UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TÍTULO: LA PUBLICIDAD POSESORIA EN LOS BIENES INMUEBLES

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: Trezza Gabriel

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derechos Reales

Encargado del curso Prof.: Rojas Torres Silvina – Rodríguez Rolando

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2019

LA PUBLICIDAD POSESORIA EN LOS BIENES INMUEBLES

INDICE GENERAL:

INTRODUCCION……...3

1-PRIMEROS ANTECEDENTES DE LA POSESIÓN: EL DERECHO ROMANO……4

2-LA LLAMADA POLEMICA SAVIGNY – IHERING, ACERCA DE LA POSESION…4

3-RELACIONES DE PODER: LA POSESION Y LA TENENCIA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL……..8

3.1 Naturaleza jurídica……...11

3.2 Los efectos de la posesión en el Código Civil y Comercial……12

3.3 La tenencia en el Código Civil y Comercial……14

3.4 Presunciones legales……15

4-EVOLUCION HISTORICA DE LA PUBLICIDAD DEL DERECHO REAL SOBRE INMUEBLES EN EL DERECHO ARGENTINO. ETAPAS……..18

4.1 Primera etapa: Código Civil de Vélez Sarsfield…….19

4.2 Segunda etapa: reforma de la ley 17711 al artículo 2505 del Código Civil y ley 17801…….....22

4.3 Tercera etapa: Código Civil y Comercial……25

4.3. a Modo y título suficiente……26

4.3. b Título suficiente en la adquisición, transmisión y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles por actos entre vivos, diferencias con el justo título y la usucapión……27

5-REGIMEN ACTUAL DE LA ADQUISICION Y PUBLICIDAD DEL DERECHO REAL SOBRE INMUEBLES……...33

5.1 La publicidad suficiente registral inmobiliaria. La inscripción……33

5.2 Publicidad extra registral: Publicidad suficiente, la posesión……..37

5.3 La publicidad de los derechos reales: oponibilidad en el código civil y comercial…….39

CONCLUSION……..42

BIBLIOGRAFIA……44

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la publicidad posesoria desde un doble ámbito puesto que en ella, la posesión juega un rol fundamental en nuestro derecho, y en el tema a abordar sobre los bienes inmuebles. La posesión es por un lado un elemento constitutivo de los derechos reales que se ejercen por la posesión y además, el modo de publicidad de los mismos.

Tratare a través de un método analítico e histórico diferenciado por las etapas de la legislación argentina más relevantes en cuanto al análisis acerca de lo que significa la posesión como modo de publicidad del derecho real en el sistema inmobiliario, de revelar el porqué de su permanencia en dicha función hasta la actualidad, sobre todo teniendo en cuenta que existen otros modos de publicidad considerados más modernos.

1-PRIMEROS ANTECEDENTES DE LA POSESIÓN: EL DERECHO ROMANO

A diferencia de otros pueblos, los romanos diferenciaron tempranamente entre la posesión y la propiedad. Aunque concebían a la posesión como un señorío de hecho o poder de disponibilidad con prescindencia de su legitimación intrínseca, le reconocían distintos efectos jurídicos según las circunstancias, como por ejemplo el ánimo de conducirse como dueño, la buena fe, la justa causa, el carácter de viciosa o no, el transcurso del tiempo.

La posesión fue protegida por los interdictos contra actos concretos de perturbación o despojo, cuando no era viciosa en relación con el perturbador o despojador.

2- LA LLAMADA POLEMICA SAVIGNY – IHERING, ACERCA DE LA POSESION

La denominada polémica Savigny (1779-1861)-Ihering (1818-1892), ambos juristas alemanes, se da en el campo de la posesión. En verdad no fue una polémica porque Savigny, nunca refuto directamente a Ihering.

Tres son los principales aspectos sobre los que difirieron los mismos.

El primero, era acerca de los elementos de la posesión y la caracterización de ellos.

Para Savigny, los elementos de la posesión, son dos: el corpus y el animus domini.

El corpus es la posibilidad física de actuar sobre la cosa, de disponer físicamente de ella y de defenderla de cualquier acción extraña. La posibilidad física mencionada debe ser querida, integrada a un elemento volitivo para diferenciarla de la mera yuxtaposición local, que no es sino una relación de simple contacto físico, sin voluntad alguna jurídicamente relevante, de tener ese contacto.

El otro elemento requerido por Savigny, el animus domini, existe, si el corpus se ejerce negándose a reconocer en cabeza de otro un mejor derecho, lo que consistiría en no reconocer en otro una potestad superior, un señorío de mayor envergadura.

(...) "por eso, precisamente, es poseedor por ejemplo el ladrón o el usurpador: él sabe que no es propietario, pero ejerce todas las facultades comprendidas en el derecho de dominio y excluye al verdadero titular".

Mariana Mariani de Vidal (1998:117)

Para Ihering en cuanto al mismo punto, califica de subjetiva la posición de Savigny y la critica diciendo que la intención de ejercer el dominio que exige aquél, como configurativa del animus domini, convierte la prueba de la posesión en diabólica.

Para él, el corpus no es el poder de disponer materialmente de la cosa, sino la relación exterior que normalmente vincula al propietario con la cosa según el destino económico de esta, incluido un mínimo de voluntad para que la relación no sea una mera yuxtaposición local.

Sería un ejemplo el de los materiales para la construcción; su propietario puede dejarlos en la obra y para poseerlos no necesita estar continuamente en contacto con ellos. En cambio, si se encuentra en la obra en construcción un anillo, esta relación exterior no sería la que normalmente vincula al propietario con la cosa. Teniendo en cuenta su destino económico, tendremos en ese caso que la existencia del corpus ha cesado, lo que no ocurre en el primer supuesto al cesar el contacto físico con la cosa.

Ihering, pretende reemplazar el animus domini, que califica de elemento subjetivo y variable, que reposaría en la voluntad concreta del poseedor, por la voluntad abstracta e invariable de la ley. Dice que para demostrar la existencia de posesión, bastara demostrar la existencia del corpus, (elemento objetivo y único de la posesión), o sea el comportamiento

como lo haría el propietario, y así se reemplazaría el animus domini por la norma legal que en un caso dado niega las acciones posesorias eliminando las dificultades probatorias.

Si alego y pruebo ser poseedor seré considerado tal, a menos que la contraria pruebe que existe un contrato de locación (causa detentionis), ya que a los locatarios la ley les niega acciones posesorias.

Si se pone el acento, en que tanto Savigny como Ihering acuden a la idea del comportamiento como lo haría el propietario, en la noción sobre el animus del primero y del corpus del segundo, la distancia no es pronunciada.

