral ha venido a sumarse a los elementos título y modo que se involucraban en el acto transmitido.

La inscripción no integra ni el título ni el modo. El título o causa de adquisición solo será oponible entre las partes mientras no esté registrado. El carácter erga omnes típico del derecho real se verá

menoscabado ante la falta de inscripción ya que su derecho no será oponible al tercero registral. Por aplicación del art. 20 ley 17801 no solo entre partes será oponible el negocio sino también respecto de los testigos del acto y del propio funcionario autorizante del acto.

Conforme el art. 577 del Código Civil, a un registro declarativo solo ingresan lo títulos o los elementos acreditativos del título y no los modos, pero ni la existencia de un título o causa, ni su registración, pueden determinarnos o probar acabadamente que estamos frente al verdadero titular de un derecho real.

Encontramos cuatros supuestos en los que, como excepción, podríamos tener certeza de que el registrado tiene, efectivamente, la titularidad del derecho real que se trate.

1. Cuando la registración tiene efectos constitutivo (Automotores)
2. Las adquisiciones por subasta pública (art. 916: antiguo código procesal de Córdoba)
3. Incorporación de inmuebles al registro en los casos de bienes que aun no han sido matriculados.
4. Las adquisiciones por modos originarios (aluvión y avulsión)

Al hablar de titularidad de un derecho real podemos estar aludiendo a tres situaciones:

1. *Titularidad cartular*: es la que se logra con el instrumento apropiado, con las formas establecidas por ley, conteniendo una causa idónea. Ej. Se instrumenta en escritura la venta de un bien; cuando el juez aprueba las particiones de los herederos en una sucesión.
2. *Titularidad registral*: es la que surge de las constancias registrales, o sea, que es titular quien figura en los asientos. Cuando el sistema es no convalidante, como el nuestro, la mera titularidad registral no nos determina irrefutablemente la titularidad real del derecho. En un sistema de registración constitutiva la sola inscripción nos determina la titularidad real. En un sistema convalidante en el que la sola registración subsana los defectos que tuvieran los registros como es el caso del sistema Torrens.
3. *Titular real*: es el más completo e implica tener efectivamente el derecho real que se pretende.

Recordemos que el registro inmobiliario de nuestro país establece una inscripción declarativa es decir que, hasta que no se registre el derecho, (salvo las personas enumeradas en el art. 20 ley 17801), no resulta oponible.

Este tema está relacionado con el tracto sucesivo y el tracto abreviado, pues cuando los modos son originarios el requisito del tracto sucesivo brilla por su ausencia. Este tracto solo será exigible cuando el modo es derivado. Su falta, es impedimento para la registración cuando el

derecho deviene de un titular anterior. En los modos originarios esa exigencia es un absurdo.

Respecto de los sujetos a quienes el acto no le es oponible, el derecho no registrado directamente no existe, o sea, que ese derecho no es oponible para mí. Si falta la inscripción, los terceros interesados podrán actuar como si la titularidad todavía no se hubiere transferido.

El art 2 de la ley 17801 menciona como actos registrables las transmisiones, refiriéndose a todo contrato traslativo dominial: compraventa, donación, permuta, aporte en capital, dación en pago etc.

En cuanto a los actos que declaren derechos reales, alude a todos los actos particionarios, referidos a las liquidaciones de comunidades o del condominio.

Tanto en el condominio, así como en la comunidad hereditaria (3503 CC), o la comunidad de gananciales para el caso de la sociedad conyugal, la partición efectuada generara efectos solo declarativos, puesto que deberá considerarse que el dominio se adquirió directamente en forma plena por el actual titular, o directamente del causante, en el caso de los herederos adjudicatarios. En estos casos la causa o título registrable no es propiamente causa de adquisición, sino de modificación.

Asimismo, constituirá una declaración, la adquisición producida por efecto de un modo originario, dado que en todas ellas lo único que hace al instrumento que corrobora la titularidad es dejar acreditado el supuesto factico de la adquisición. Pero el efecto de la sentencia o declaración administrativa es solo declarativo y así ocurre en los casos de usucapión (4015 CC) o aluvión (2573 CC).