"las dificultades probatorias que achaca Ihering a la concepción de Savigny, no son tales. Expresa Allende: "actúo en la cosa, sin tener en cuenta para nada el propietario, luego soy poseedor. Como demuestro ello, muy fácilmente: pruebo que alambre, edifique, cultive por mi cuenta, sin tener en cuenta para nada el propietario. Prueba en la mayor parte de las veces fácil de producir…¿Cómo probaría la contraria que no soy poseedor?; pues: a)probando que soy locatario; b)probando que cuando mande a alambrar el campo solicite autorización al propietario o que este pago tal alambrado, etcétera"(…).(…) ¿Y cuándo una disposición legal descartara la posesión y optara por la tenencia?, precisamente, cuando entienda que detrás de ese aparente comportamiento como propietario, hay en verdad una locación, un comodato, un deposito, etcétera."

Llambias, Alterini (1993:72)

El segundo ítem en el que difirieron los juristas fue acerca de la naturaleza jurídica de la posesión.

Para Savigny la posesión es un hecho siendo su basamento circunstancias fácticas. Un hecho con consecuencias jurídicas que son dos, las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir.

En cambio para Iherig, en armonía con su concepción de los derechos subjetivos, como intereses jurídicamente protegidos, piensa que al contar la posesión con esa protección asume los caracteres de un derecho real, en atención a la relación directa entre el poseedor y la cosa.

Y el tercero y último punto al que también le dieron diferente tratamiento fue el fundamento de la protección posesoria.

En la tesis de Savigny, en la posesión aparece vinculada la persona del poseedor con el hecho de la posesión. Cualquier ataque a la posesión implica un ataque a la persona del poseedor. Se protege a la posesión para proteger a la persona del poseedor y así lograr la interdicción de la violencia privada.

Por su parte, para Ihering encuentra el fundamento de la protección posesoria en la propiedad, siendo la posesión una exteriorización del dominio afirmando en su obra Fundamentos de la protección posesoria, que:

"…se puede considerar a la posesión como una posición avanzada de la propiedad. En la posesión el propietario se defiende contra los primeros ataques… En este terreno no se libra la batalla definitiva sino una simple escaramuza, en la cual no es preciso gran artillería, sino que basta el arma blanca. En consecuencia, tenemos que la protección posesoria no ha sido introducida sino teniendo en cuenta la propiedad; no es por si misma protegida sino mirando la propiedad."

Ihering "Fundamentos de la protección posesoria", citado en Vidal (1998:131)

3-RELACIONES DE PODER: LA POSESION Y LA TENENCIA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

La posesión y la tenencia encuentran su regulación legal, en el Libro Cuarto destinado a los Derechos Reales, en el Titulo Dos (Posesión y Tenencia), Capítulos Uno (Disposiciones Generales), Dos (Adquisición, ejercicio, conservación y extinción) y Tres (Efectos de las relaciones de poder), en los artículos 1908 al 1940 y en el Titulo Trece (Acciones posesorias y acciones reales), Capitulo Uno (Defensas de la posesión y la tenencia) en los artículos que van del 2238 al 2246.

Explican quienes redactaron el código civil y comercial:

"*A los efectos de la teoría posesoria, las únicas relaciones de poder que interesan son la posesión y la tenencia; con la adición del servidor de la posesión al solo fin de la defensa extrajudicial de la posesión, que no puede aceptarse como violencia que implica a la persona, y por tal razón se admite que quienquiera que esté en o con la cosa se defienda. Se pondera que la mera yuxtaposición local para modificar o ampliar la noción a relaciones reales no merece la pena, pues como simple relación de lugar constituye un contacto físico que carece de toda voluntariedad y, en consecuencia, tampoco produce efectos jurídicos. El que está dormido o encadenado no tiene la posibilidad de actuar en derecho en los ámbitos de la posesión. Es necesaria la voluntad*."

(Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación)

De las relaciones posibles en una variada gama entre las personas y las cosas, nuestro Código Civil y Comercial se ocupa de regular a las que denomina relaciones de poder, vale decir, a la posesión y a la tenencia, como relaciones autónomas y voluntarias, otorgándoles a las mismas cuando reúnen determinados extremos, una protección judicial y extrajudicial. Cuando, la relación entre el sujeto y la cosa, no es autónoma pero si voluntaria, regula una

protección extrajudicial para las mismas y las denomina como servidores de la posesión. Cabe aclarar que cuando falta la voluntad en la relación entre el sujeto y la cosa, aunque exista contacto entre ellos, no prevé protección legal, ni régimen alguno, siendo el caso de la yuxtaposición local.

Para una mejor comprensión de estas relaciones expondré una noción de cada una de ellas, ordenándolas por la importancia de sus efectos, desde las menos importantes hasta las más relevantes, como así también la del derecho real, puesto que la posesión, en algunos derechos reales es contenido del mismo.

Se conoce como yuxtaposición local a la relación de mero contacto físico con la cosa, donde no existe voluntad en el sujeto o si bien existe para el derecho no tiene relevancia.

"Articulo 1922.- Adquisición de poder. Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente:

a) por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años;(...)"

(Código Civil y Comercial)

Se cita como ejemplo: *(...) "Si estando dormidos nos colocan un objeto en la mano (no hay voluntad); o si un niño de tres años tiene en sus manos un juguete (la voluntad de tener la cosa en su poder existirá, pero ella no es jurídicamente computable." (...)*

Mariani de Vidal, Abella (2016:63)

Los servidores de la posesión, son los sujetos que mantienen una relación voluntaria con las cosas pero esa relación no es autónoma, sino que "sirve" a la posesión de otra persona y es por ello que el código le otorga una defensa extrajudicial en el artículo 2240 cc y c.

Estas relaciones tienen su causa en vínculos de dependencia o servicio, (como la del obrero con la maquina en la que opera), hospedaje, (la relación del pasajero con los muebles de la habitación que ocupa) u hospitalidad, (el caso del vínculo entre los muebles y la persona, cuando esta se hospeda en lo de por ejemplo, un amigo.)

Nuestro Código denomina relaciones de poder a la posesión y a la tenencia.

En la posesión, se ejerce un poder físico sobre una cosa, desconociendo en los hechos todo otro señorío superior sobre la misma. En la tenencia, se ejerce un poder físico sobre una cosa, pero reconociendo en otra persona un señorío superior.

La definición legal y los elementos de la posesión son enunciados por el artículo siguiente:

"Articulo1909.- Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no."

(Código Civil y Comercial)

Es calificada como poseedora una persona cuando se comporta con una cosa, en el mundo factico o en los hechos, como si ella fuera titular de un derecho real, ejerciendo los actos propios de un titular, con total independencia de que lo sea o no, no reconociendo en otra persona cuando actúa respecto de la cosa, un señorío superior.

Un ejemplo seria la relación que tiene el ladrón con los objetos robados o la relación que tiene el propietario con su inmueble.