El inc. C) del artículo 2 de la Ley 17.801, establece en forma genérica la posibilidad de registración de otros actos que dispongan las leyes, o sea se torna viable la facultad de registrar cualquiera otra figura que el legislador considere conveniente. Es por virtud de este dispositivo que pueden ingresar al Registro de la Propiedad del Inmueble: la afectación a bien de familia (ley 14.394), boletos de compraventas en los casos de ventas de lotes a plazos (ley 14.005), los contratos en los casos de venta de futuras unidades de propiedad horizontal previstos en la ley de prehorizontalidad (ley 19724); las cesiones de derechos hereditarios; los contratos de arrendamientos y aparecerías.

Con el instituto de la Ley Nº 14394 “Bien de Familia”, se logra que el bien quede alejado de la posibilidad de agresión de los acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a su registración, pero no de los anteriores.

Es costumbre en los negocios la celebración de un boleto aunque, como sabemos, el negocio puede celebrarse directamente en una

escritura pública, esto último casi nunca sucede. El boleto de compraventa constituye un contrato y conforme al art. 1323 del C.C., el efecto de los contratos es hacer nacer obligaciones y genera para el vendedor la obligación de entregar el bien y la acción del comprador de exigir la entrega de la cosa, siempre y cuando el comprador haya cumplimentado con todas sus obligaciones contractuales, como sería, el pago.

Ahora bien, luego de analizar el art. 2505 del Código Civil, según la redacción de la Ley 17.711, conjuntamente con el análisis efectuado del art. 2 de la Ley 17.801, normas que, según vimos, deben ser analizadas complementariamente, efectuaremos una escueta reseña respecto de la función que cumple la tradición en nuestro sistema, recordando que, a lo largo de todo este trabajo, hicimos referencia a que, cuando hablamos de “modo suficiente” para la adquisición de derechos reales, nos estamos refiriéndonos, particularmente a “la tradición”. Par desarrollar este tema, decidimos seguir al Dr. Atilio CORNEJO, en su obra “Derecho Registral” – Editorial Astrea.

Según el art. 577 del Cód. Civil, "antes *de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".* **La tradición cumplía, en el sistema de Vélez Sarsfield (es decir, antes de la reforma efectuada por la ley 17.711) dos funciones: por un lado, era el elemento necesario para poner en contacto al titular del derecho real con la cosa, posibilitando su ejercicio, y por el otro, era el medio de**

publicidad previsto para todos los derechos reales, excepto la hipoteca.

Y aquí resulta necesario e importante efectuar una distinción de manera previa: debemos diferenciar la tradición como modo de adquirir la posesión, y la tradición como modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales que se ejercen por la posesión. El primer supuesto, está definida en el art. 2377 del Código Civil, en cuanto establece que *"habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese";* que consisten en actos materiales y se exige la capacidad del art. 2392 del Cód. Civil.

En cambio, la tradición como modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales se exige, además de la tradición de la posesión, ser propietario, y debe existir plena capacidad tanto en el enajenante como en el adquirente (art. 2601). Debe haber título suficiente en el sentido del acto jurídico causal (art. 2602) y, tratándose de inmuebles, se requiere además la escritura pública (arts. 2609 y 1184). **La tradición de Vélez Sarsfield es el modo de adquirir derechos reales (art. 2524, inc. 4°) y era, además, el medio de publicidad (nota al art. 577).**

Con el dictado de la Ley 17.711, la tradición sigue siendo medio de publicidad en materia de derechos reales sobre cosas muebles no registrables. En cambio, para las cosas muebles registrables y para los inmuebles, en principio, la tradición ha sido sustituida por la inscripción.

Como ya hemos dicho, el art. 2505, apartándose de sus antecedentes, no *e*stablece que la inscripción completa no perfecciona la tradición, no es un requisito de ella, sino *q*ue es un elemento de la oponibilidad de la adquisición, *e*s un requisito distinto a la tradición.

Pero, según nuestro doctrinario, de lo que no hay duda alguna es que la función de la tradición en Vélez Sarsfield, de *se*r modo de adquisición, en cuanto posibilita la relación directa e inmediata del sujeto con la cosa que es de la esencia del derecho real, subsiste.

Es decir, la tradición en materia inmobiliaria ha dejado de ser un medio de publicidad del derecho real, pero continúa siendo el modo de adquisición del derecho real y como tal constitutivo, permaneciendo con total y plena vigencia el principio consagrado por el art. 577, en el sentido de que antes de la tradición el acreedor no adquiere ningún derecho real.

Como dijimos en el capítulo en el cual analizamos "publicidad", debíamos distinguir claramente entre lo que se entendía por publicidad registral (ya analizada) y "publicidad posesoria". Retomando a dicho tema, y siguiendo a Atilio CORNEJO, éste, respecto de la publicidad posesoria textualmente dice: *"…hemos hecho referencia a la difusión, acerca de si la publicidad es exclusivamente la que se realiza por medio de un registro o si, al contrario, también puede haber publicidad en el sentido técnico jurídico por otros medios. Hemos visto también que, en materia inmobiliaria, en Vélez Sársfield la publicidad era no registral, realizándose*

por medio de la tradición y que, en principio, luego de la reforma por la ley 17.711, la tradición ha sido sustituida por la inscripción en cuanto modo de publicidad…".

Ahora bien, el interrogante que debemos hacernos tanto nosotros como los futuros lectores del presente trabajo es: la publicidad registral es el único medio de publicidad en materia inmobiliaria, o si existen otros, teniendo en cuenta que ya la tradición ha dejado de serlo?.

A dicha pregunta A. CORNEJO expresa: *"Se sostiene que la tradición como medio de publicidad es equívoca, pero que no lo es la relación real derivada de la tradición que puede ser de posesión, de tenencia e incluso de mera yuxtaposición. Hay ciertos estados de hecho derivados de una relación real que son oponibles a terceros, al margen de lo que indican los registros de la jurisdicción donde se encuentra ubicado el inmueble. Un caso es el del retentor de la cosa por mejoras, frente al acreedor hipotecario de fecha posterior, y otro es el estado de hecho consistente en que en un inmueble esté constituido el hogar conyugal y haya hijos menores o incapaces, contemplada por el art. 1277. El tema a debatir es si la posesión derivada de la tradición puede, en ciertos casos en materia inmobiliaria, constituirse en un modo de publicidad registral y, en consecuencia, si esa posesión puede ser opuesta a terceros"*.

CAPITULO III

3.1 Jurisprudencia

CASO "TODROS". El presupuesto fáctico del caso era el siguiente: una persona titular del dominio vendió el inmueble por boleto de compraventa a otra, a quien le hizo tradición mediante la entrega de la posesión. Posteriormente, el mismo titular qué había vendido por boleto, vuelve a vender el inmueble a otro, a quien le otorga escritura, la que se inscribe en el registro de inmuebles. Obviamente, a este adquirente no le pudo hacer tradición, ya que con anterioridad se había desprendido voluntariamente de la posesión de la cosa. El nuevo adquirente, a su vez, hipoteca la cosa a un tercero, el que ante la falta de pago ejecuta la hipoteca. En ese momento, el adquirente con boleto y posesión plantea dos cosas: por un lado la nulidad de la escritura de venta, porque no hay tradición de la cosa ni, por tanto, transmisión del dominio, y la nulidad de la hipoteca, porque el constituyente no es propietario de la cosa. A tal planteo, el acreedor hipotecario opone su carácter de tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, invocando a su favor el art. 1051 del Cód. Civil, ya que quien constituyó la hipoteca aparecía en el registro como el titular del dominio de la cosa. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con el voto deJorge Alterini, resolvió la cuestión diciendo: "Al efecto de la colisión existente entre el comprador por boleto y los acreedores en virtud de una hipoteca constituida por quien con posterioridad a aquél adquirió el mismo inmueble por escritura, es inaplicable el art. 1051 del Cód. Civil si éste nunca recibió la tradición del bien", agregando que "la buena fe contemplada en el art. 1051 del Cód. Civil no es compatible con la

negligencia de los acreedores hipotecarios que se contentaron con las manifestaciones efectuadas en la escritura que instrumentó la venta en favor del constituyente de la hipoteca, en el sentido de que se le otorgaba la tradición, sin haber requerido una certera constatación del estado de-ocupación del inmueble, que de haberse efectuado hubiera demostrado la imposibilidad de la adquisición posesoria por aquél". Dice luego que "entre un titular por boleto que exteriorizó su derecho por la vía publicitaria prevista en el sistema vigente, y acreedores hipotecarios que por una falta de diligencia más o menos marcada no conocieron o actuaron como si ignoraran el boleto previo, **la opción debe favorecer ineludiblemente al poseedor por boleto**". Específicamente sobre el punto, Alterini luego de referirse a la publicidad de los estados de hecho, dice que "**si bien la superioridad de la publicidad registral sobre la posesoria es indiscutible desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora**, que cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral; de allí que **la realidad viva podrá mostrar a veces la eficiencia de la publicidad posesoria**, que hasta el Código de Prusia de 1794 debió computar que, concebida como publicidad del vulgo, se contrapone a la publicidad registral acuñada en el gabinete jurídico" Sobre esta cuestión dijeron que "cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe".