En el caso del ladrón es poseedor con independencia de la calificación de su posesión, puesto que será ilegitima, de mala fe y viciosa. Este se comporta con la cosa como lo haría el titular del derecho real y desconoce un señorío superior en otra persona. Siendo ello así, la relación de poder del verdadero propietario se habrá extinguido, el cual se encontrara con la imposibilidad física de ejercer el poder de hecho sobre ella.

Es por tal motivo que es tan poseedor el propietario como el ladrón, o el usurpador que ocupa un inmueble.

Resulta de lo expuesto hasta aquí que los elementos de la posesión son: la persona (sujeto), la cosa (objeto), y el ejercicio de un poder de hecho (contacto físico con la cosa o la posibilidad de establecerlo, puesto que no se requiere permanente contacto físico).

3.1 Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica de la posesión fundamentalmente existen dos opiniones:

La primera es que es un hecho con consecuencias jurídicas, argumentando sobre su asiento en circunstancias fácticas, o sea el ejercicio de un poder de hecho del sujeto sobre la cosa

(Torello, Machado, Pizarro, Alterini Jorge H., Mariani de Vidal entre otros autores).

En esta concepción, sus consecuencias jurídicas más importantes son la posibilidad de defenderla a través de las acciones posesorias, y aun extrajudicialmente, como así también la posibilidad de adquirir, por el transcurso del tiempo requerido por la ley, el derecho real ejercido de hecho por prescripción adquisitiva o usucapión.

La otra posición sostiene que es un derecho en sí misma, derecho subjetivo, un interés jurídicamente protegido a través de las acciones que otorga el ordenamiento jurídico al poseedor, en caso de que se lesione su relación con la cosa.

Así mismo dentro de esta concepción se ha sostenido:

-Que es un derecho real: teniendo en cuenta que la posesión crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata (Segovia, Salvat, Lafaille, Borda, Llambias).

-Que es un derecho personal: Por que las defensas se dirigen contra los violadores de la posesión (Llerena, Furnus, Ibargurequen).

-Que es un derecho mixto: argumentando en los dos motivos anteriores. (Goyena, Cortes)

En cuanto a lo resuelto por la jurisprudencia acerca de la naturaleza jurídica de la posesión, la misma no se ha detenido en el tema, quizá por no resultar necesario para resolver casos concretos, aunque se ha inclinado mayoritariamente por sostener que es un hecho.

3.2 Los efectos de la posesión en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial atribuye a la posesión diversas funciones y efectos y de allí su gran importancia, puesto que es el contenido de los derechos reales que se ejercen por la posesión, es el fundamento de las acciones de defensa judicial y extrajudicial de la misma, es también requisito para el nacimiento de derechos en la adquisición derivada de los derechos reales constituyendo el modo, puesto que sin tradición posesoria no se consuma tal adquisición. Cuando la posesión es ejercida con los requisitos y durante el tiempo exigido por la ley, conduce al nacimiento de derechos reales por prescripción adquisitiva o usucapión, además de producir efectos en orden a los frutos productos y mejoras, según la calidad que revista el poseedor.

Entre otros efectos los propios los refiere el artículo 1939:

"Articulo 1939.- Efectos propios de la posesión. La posesión tiene los efectos previstos en los artículos 1895 y 1897 de este Código.

A menos que exista disposición legal en contrario, el poseedor debe satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa y cumplir la obligación de cerramiento."

"Articulo 1895.- Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean

hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita."

"Articulo 1897.- Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley."

(Código Civil y Comercial)

De la normativa se desprende que cuando la posesión del subadquirente es de buena fe y sobre una cosa mueble no registrable que no es robada ni perdida, ella es suficiente para adquirir los derechos reales. Por otro lado, si la posesión se ejerce durante el tiempo y los requisitos impuestos por la ley, conduce a que nazcan derechos reales por la prescripción adquisitiva o usucapión.

El Código Civil y Comercial clasifica las relaciones de poder, o sea a la posesión o la tenencia, en dos grandes divisiones, Legitima e Ilegítima. La primera se da cuando constituye el ejercicio de un Derecho Real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley. La Legitimidad se presume salvo prueba en contrario (iuris tantum). Sera Ilegitima, entonces, a contrario sensu.

A su vez esta relación de poder ilegitima de buena fe ocurrirá cuando no exista derecho real o personal respaldándola; pero quien la ejerce es de buena fe, es decir, incurrió en un error esencial y excusable que lo llevo a creer que quien le transmitió la cosa era el Titular del derecho y contaba con capacidad.

La relación de poder será ilegitima de simple mala fe cuando no concurrieran los requisitos a contrario sensu para configurar la buena fe o se presumiera la mala fe.

La relación de poder será ilegitima de mala fe y viciosa en el caso de los inmuebles que fueran adquiridos por violencia, clandestinidad o abuso de confianza, y respecto de las cosas muebles cuando fueran adquiridos por hurto, estafa o abuso de confianza.

Por último, es considerado representante de la posesión del poseedor, al tenedor, puesto que a través de él, el poseedor conserva su posesión. Es que el poseedor puede ejercer el poder de hecho por sí o por otro, siendo ese otro, el tenedor.

3.3 La tenencia en el Código Civil y Comercial

El tenedor ejerce un poder físico voluntario sobre la cosa, el corpus, pero reconoce en otro un señorío superior, por ello es representante del poseedor.

Por ejemplo, en el contrato de locación, el locatario (tenedor) ejerce un poder material sobre la cosa alquilada, pero reconoce en el locador un señorío superior. La demostración de ese reconocimiento es el contrato de locación.

La tenencia encuentra su definición en el artículo 1910:

“Articulo 1910.- Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.”

(Código Civil y Comercial)

Entre los efectos propios de la tenencia encontramos:

"Articulo 1940.- Efectos propios de la tenencia. El tenedor debe:

a) conservar la cosa, pero puede reclamar al poseedor el reintegro de los gastos;

b) individualizar y comunicar al poseedor de quien es representante si se lo perturba en razón de la cosa, y de no hacerlo, responde por los daños ocasionados al poseedor y pierde la garantía por evicción, si ésta corresponde;

c) restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, previa citación fehaciente de los otros que la pretenden."

(Código Civil y Comercial)

También el tenedor puede defender su relación de poder mediante las defensas que se le otorgan en los artículos 2238 al 2242.

3.4 Presunciones legales

Las diversas presunciones legales establecidas en el Código en materia de la prueba de las relaciones de poder, tienen por fin fundamentalmente facilitarla.

Se presume iuris tantum:

-Que quien ejerce un poder de hecho (corpus) sobre una cosa es poseedor. No será presumido poseedor sino que será servidor de la posesión, si la cosa es utilizada sobre la base de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad.

-Que si reposa sobre un titulo la relación de poder, (o sea si existe un derecho real o personal como por ejemplo dueño, locatario, etcétera) la relación se inició desde la fecha del título y tiene la extensión que resulte del mismo.

-Que la posesión se inicia en la fecha del justo título o la registración, cuando ésta es constitutiva. Es aplicable esta presunción al régimen de adquisición de automotores art. 1 de la ley 6582/58.

-Que las relaciones de poder son legítimas, es decir que reposan o constituyen el ejercicio de un derecho real o personal que le asiste al poseedor.

-Que las relaciones de poder son de buena fe, aunque hay supuestos en los que la ley presume la mala fe como en el artículo 1119 inc. a, b y c.

-Que los actos enumerados en la norma exteriorizan una posesión y no una tenencia.

-Que el sujeto actual de la posesión o la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente la mantuvo durante el tiempo intermedio.

También se dispone:

-Que en las acciones posesorias la prueba del derecho real será inútil, aunque el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión.

-Que el sujeto de la relación de poder no tiene la obligación de producir un título que sustente su relación (posee por qué posee). Salvo que deba exhibirlo como obligación inherente a su posesión.

-Que como principio, nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la especie de su relación de poder, con lo cual, tal como ella se adquirió continua (a título de posesión o tenencia). Continua en ese carácter mientras no se pruebe que se convirtió en tenedor o poseedor de otra especie y que quien comenzó su relación como tenedor persiste en esa calidad hasta que se acredite que se transformó en poseedor.

Es lo que se denomina inmutabilidad de la causa de la relación de poder, no obstante, puede producirse un cambio en el supuesto de la denominada interversión de título que puede ser unilateral o bilateral.

Es bilateral cuando media acuerdo de los interesados como por ejemplo en los supuestos de traditio brevi manu y constituto posesorio.

Es unilateral cuando quien está ejerciendo una relación de tenencia realiza actos materiales positivos por sí mismo que excluyan al poseedor, requiere la exclusión efectiva. En cada caso concreto será cuestión de hecho determinar la ocurrencia de una interversión unilateral. Quien la invoca debe probarla.

La última de las posibles relaciones entre una persona y una cosa la configuran los derechos reales.

El mayor poder jurídico existente entre el vínculo entre una persona y una cosa se establece en el derecho real al cual el Código Civil y Comercial conceptualiza como:

"Articulo 1882.- Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código."

"Articulo 1884.- Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura."

"Articulo 1886.- Persecución y preferencia. El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente."

"Articulo 1887.- Enumeración. Son derechos reales en este Código:

a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda."

"Articulo 1891.- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca.

Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión."

(Código Civil y Comercial)

4-EVOLUCION HISTORICA DE LA PUBLICIDAD DEL DERECHO REAL SOBRE INMUEBLES EN EL DERECHO ARGENTINO. ETAPAS

Consideré conveniente para una mejor manera de poder exponer la idea de este trabajo, dividir o analizar en tres etapas diferenciadas por la legislación, la evolución histórica que ha tenido en la República Argentina la publicidad de los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, puesto que estos forman parte del elenco de los que taxativamente se ejercen por la posesión. Ello implica dejar de lado el análisis de otros regímenes de los derechos reales y cuál es el impacto de la posesión en ellos aunque sucintamente hare referencia al régimen del automotor y sus principales rasgos, como modo de poder contrastarlo con el de los inmuebles.

4.1 Primera etapa: Código Civil de Vélez Sarsfield.

Vélez Sarsfield fue un codificador que se inclinó por la publicidad posesoria en el tema de trasmisión de derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, tomando una postura de innecesaridad e inconveniencia acerca de la creación de registros en el territorio nacional.

De esta manera, el creador del hoy derogado Código Civil Argentino, adopto como medida de publicidad a la tradición, contrariando en su redacción al sistema de publicidad registral, salvo para el derecho real de hipotecas.

Vale la pena transcribir la nota al artículo 3198 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Aunque sabemos que no tenían fuerza normativa sus notas, si permiten conocer el pensamiento del otrora codificador en cuanto al valor que tenía la tradición y la publicidad posesoria en ese sistema.

"(...) Pero entre tanto la inscripción no valida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Un acto de enajenación no constituye la prueba del derecho del que enajena, ni por consiguiente del derecho del que adquiere, pues que nadie transmite más derechos que los que tiene. Los títulos inscriptos, pues, pueden ser anulados, ya por vicios intrínsecos, como falta de capacidad de los contrayentes, o por falta de verdadero consentimiento, o por vicios de forma. (...)

(...) La inscripción no es más que un extracto de los títulos y puede ser inexacta y causar errores de graves consecuencias. La inscripción nada garantiza ni tiene fuerza de verdadero título, ni aumenta el valor del título existente. Apenas fija en cabeza del adquirente los derechos que tenía su antecesor; no designa, ni asegura quién sea el propietario, a quien verdaderamente pertenezca la cosa. (...)

(...)Lo que prescriben las leyes de los Estados que han creado los registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los títulos, ataca en sus fundamentos el derecho

mismo de propiedad. Si el oficial público se niega a registrar un título por hallarlo incompleto, ¿puede el interesado ocurrir al juez ordinario y comenzar ante él un verdadero juicio sobre la propiedad? ¿Pero con quién litiga el propietario que está en pacífica posesión de su derecho, aunque sea por un título que no esté bajo las formas debidas, o que aparezca con un vicio, por ejemplo, la incapacidad para adquirir o transmitir derechos reales?¿Qué género de pleito será ése que no tiene contradictor alguno a la propiedad? ¿Cómo obrará el Poder Judicial, sin que el interés de las partes venga a solicitar su intervención? Entre tanto, el título no podrá registrarse, ni se podrá imponer una hipoteca en esa propiedad, aun cuando lo quieran el acreedor y el deudor. En un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearía un embarazo más al crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros, y construir el catastro de las propiedades, y sus mil mutaciones por la división continua de los bienes raíces que causan las leyes de la sucesión, sin sujetar la propiedad a gravámenes que no corresponden a su valor para satisfacer los honorarios debidos por la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad."

(Nota al artículo 3198 del Código Civil)

Como se puede apreciar en la citada nota, Vélez allí critica el sistema de la transcripción, por sus inconvenientes prácticos, como también el de inscripción, puesto que podría contener inexactitudes; a los que no convalidan los títulos, por su inutilidad, y a los que los convalidan, porque implicarían estos tener que confiar a una magistratura el examen de los títulos a inscribirse.

En el artículo 577 del Código Civil, Vélez Sarsfield prescribía que antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real .La tradición en ese sistema cumplía una doble función, puesto que contactaba al titular del derecho real con la cosa y también publicitaba todos los derechos reales, adquiridos en forma bilateral, con excepción de la hipoteca.

Es oportuno diferenciar a la tradición como modo de adquirir la posesión por un lado y como modo de adquirir el dominio y de los demás derechos reales que se ejercen por la posesión por otro, debido a las formas legales.