CAPITULO IV

4.1 Anteproyecto presentado por la Comisión reformadora. "El Debate"

Hemos arribado al tema que efectivamente nos interesa, el denominado "Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, particularmente, EL DEBATE, formado en torno a ello.

El anteproyecto de reforma del Código Civil elaborado por la Comisión, proponía, en sus inicios, para todos los derechos reales sobre inmuebles, un sistema de inscripción constitutiva. Consideraba a esta propuesta como un cambio sustancial respecto al sistema actual.

Existe consenso en que la legislación vigente consagra un sistema de inscripción declarativa. El derecho real nace fuera del registro una vez que existe título y modo. El título es el acto jurídico causal con la forma legal impuesta y el modo, es la tradición. La inscripción es otro requisito, pero que no hace a la existencia del derecho real, sino a su oponibilidad a ciertos terceros.

Gran parte de la doctrina mostró su oposición a la postura que intentó exponer la Comisión, entre ellos podemos mencionar al Dr. Atilio

CORNEJO, así como también al joven escribano Marcelo Eduardo URBANEJA.

En base a las ponencias de estos dos autores es que analizaremos la postura que se pretendía y sus desventajas.

Uno de los artículos referidos al tema es el 1892 el que textualmente dice: *"Titulo y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficiente. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesario, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.*

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho asi lo requiera.

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el titulo y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto…".

De acuerdo a la opinión de CORNEJO, para que la pretendida reforma fuere coherente con el cambio propuesto se debía establecer que el principio de convalidación en materia de derechos reales se aplicaría también a la hipoteca; y que no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos ni aquéllos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho.

También se propuso que la sentencia declarativa de prescripción larga no tuvieran efecto retroactivo al tiempo en que comenzó la posesión y que en materia de dominio revocable, si la cosa es registrable, se requiera inscribir la readquisición.

Por último, se permite que a requerimiento del comprador, del vendedor, o de otro interesado puedan inscribirse los boletos de compraventa, a los efectos de su oponibilidad, (tema de gran importancia, pero que escapa de nuestro ámbito de estudio, motivo por el cual no será abordado en el presente trabajo, ya que merece un análisis aparte).

Entre los fundamentos adoptados para justificar tal cambio en nuestro sistema jurídico se dijo*: "…la contradicción del sistema vigente en el que si bien el derecho real existe como tal antes de su inscripción, salvo para ciertos terceros, por aplicación del artículo 23 de la ley 17801 "quien tiene un derecho real sobre un inmueble sin inscribir, no puede transmitirlo ni puede*

constituir derechos reales de menor contenido, pues no puede otorgar a su vez el título a un tercero; dicho de otra manera, el verdadero titular de un derecho real, aun cuando no exista tercero con interés suficiente para desconocerlo, es titular frente a todos de un derecho real intransmisible. Para transmitir o constituir un derecho real derivado del que tiene, deberá registrar su titularidad."

Como segundo argumento se expreso que *"hay una falta de concordancia en el sistema actual entre la tradición y la inscripción, habida cuenta que "en razón de que en el Registro de la Propiedad Inmueble se inscriben documentos, o sea títulos, independientemente de que se haya adquirido realmente el derecho real, quien no es titular de un derecho real por no habérsele hecho tradición de la cosa, puede otorgar el título a un tercero. Ello por cuanto el hecho de la posesión no tiene jamás acceso al registro, pese a ser el modo suficiente para constituir el derecho real. De esa manera, quien adquiere un título puede a la vez transmitir lo que, de acuerdo a las constancias del registro, parece ser un derecho real, pese a que el mismo no existe en la realidad extrarregistral por falta de tradición posesoria.*

Finalmente se afirmo que *"…atribuirle efectos publicitarios a la posesión en materia de inmuebles genera conflictos que sólo se resolverán "probando situaciones fácticas que nadie pudo prever. Menos un inversor o un comprador que descansa en la información del Registro." y que "los pleitos son y seguirán siendo interminables de mantener el sistema actual o incorporar modificaciones que giren sobre la tradición como modo suficiente para adquirir*

o constituir derechos reales sobre cosas registrables, especialmente derechos sobre inmueble".

De los fundamentos ut supra mencionados, el profesor CORNEJO opina que…"el actual sistema de inscripción declarativa, donde la inscripción es al sólo efecto de tornar oponible el derecho real a terceros interesados funciona sin problemas, por lo que no se advierte la necesidad de su modificación.

La publicidad posesoria como elemento para tener en cuenta al resolver conflictos entre terceros interesados y poseedores de buena fe permite dar soluciones a conflictos entre acreedores, según las circunstancias y particularidades del caso que debe ser resuelto. En cambio, en un ***sistema de inscripción constitutiva se puede arribar a soluciones totalmente injustas y ajenas a realidades económicas y sociales*** del caso concreto que se debe resolver.

En efecto, en el sistema originariamente propuesto, la tradición dejaría de ser el modo de adquisición de los derechos reales. Esto significaba que quien tenga una escritura inscripta, seria titular del derecho real, con prescindencia que el inmueble se encuentre poseído por terceros con anterioridad. Los poseedores, cualquiera sea el tiempo de la misma, no podrán hacerla valer frente al adquirente, incluso, si son poseedores con más de veinte años, los derechos derivados de esa circunstancia no tiene efecto retroactivo.

Con esta postura primitiva de la Comisión, no se tuvo en cuenta que en muchos lugares de la República Argentina hay una discordancia entre la realidad registral y la realidad extraregistral al existir inmuebles, sobre todo en zonas rurales, donde quien aparece con titular registral nunca ha tenido la posesión, comportándose como tales los antiguos ocupantes del lugar, que tiene sus “puestos”, sus animales y que son lugares donde, ya sea por sus características geográficas o por su extensión, no existe el alambrado perimetral llegando en ciertos casos a existir una suerte de coposesión de tierras para pastaje de sus animales.

Y en este punto resulta de gran importancia citar algunos ejemplos a los efectos de su mejor y más clara interpretación.

Uno de los ejemplos, quizás el más conocidos por los alumnos y/o profesionales de esta provincia, es el actual caso del puesto del oeste pampeanos Señor Simplicio Policarpo ALBORNOZ, Este puestero, según las versiones periodísticas en torno al caso, vive desde hace más de 70 años en un predio rural de 10.000 hectáreas, ubicado en la localidad de Limay Mahuida. En la década de 90, aproximadamente, dichos campos fueron adquiridos por los hermanos De Franco, pero nunca ejercieron la posesión sobre dichas tierras. Pasado los años, esos inmuebles fueron vendidos a terceros, figurando como titulares registrales, los hermanos De Franco. Cabe aclarar que la familia Albornoz, oportunamente, inicio la prescripción veinteñal, pero que, según las versiones periodísticas, no llego a buen puerto. Los compradores de dichas tierras efectuaron el cercado de las mismas, impidiendo

la entrada y salida del Sr. ALBORNOZ de su hogar así como también, se interrumpió el paso de los vacunos a las aguadas, lo que trajo como consecuencia, el comienzo de la mortandad de tales animales. Hoy por hoy, los nuevos propietarios intentar desalojar al Señor ALBORNOZ y su familia, de esas 10.000 hectáreas, con el fundamento de que esas tierras tiene dueño, que no es precisamente quien las habito durante largos años, cuestión que, lógicamente, deberá resolver nuestra justicia pampeana.