En el primer caso, el Código Civil la definía en el 2377 como que habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra voluntariamente la recibiese. Las formas legales pues entonces consisten en actos materiales y se exige capacidad.

En el segundo caso, como modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales que se ejercen por la posesión, debe cumplir además de la tradición de la posesión, el requisito de ser propietario el enajenante y contar junto con el adquirente de plena capacidad, sumado a un acto jurídico causal, que serviría de título suficiente y éste, tratándose de inmuebles requerirá de escritura pública.

De lo expuesto hasta aquí puede resaltarse que en esta etapa, el sistema Velezano, considero para los derechos reales que se ejercen por la posesión como modo de publicidad únicamente a la posesión. Adoptando de esa manera la teoría del modo, por la tradición y del título por la escritura pública, como acto causal, otorgado por una persona capaz y legitimada al efecto, para transmitir o constituir derechos reales sobre bienes inmuebles. La excepción la constituyo sobre las hipotecas estableciendo para ellas un sistema de publicidad registral puesto que se trata de un derecho real que no se ejerce por la posesión.

En la descripta legislación de fondo se preveían los registros provinciales en el artículo 3134 del Código Civil, al solo efecto de inscribir las hipotecas a fin de su oponibilidad a terceros. No obstante lo normado en esa época, las leyes provinciales excedieron lo prescripto y establecieron además la obligatoriedad de inscribir, las adquisiciones, modificaciones, transferencias y extinciones de cualquier derecho real relativo a inmuebles, para su oponibilidad a terceros. Ello fue motivo de planteos de inconstitucionalidad por quienes sostenían que la Constitución Nacional faculto al Congreso Nacional para el dictado del Código Civil el cual organiza el régimen inmobiliario, y cuando los Estados locales asumían facultades que eran competencia del Congreso Nacional violentaban la Carta Magna. No obstante en la práctica funcionaban los registros provinciales en virtud de considerarlos constitucionales y dentro de la esfera del poder de policía local que retienen las provincias. Tal situación constituyo lo que el jurista Rafael Bielsa diera en llamar feliz anomalía institucional.

4.2 Segunda etapa: reforma de la ley 17711 al artículo 2505 del Código Civil y ley 17801.

Comienza diciendo la comisión redactora en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial:

"Vélez Sarsfield incluyó en el código civil vigente una muy breve parte general conformada por solamente 4 artículos (2502 a 2505), el último reformado a los fines de modernizar el rumbo con la inscripción registral que complementaba la ley 17.801."

(ante proyecto de reforma al Código Civil y Comercial)

El texto del artículo introducido por la ley 17711, y la ley nacional 17801 del Registro de la Propiedad Inmueble superaron las cuestiones vinculadas a la constitucionalidad de las leyes

registrales locales citadas en la etapa anterior que imponían la inscripción registral para la oponibilidad a terceros de todos los derechos reales.

Ello no significo la derogación de la tradición como modo constitutivo de los derechos reales sobre inmuebles, es decir, que el derecho real se constituye por título y modo suficiente y será válido entre las partes y terceros desinteresados, pero para resultar oponible a terceros interesados de buena fe deberá inscribirse el título en el registro que corresponda.

Decía el artículo 2505 reformado por Ley 17711, hoy derogado:

"Art. 2.505. 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."

(Código Civil)

En el breve periodo comprendido entre la sanción en 1968 del nuevo texto para la época del artículo 2505 por la ley 17711 y el dictado de la Ley nacional 17801 del mismo año, era sostenible tanto que la inscripción era constitutiva como que era meramente declarativa.

La mayoría de la doctrina dándole mayor relevancia al párrafo final del artículo 2505 opto por una inscripción con efectos declarativos. Al sancionarse la Ley 17801 torna estéril la cuestión superando las dudas al disponer una inscripción de rasgos declarativos en sus artículos 2, 20 y 22.

En el artículo 2 indica que en el registro se anotaran o inscribirán los documentos con fines de publicidad, oponibilidad a terceros.

Establece en el artículo 20 que:

"Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieran corresponder."

(Ley 17801)

Sostiene la jurisprudencia que la enumeración del artículo no es taxativa, por lo que una correcta interpretación lleva a la conclusión de que tampoco podrá prevalecerse de la falta de publicidad cualquier persona que tenga conocimiento del acto.

El artículo 22 reitera la alusión a terceros

En cuanto a quienes son esos terceros a quienes les serán opuestos los derechos reales inmobiliarios, Adroguè habla de tercero registral, agrega que los registros se presumen íntegros pero no exactos. Los terceros, sobre la base de la presunción de integridad, por inoponibilidad de lo no inscripto, hacen prevalecer su situación jurídico real frente a otra no inscripta, siempre que haya obtenido emplazamiento registral, y ser terceros frente a los no inscriptos y de buena fe.

Por su parte, Alterini habla de terceros interesados, refiriéndose a los que por contar con un interés legítimo podrían invocar la inoponibilidad del derecho real no inscripto (los sucesores particulares, los titulares de otros derechos reales, la masa del concurso civil o comercial, los acreedores privilegiados, retenedores, simples quirografarios o en general los titulares de derechos subjetivos). Esta noción se opone a la de terceros desinteresados siendo estos aquellos terceros para quienes la inscripción les resulta indiferente, denominados penitus extranei. Aquí, no resulta necesario que el tercero haya obtenido emplazamiento

registral, si debe ser de buena fe, o sea debe desconocer la inexactitud del registro derivado de la falta de inscripción del documento. La buena fe se presume.

Así con la idea de tercero interesado una venta no inscripta es inoponible a un simple acreedor quirografario del vendedor, mientras que para la tesis del tercero registral el quirografario se convertiría en tercero registral cuando su derecho se reflejara en el registro, por ejemplo con un embargo, logrando la inoponibilidad.

El artículo 2505 del Código Civil ordenaba que la adquisición o transmisión de los derechos reales solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda y que las mismas no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. Por ello, es que a partir de la reforma mencionada, la inscripción en el registro no tenía carácter constitutivo, sino declaratorio, conformando una sólida estructura de los derechos reales que a partir de la sanción del artículo pertinente ya citado, ordena que la transmisión no será oponible a terceros mientras no esté registrada, aunque la misma tenga valor entre las partes, descartándose de plano y absolutamente, la inscripción constitutiva. En definitiva, no quedan dudas que el derecho nace con la tradición y la escritura, pero no es oponible a terceros mientras no esté inscripto.

4.3 Tercera etapa: Código Civil y Comercial.

Esta tercera etapa surge con la reforma al Código Civil y su unificación con la legislación comercial, que entro en vigencia en el año 2015 y está vigente hasta la actualidad conformando el Código Civil y Comercial.

La adquisición de derechos reales puede ocurrir por causa de actos entre vivos, en tal caso será regulada por el Libro Cuarto (Derechos Reales) o por causa de muerte donde serán aplicadas las disposiciones del Libro Quinto (Trasmisión de derechos por causa de muerte).