Otro ejemplo a citar se da en la Provincia de Salta, existe actualmente un conflicto que refleja la realidad concreta de lo que venimos señalando. Existe una localidad denominada Los Toldos, ubicada en el norte de Salta, cerca del límite con Bolivia. Es un pueblo con su Municipalidad, sus espacios públicos y numerosos habitantes con sus casas y terrenos de cultivo. Pues bien, todo el terreno ocupado por el pueblo de Los Toldos figura en el Registro de la Propiedad a nombre de una sociedad anónima que lo ha hipotecado. La ejecución está avanzada y la subasta es un hecho probable. La mayoría de los ocupantes no tiene otro título que no sea su posesión inmemorial y los pocos que tienen títulos se encuentran con el problema que emanan del estado boliviano. En el sistema actual todos esos ocupantes, municipio incluido, podrán oponer su posesión frente al acreedor hipotecaria por sus carácter de ostensiblemente pública, pacífica y muy anterior a la constitución de la hipoteca En cambio en el sistema que se propone en la reforma la subasta de todo el pueblo es la solución inevitable.

Existen en Salta numerosos pueblos construidos en terrenos de propiedad privada y que, a la fecha continúan en esa situación.

Se podrá decir que esos poseedores pueden obtener su titularidad mediante el juicio de posesión veinteañal. Eso en muchos casos es una quimera. Los juicios son costosos en relación al valor del bien y no son pocos los poseedores que ignoran que legalmente no son propietarios. Esto es una realidad que no se puede ignorar.

Si bien ambos casos expuestos pueden ser entendidos como una patología que deben ser subsanadas por el Estado por medio de la expropiación u otro instrumento jurídico, existen numerosos casos similares donde el titular registral no tiene ni ha tenido nunca la posesión. Si a ese titular formal se le permite hipotecar el bien sin que obste a la buena fe del acreedor la no verificación de su estado de ocupación, se pueden convalidar situaciones injustas o dar lugar a pleitos interminables.

Asimismo, es de gran importancia la opinión oportunamente vertida por el **Escribano Marcelo Eduardo URBANEJA** en sus publicaciones de la Revista el DERECHO, de los días 16 y 19 de marzo de 2012, titulada: *"Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria. Derivaciones nocivas del "fetichismo registral" y nociones sobre derecho comparado",* allí expresa: En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebrada en la ciudad de San Miguel de Tucumán en el año 2011, se repudio el cambio pretendido por la Comisión reformadora

con una elocuente mayoría de 40 a 4, esta minoría utilizo, a efectos de mantener su postura en pro del cambio, los siguientes fundamentos:

- *La posesión no cumple en el acontecer cotidiano una función publicitaria, por lo que no es coherente conservar la tradición como modo adquisitivo;*
- *La inscripción constitutiva pude reemplazar con ventaja a la tradición dado el superior andamiaje publicitario de la misma;*
- *La inscripción constitutiva sin tradición es la mas exitosa y difundida en las legislaciones extrajeras*.

El autor, en otro apartado hace referencia a lo que surgió a partir de las VIII Jornadas de Derecho Civil celebradas en La Plata en año 1981, de las que se desprende: "en caso de colisión entre la publicidad posesoria y la publicidad registral, subsistirá la primera siempre que fuera de buena fe.

Es decir que, la minoría que apoyaba el cambio que se propuso en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011) pretendió desconocer este efecto publicitario, invocando que lo ha perdido en su totalidad en manos de la publicidad registral.

Continuando con la publicación realizada por el Escribano Marcelo R. URBANEJA, textualmente dice: *"Una dominante convicción señala que la inscripción constitutiva representa un modo, alternativo o conjunto con la*

tradición…, conviene resaltar el error conceptual de un paralelismo semejante, que admitimos sólo por su provecho pedagógico y esquemático. El modo cumple la función de atribuir al adquirente la titularidad de un derecho real al permitirle ejercer facultades materiales sobre la cosa adquirida. Nada de esto es concedido por la inscripción constitutiva, cuya única semejanza con la tradición residiría en conformar un requisito para la mutación jurídico-real. En similares reflexiones se ha afirmado acertadamente que la inscripción se vincula más con el título (lo inscribible) que con el modo (que no llega al Registro). Precisamente los estudios sobre el régimen jurídico del automotor señalan que aquella genera el título, aunque pareciera traslucirse allí la superposición de dos conceptos de títulos, en el sentido de causa y en el sentido de instrumento. Más aún: una de las opiniones que propugna la idea del Anteproyecto y que afirma que la inscripción encarnaría el modo sostiene en franca minoría que en el vigente régimen del automotor la transmisión del dominio exige, también, la tradición, lo que advertimos como una inconsistencia de su argumentación. No hacemos aquí más que el repaso sucinto de los numerosos aportes que señalan los efectos negativos de las ideas que impugnamos. Remitimos a otro estudio para ampliar estas implicancias en el derecho vigente: Celeridad en la transmisión. Por hipótesis, todo sistema declarativo implica que el acuerdo de las partes del acto jurídico genera efectos reales inmediatamente (agregando en la Argentina el cumplimiento de la tradición, que o bien es anterior o bien demora sólo horas desde el contrato, y que aun en este caso puede operar la transmisión inmediatamente si se da el

constituto posesorio). La inscripción constitutiva delata la transmisión del derecho hasta un momento posterior, el de la registración del documento presentado. Mientras más breve sea este lapso de procesamiento y menores sean los recaudos necesarios para acompañar al organismo el contrato pertinente, más reducida será la diferencia práctica entre una y otra clase de inscripción. Pero en materia inmobiliaria la duración del procedimiento inscriptorio está íntimamente vinculada a la multiplicidad de relaciones jurídicas que en los hechos se presentan, a diferencia de la mayor estandarización que, comparativamente, exhibe, verbigracia, el régimen automotor. Calificación y plazos de procesamiento de las situaciones jurídicas registrables. La registración constitutiva concentra la ponderación de todos los elementos de la situación jurídica registrable en el organismo encargado de la inscripción, dado que allí opera la mutación de titularidad. Esto implica, naturalmente, incrementar el lapso del proceso de registración, por cuanto inevitablemente se verificarán dos clases de extremos: las no calificadas por quien elaboró el documento y las ya calificadas por él (juez, notario o funcionario administrativo), que serán sometidas a un nuevo análisis para el caso que, a juicio del Registro, se advierta algún defecto. Este aspecto es el más destacado en los análisis críticos de las reformas propuestas, precisamente porque un rasgo atemporal de la realidad argentina es desoído por los pontífices de la inscripción constitutiva: la demora del "iter inscriptorio" en buena parte de nuestros registros (a la que ya se hizo referencia) no sólo supera lo razonable, sino que en ocasiones viola groseramente el plazo de 30 días corridos con que

goza el organismo para calificar, según se desprende de la razonada interpretación del art. 9º, inc. b), del decreto-ley 17.801/68. Sin demasiadas elucubraciones puede percibirse el notorio incremento de este lapso, que además contará con un impensado aditamento: mientras ese plazo no esté cumplido, reinará la incertidumbre sobre la titularidad dominial, inclusive si se le impusiera al documento la inscripción provisoria de la última disposición citada, por cuanto el fin de ese proceso determinará, en resumidas cuentas, quién es el dueño. Es cierto que todos los registros aplican lo que García Coni(71) denominó "retroprioridad endógena" (que implica considerar como fecha de registración a la de ingreso), pero en uno constitutivo esa determinación sólo puede advertirse en sus efectos, naturalmente, ex post facto. Responsabilidad estatal por errores en la calificación. A colación de la circunstancia anterior deben advertirse los nuevos perfiles de la responsabilidad estatal en la materia. Nuestro diario acontecer demuestra que los registros inmobiliarios en numerosas oportunidades cometen errores en la calificación. En la generalidad de esas ocasiones los rogantes se someten a las exigencias del organismo con el propósito de finalizar la registración del documento, evitando el tortuoso camino de la vía recursiva, que aun ante un pronóstico exitoso implica una demora virtualmente imposible de asumir. Con el ordenamiento actual, el retraso por esos errores escasamente ocasiona responsabilidad registral, por cuanto la titularidad del derecho real no se halla controvertida y la posibilidad de daño es remota. Sustancialmente diferentes serían las derivaciones de un régimen constitutivo, en donde esa titularidad, como se señaló en el apartado

anterior, sólo sería incontrovertible luego de obtenida la inscripción definitiva, por lo que el lapso de procesamiento de la documentación pertinente obstaculizó la prueba de su condición (no ya de la oponibilidad de la misma), derivando seguramente en perjuicios dignos de reparación económica.

Finalmente, y ante la conducta opuesta tanto por los Colegio de Escribanos como así también por los doctrinarios del derecho, se decidió el mantenimiento de la inscripción con carácter declarativo en lo que a inmuebles se refiere.