A continuación analizare los requisitos formales y sustanciales para la adquisición de derechos reales derivada por actos entre vivos sobre bienes inmuebles, como así también los modos de publicidad, tanto posesoria como registral.

4.3.a Modo y título suficiente

Dice el artículo pertinente:

"Art. 1892 del CCCN: Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. 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 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. 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 así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto."

(Código Civil y Comercial)

De la lectura del artículo precedente se deduce lo siguiente:

- Que la adquisición derivada por acto entre vivos de un derecho real requiere de la concurrencia de título y modo suficiente.
- Que es título suficiente el acto jurídico revestido con las formalidades legales, cuya finalidad es la transmisión o constitución del derecho real y
- Que para la conformación del título y modo suficientes debe tenerse capacidad y legitimación en los otorgantes.
- Que la tradición posesoria como modo suficiente únicamente es necesaria para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen a través de la posesión.
- Que la inscripción registral será modo suficiente únicamente para poder transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos previstos por la ley y sobre cosas no registrables cuando el tipo de derecho así lo requiera.

4.3.b Título suficiente en la adquisición, transmisión y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles por actos entre vivos, diferencias con el justo título y la usucapión.

Al hacer referencia a la adquisición de derechos reales por actos entre vivos, ella puede diferenciarse en originaria siendo la misma la prescripción adquisitiva, o derivada para la cual será imperioso contar con la concurrencia de título y modo suficiente, puesto que se mantiene el sistema de Vélez Sarsfield en el Libro Cuarto, Titulo Primero, Capitulo Dos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para ser calificado como título suficiente, la ley exige que el acto jurídico sea revestido por las formas que ella exige y que su finalidad sea transmitir o constituir el derecho real,

además que para que el título y el modo sean suficientes, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

De lo expuesto resulta que para el caso de trasmisión o constitución de derechos reales cuando estos recaen sobre bienes inmuebles, para dar cumplimiento a las exigencias de las formas, los mismos deben constar en Escritura Pública, es decir en el cuerpo de un documento autentico y completo, la cual debe ser autorizada por el oficial público en ejercicio de su función fedataria, siendo en el caso, el escribano público. De allí su importancia puesto que el titulo suficiente es el acto jurídico causal de la tradición como así también de la adquisición, modificación, o trasmisión del derecho real.

Reza el artículo correspondiente a la forma de instrumentarse el acto en los inmuebles:

"Articulo 1017.- Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública:

a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. (...)"

(Código Civil y Comercial)

Cabe agregar que las condiciones de fondo integran el título suficiente para ser considerado como tal, por lo cual el acto jurídico además deberá ser otorgado por persona con capacidad, o sea, haber alcanzado la mayoría de edad, la cual en nuestro ordenamiento jurídico se logra a los dieciocho años de edad, y no tener limitaciones al ejercicio de los derechos por lo cual es oportuno resaltar lo prescripto en la normativa:

"Articulo 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

a) la persona por nacer;

b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;

c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión."

(Código Civil y Comercial)

Además integra las condiciones de fondo la legitimación de los otorgantes al efecto del acto jurídico, siendo primordial en la persona del transmitente del derecho real sobre el inmueble, ser titular del derecho que transmite, debido a que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, como así también la referencia del objeto.

-Tipos de prescripción adquisitiva: Justo título y distintos modos de usucapión sobre bienes inmuebles.

La prescripción adquisitiva se encuentra incluida dentro de los modos de adquisición de los derechos reales en el Libro Cuarto, Titulo Uno, Capitulo Dos del Código Civil y Comercial, contemplando para los dos tipos regulados de usucapión requisitos generales, la posesión y el tiempo. Su régimen solo es aplicable a los derechos reales que se ejercen por la posesión.

Es un modo de adquisición del derecho real originario puesto que no existe un nexo entre el anterior titular y el adquirente del derecho por usucapión. Es por ello que de existir vicios en el título del propietario anterior no lo afectan.

Su fundamento se halla en la consolidación de situaciones fácticas y el favorecimiento de la seguridad jurídica, además de la protección del interés de terceros por confiar en una apariencia de titularidad durante un tiempo prolongado con lo que se propende a la Paz y al Orden Social. En ella puede verse además la función social de la propiedad, puesto que

frente al no uso de las cosas este pierde el derecho adjudicándolo al que la hace producir por el tiempo de la Ley que es de orden público.

-Prescripción adquisitiva breve

"ARTICULO 1898.- Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. (...)"

(Código Civil y Comercial)

Del artículo en análisis, se extrae que para consolidar la adquisición del derecho real por la prescripción adquisitiva breve para los inmuebles, es necesario la concurrencia de la posesión por el plazo de diez años, sumado a los requisitos de justo título y buena fe.

La misma ley define claramente al justo título y a la buena fe:

"Articulo 1902.- Justo título y buena fe. El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto."

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial."

(Código Civil y Comercial)

Es importante resaltar la diferencia entre justo título y título suficiente , puesto que el primero si bien también es un acto jurídico revestido por las formas que exige la ley, (en el caso particular seria la escritura pública para los inmuebles), y su finalidad es constituir o trasmitir el derecho real, el mismo adolece de defectos, porque le falta capacidad en los otorgantes o legitimación al transmitente, requisitos sustanciales que integran al título para tornarlo de suficiente y de ese modo adquirir el derecho real. Por tal motivo el justo título por sí mismo es insuficiente para adquirir el derecho real, pero al ser unido al plazo de diez años, más la buena fe, otorga la posibilidad de adquirir el derecho real por la usucapión breve o corta.

En cuanto a la buena fe en la relación de poder, si bien se presume salvo prueba en contrario, cabe señalar, que existe la presunción de mala fe cuando el título contiene una nulidad manifiesta, lo que equivale a decir que si el sujeto de la relación de poder conocía o podía conocer que carecía de derecho, su buena fe no cuenta. Para tener buena fe debe ampararse en un error de hecho excusable que permita vislumbrar que estuvo persuadido de su legitimidad.

En la adquisición derivada de inmuebles la buena fe requiere de la debida diligencia, la cual se cumplimenta en cuanto a los títulos, con el estudio de la documentación y de las respectivas constancias registrales. Es lo que surge del ya citado artículo 1902 en su último párrafo cuando exige a los efectos de lograr la buena fe cuando se trate de cosas registrables el examen previo de la documentación, lo cual implica lo que se conoce como estudio de títulos. La debida diligencia del adquirente se logra entonces comprobando la matricidad del título en un protocolo notarial, como así también revela el correspondiente estudio de titulo la existencia de vicios en la cadena de trasmisiones.

Los términos temporales del estudio de títulos aconsejan se remonten a los términos veinte añales comprensivos de la prescripción larga, ya que con independencia del título habría quedado purificado cualquier vicio en virtud de dicha usucapión, provocando en el transmitente la adquisición en su cabeza del derecho real y de ese modo su legitimación en la trasmisión hacia el adquirente.

La lectura de los correspondientes artículos aclara lo dicho hasta aquí:

"Articulo 1918.- Buena fe. El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.

Articulo 1919.- Presunción de buena fe. La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario.

La mala fe se presume en los siguientes casos:

a) cuando el título es de nulidad manifiesta;(...)"

(Código Civil y Comercial)

-Prescripción larga:

La prescripción larga, tiene como principales requisitos, tanto si se trata de bienes inmuebles como de bienes muebles, una posesión veinte añal sobre la cosa objeto de usucapión, en forma ostensible y continua. La misma purifica los vicios originarios debido a que no se exige en el usucapiente justo título ni buena fe.

La norma dice:

"Articulo 1899.- Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años.

No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión."

(Código Civil y Comercial)

El siguiente párrafo no sorprenderá si se atiende a los fundamentos de la institución de la usucapión:

"Es así que, por ejemplo, quien usurpe un inmueble, aunque allá cometido un delito, puede convertirse en propietario a través de este modo de adquisición".

Mariani de Vidal, Abella (2016:280)

-Modo suficiente

Para el desarrollo del modo suficiente remito al punto 5.2-Publicidad extra registral: Publicidad suficiente, la posesión.

5-REGIMEN ACTUAL DE LA ADQUISICION Y PUBLICIDAD DEL DERECHO REAL SOBRE INMUEBLES

Antes del análisis del artículo específico referido a la publicidad en el Código Civil y Comercial (artículo 1893), hare mención a los diferentes tipos de publicidad que pueden ocurrir sobre el derecho real, para lograr una adecuada oponibilidad del mismo entre las partes, como así también frente a terceros, siendo las mismas, la publicidad registral y la publicidad extra registral.

5.1 La publicidad suficiente registral inmobiliaria. La inscripción

La publicidad jurídica registral, se obtiene a través de un órgano específico denominado Registro, siendo estos los organismos mediante los cuales se produce la misma.

El sistema no es un registro de derechos, sino de títulos. Al registro llega el título y se registra el negocio causal que documenta.

Entre los sistemas de publicidad registrales encontramos que ellos pueden ser:

Constitutivos y declarativos:

En cuanto si al acto que se inscribe existe o no como tal, antes de practicarse la correspondiente inscripción.

Cuando la inscripción es constitutiva, el derecho nace con ella. Este es el sistema que rige en nuestro país a los automotores por el decreto ley 6582/58 que dice:

"TITULO I - Del dominio de los automotores, su transmisión y su prueba

ARTICULO 1º- La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor."

(Decreto/ley 6582/58)

En los registros declarativos, antes que ingrese el documento, el derecho ya existe entre las partes y terceros desinteresados, es decir nace extra registralmente, y la inscripción declara el derecho real a terceros interesados a los efectos de su oponibilidad.

Nuestro registro de la propiedad inmueble, es declarativo, está organizado por la ley 17801, que en su artículo dos dispone que la inscripción es necesaria para la oponibilidad a terceros.

De inscripción y transcripción:

Es de inscripción cuando los títulos se inscriben haciendo una síntesis de ellos, como en el Registro Inmobiliario Argentino. Es de transcripción cuando se exige la transcripción íntegra y literal de los actos relativos a los derechos reales como la constitución, trasmisión o extinción de los mismos.

Personales y Reales:

En los primeros los títulos se asientan por orden cronológico y con el nombre de las partes se confeccionan índices alfabéticos a fin de la búsqueda. Los Reales, por su parte llevan como base la cosa sobre la que recaen los derechos y cada inmueble está matriculado con su correspondiente número de orden, asignándole una hoja especial llamada folio real donde se asientan la cadena de titularidades, los gravámenes y restricciones, y la cancelación de los derechos reales. Basta el estudio de dicho folio a los efectos de conocer el estatuto jurídico real del inmueble. Es nuestro sistema actual. Hoy en la mayoría de los países existe el folio electrónico.

Validan o no los títulos:

Cuando el sistema registral valida los títulos, la inscripción los purifica de los vicios que pudieran estar afectados, en los que no, la inscripción no convalida el título ni subsana defectos que adoleciere. Es lo que prescribe el artículo 4 de la ley 17801.

El sistema registral inmobiliario argentino es declarativo y no convalidante. Si el título es nulo la inscripción no lo convalida ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes, es por ello que la inscripción del título no significa tener por acreditada la titularidad del derecho ni la buena fe.

Cabe agregar aquí, que en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se trató el tema de la coordinación entre tradición e inscripción resolviendo el despacho de la comisión que no es presupuesto para la inscripción el haberse cumplido con la tradición.

Es que:

"La jurisprudencia resolvió a través de reiterados fallos que el adquirente por boleto de compraventa con posesión puede oponerse con éxito al titular inscripto sin posesión, y a los terceros acreedores embargantes posteriores a la posesión.

En nuestro país la publicidad posesoria supera a la registral, ya que el derecho real requiere título y modo suficiente, y si el titular inscripto no está en posesión no adquirió el derecho real pese a que el registro publicite su titularidad. (...)"

Mariani de Vidal, Abella (2016:404)

Si bien el registro se presume exacto, esa presunción es iuris tantum, es decir seria desvirtuable por prueba en contrario. Ni el Código Civil y Comercial, ni la legislación registral argentina hacen mención a la presunta fe registral.

Del texto de la misma ley que rige a los inmuebles surge su objeto:

"Artículo 2º - De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, 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."

(Ley 17801)

5.2 Publicidad extra registral: Publicidad suficiente, la posesión

Las realidades transcurren fuera del registro, de modo que siempre frente a la realidad registral, o sea la que surge del registro, suelen darse realidades extra registrales, a veces, diferentes a las que el registro tiene asentadas.

La adquisición por actos entre vivos consiste en asumir voluntariamente el poder de disponer físicamente de la cosa. Se requiere en la persona capacidad, siendo a estos efectos considerados que los menores de edad lo son a los 10 años para la adquisición unilateral. Ella se produce cuando la persona entra en contacto físico con la cosa, o tiene la posibilidad física de establecerlo, o cuando la cosa ingresa en el ámbito de custodia del adquirente, estableciéndose unilateral o bilateralmente.

La adquisición unilateral se concreta a través del apoderamiento, por cualquier modo que se obtenga, siendo ejemplo de ello la ocupación de un inmueble por un usurpador o la adquisición por interversión unilateral.

Cuando la adquisición se recibe de quien es el poseedor o tenedor actual, ella es bilateral o derivada y el modo es la tradición cuyo cumplimiento debe realizarse a través de actos materiales.

La tradición posesoria

El titulo suficiente es la causa mediata de la adquisición del derecho real y la tradición es su causa inmediata.