De todos modos, en la redacción de lo que en un futuro será el art. 1893, se deja a la "libre interpretación", como para llamarlo de algún modo, ya que seguramente, dicho texto legal traeré innumerables definiciones, lo que derivará necesariamente en innumerables conflictos. Dicho artículo se encuentra redactado en el Anteproyecto de la siguente manera: *"…Inoponibilidad. La adquisición o trasmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.* ***Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.*** *Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real."*

Que debe entender por “según los casos”? Como se puede observa la solución es un “ni”, no pudiendo advertirse con fehaciente certeza la posición y/o postura que se pretende instalar.

CAPITULO V

5.1 Conclusión

Como corolario podemos decir que, la mayor modificación en materia de derechos reales y que hubiera importado un cambio sustancial, habría sido la referida a la registración como modo suficiente, cuando se trata de la adquisición, constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales sobre cosas registrables.

En un primer momento, la Comisión concibió actualizar y tecnificar el sistema, sobre el criterio de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral como modo suficiente para los bienes registrables y abandonar la milenaria teoría del título y el modo del sistema romano puro como pilar del sistema transmisivo entre vivos de los derechos reales que se ejercen por la posesión.

Sin embargo, a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación, se mantuvo el sistema vigente, prevaleciendo la teoría del título y el modo suficiente, siendo el modo la tradición posesoria.
En consecuencia el art. 1892 denominado Título y modos suficientes, dispone que "…La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión…".

Pero, como toda regla, se establecen determinadas excepciones. Aquí, debemos citar al agregado del art. 1892 que dice: "… No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un

acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente…”.

Es decir, las excepciones planteadas son respecto de la llamada traditio brevi manu como también el constituto posesorio, ya que estos no son casos de tradición sino que conforman excepciones al principio de su necesidad.

Son supuestos de otros modos suficientes, en que no es necesaria la tradición debido a circunstancias de hecho que hacen que se adquiera una posesión derivada por actos entre vivos, sin una entrega real.

Lo que ocurre es que la cosa ya se encuentra en poder de quien debe recibirla y si se hiciera tradición material debería restituirse nuevamente a quien la tiene. En consecuencia, los actos jurídicos obligacionales son suficientes para hacer el traspaso pues es innecesario y casi absurdo dar y devolver, en ambos casos la inscripción registral es modo suficiente.

Es decir, celebramos, a criterio nuestro y de la mayoría de catedráticos, doctrinarios, escribanos, notarios y demás, del mantenimiento del criterio de considerar a la inscripción con declarativa de los derechos reales.

BIBLIOGRAFIA

Textos

- El Derecho Real. Elemento para una Teoría General. Segunda Edición. Autores: Edmundo GATTI – Jorge H. ALTERINI. Editorial LEXIS NEXIS Abeledo Perrot.
- Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 5. Autores: Alberto J. BUERES – Elena I. HIGHTON. Editorial HAMMURABI.
- Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio 2012. 1° Edición. Buenos Aires. CODICE 2012.
- Ley 17.801 – Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada. Autor: Gabriel B. VENTURA. Prologo de Aída KEMELMAJER de CARLUCCI. Editorial HAMMURABI.
- La Posesión. Segunda Edición. Autor: Rodolfo VON IHERING. Editorial REUS.
- Derecho Registral. 2° reimpresión. Autor: Américo Atilio CORNEJO. Editorial ASTREA.
- Derecho Inmobiliario Registral. Autor: Adriana ABELLA. Editorial ZABALIA

Páginas Web

www.nuevocodigocivil.com

www.planetaius.com.ar

www.cfna.org.ar

www.notariado.org

www.elnotariado.com

www.colegioescribanoslp.com.ar

www.rpi.lapampa.gov.ar

www.elderecho.com.ar

www.laleyonline.com.ar

Publicaciones jurídicas

- Revista EL DERECHO, Ediciones del día 16 y 19 de Marzo de 2012. Publicación del Escribano Marcelo Eduardo URBANEJA.

Publicaciones Periodísticas

- Diario La Arena, Ediciones de fechas: 17/07/2012; 1°/08/2012; 29/11/2012.

- Diario “El Diario de La Pampa”, Ediciones de fechas: 23/09/2012; 19/02/2013; 13/03/2013.

María Andrea CANTELMI **Nazareno HERRLEIN**

Profesora a Cargo: Dra. Silvina ROJAS TORRES