La tradición tiene una función constitutiva del derecho real debido a que, como dice el artículo 750:

"el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario."

(Código Civil y Comercial)

El requisito de la tradición juega cuando se trata de adquisición de derechos reales que se ejercen por la posesión.

Para que la tradición de lugar a la transmisión del derecho real debe reunir tres condiciones, siendo estas; ser hecha por el propietario de la cosa, las partes deben tener la capacidad legal necesaria y la tradición debe ser por título suficiente para transmitir el dominio.

La tradición debe cumplirse por la entrega material o a través de actos materiales de ambas partes, del que entrega con el asentimiento del que la recibe o del que la recibe con asentimiento del que la entrega o ejerciendo el adquirente actos posesorios por ejemplo en el inmueble en presencia del transmitente y sin oposición alguna.

La sola declaración del tradens (el que entrega la cosa) de darse por desposeído solo vale como manifestación de su consentimiento para que el accipiens (el que la recibe) tome la posesión. Este debe efectuar realmente actos posesorios para que la tradición se juzgue operada.

Es usual hacer constar en las Escritura Publicas que formalizan compraventas de inmuebles, declaraciones de las partes de haberse hecho la tradición. Estas declaraciones valen para ellas como si fuera una confesión pero carece de efectos frente a terceros que estarán habilitados para controvertir la existencia de la tradición, aduciendo la falta de actos

materiales, puesto que las solas declaraciones de las partes no suplen la realización de dichos actos requeridos para tener por operada la tradición.

El Código Civil y Comercial en lo que refiere a publicidad le otorga a la tradición una función publicitaria, además de la ya mencionada función constitutiva, sobre todo porque engendra a la posesión según el artículo 1893 del Código Civil y Comercial.

5.3 La publicidad de los derechos reales: oponibilidad en el código civil y comercial

Los de derechos reales revisten el carácter de absolutos, lo cual conlleva una oponibilidad erga omes, vale decir deben ser respetados por todos y es por ello que es menester que ellos sean conocidos. Ese conocimiento se cumple a través de su publicidad, la cual cumple además, una función en cuanto al comercio jurídico y al desarrollo del crédito, permitiendo conocer el estado patrimonial del titular, beneficiando a este y a la sociedad en su conjunto.

Dice el Código Civil y Comercial al respecto:

"Articulo 1893.- Inoponibilidad. La adquisición o transmisión 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."

(Código Civil y Comercial)

Cabe agregar aquí lo concluido en las XXIII Jornadas de Derecho Civil en Tucumán, en cuanto al régimen de adquisición de los derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión;

"Postura mayoritaria:

La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática"

Agregando al párrafo precedente mayoritario:

1- una futura reforma del código civil debe mantener la coexistencia de las publicidades posesorias, cartular y registral.

2- la protección de los intereses legítimos de los poseedores hace aconsejable la conservación de la tradición material como constitutiva del derecho real inmobiliario.

3- el registro debe continuar cumpliendo su función de registración de títulos, con carácter meramente declarativo y no convalidante.

4- la mutación a un sistema de registración constitutiva que desplace a la tradición material tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales. Entre otras:

a) El avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y b) graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que solo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar. De acuerdo a los artículos 14 bis, 75 inc. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional y a la constitucionalizacion

del Derecho Civil, es reprochable constitucionalmente un sistema de registración constitutivo.

La postura minoritaria considero que:

1- no debe adoptarse un régimen que combine la publicidad posesoria y la registral, ambas son incompatibles. (...)

2-la inscripción registral debe reemplazar a la tradición como modo de adquisición y constitución de derechos reales sobre inmuebles, de manera que, satisfechos los requisitos del título e inscripción (modo), los derechos reales sobre inmuebles queden definitivamente constituidos y sean oponibles a todos y sin excepción."

En cuanto a la colisión y prioridad dijeron: *"Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe."*

(XXIII Jornadas de Derecho Civil)

De esa manera se reiteraba lo declarado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata 1981).

Por último el anteproyecto de reforma del código civil, decreto 191/2011, revela el pensamiento original de la comisión y por las razones que ahí mismo expone, se concluye la redacción actual del artículo último citado:

"La mayor modificación en este punto que importaría un cambio sustancial, estaría referida al 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 pensó en 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. En el país, ya Eleodoro Lobos en 1899 propuso agregar al final del Código Civil un artículo: "En todos los casos en que este código exija la tradición en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, sólo se juzgará hecha esa tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad de los respectivos instrumentos públicos". Al tiempo de la sanción del código Civil –decía el Dr. Lobos- no existía legislación civil adelantada que no hubiese abandonado el sistema romano que adoptaba el Dr. Vélez. (...)"

Luego, más adelante, en el mismo texto agrega que:

"Mas, a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación, el Anteproyecto mantiene el sistema vigente en el cual la inscripción constitutiva solamente se incluye como excepción para la adquisición, transmisión, etc. De ciertos objetos (por ej. Automotores) mas no para todas las cosas cuyo dominio es registrable, especialmente los inmuebles para los cuales mantiene la tradición posesoria como modo suficiente. Ello muestra la disposición de la Comisión para redactar un código que satisfaga los intereses de la comunidad sin hacer prevalecer ideas propias sobre las necesidades de la población. Respecto de la oponibilidad, como es natural se requiere la publicidad suficiente respecto de terceros interesados y de buena fe, considerándose publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso."

(Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial)

<u>Conclusión:</u>

La conclusión más importante en relación a la publicidad posesoria, es que, ya sea que a través de ella o de cualquier otra manera de dar a conocer cualquier mutación jurídica real

sobre inmuebles en Argentina se logra la congnosibilidad de los distintos interesados, sin supremacía sobre otras técnicas que también tienden a lograr la publicidad del derecho real, como la publicidad registral o la que se da con la publicidad cartular.

Cada tipo de publicidad permanecerá coexistiendo de acuerdo a lograr según el caso la publicidad de lo que se pretende dar a conocer y de allí con respecto a quien o quienes le resultara oponible.

Bibliografía

- Américo Atilio Cornejo "Derecho Registral". Buenos Aires. Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., editor.
- Jorge Joaquín Llambias, Jorge H. Alterini "Código Civil Anotado" Tomo IV-A Derechos Reales. Buenos Aires. Abeledo Perrot, editor. 1993.
- Mariana Mariani de Vidal, Adriana Abella "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial" Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Zavalia, editor. 2016
- Mariana Mariani de Vidal, Adriana Abella "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial" Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Zavalia, editor. 2016
- Mariana Mariani de Vidal. "Curso de Derechos Reales" Tomo I. Buenos Aires. Zavalia S.A., editor. 1998
- Di Pietro – Lapieza Elli. "Manual de Derecho Romano". Buenos Aires. Depalma, editor. 1999