

**"LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO Y OTROS DERECHOS REALES EN LA
REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL"**

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

Publicado en Revista Notarial de Córdoba, N° 38, p. 17.

SUMARIO:

- I. Introducción. Límites de nuestro estudio
 - a) El problema de la posesión
 - b) Actos sometidos a la publicidad exigida por el artículo 2505
 - II. La transmisión del dominio y los terceros
Transmisión de los derechos reales: el derecho personal como eslabón en la cadena de titularidades.
 - a) Los terceros protegidos por el artículo 2505
 - b) Publicidad posesoria y publicidad registral (El código y la ley 17.711)
 - III. El Código y la "inoponibilidad" de ciertos actos
 - a) La acción pauliana
 - b) Transmisiones a "non domino"
 - IV. Prioridades y publicidad
 - a) Las prioridades en el Código
 - b) Las prioridades y la Reforma
 - V. Inscripción declarativa e inscripción constitutiva
 - a) Automotores y caballos pura sangre de carrera
 - b) Ventajas e inconvenientes de la inscripción constitutiva
 - VI. Conclusiones
-

I. Introducción. Límite de nuestro estudio

El tema exige acotar los límites dentro de los cuales efectuaremos nuestra investigación, ya que si circunscribiéramos el análisis a la transmisión del "dominio" estaríamos reduciendo

el campo en el cual las reformas introducidas al artículo 2505 han tenido repercusión¹; las modificaciones que ha sufrido dicha norma afectan el sistema de transmisión de todos los derechos reales sobre inmuebles, al agregar nuevos requisitos para que el cambio de titularidad, además de producir efecto entre las partes, pueda oponerse a los terceros interesados.

Hay un sinnúmero de facetas que sería interesante analizar, y que indudablemente merecerían una consideración detallada; sin embargo su estudio excedería los límites de este trabajo, en el que nos proponemos solamente exponer en forma sucinta la incidencia que la reforma de 1968 ha tenido sobre la transmisión del dominio y demás derechos reales.

a) El problema de la posesión

Uno de los temas que no podremos ahondar, y al que sólo dedicaremos de paso algunas breves reflexiones, es la incidencia que los nuevos artículos 1185 bis y 2355² tienen sobre el régimen de la posesión, y la correlación que debe establecerse entre estas normas y el artículo 2505, para lograr la correcta integración del sistema total de la Reforma.

La referencia resulta indispensable ya que uno de los autores de la Reforma, BORDA, en su Tratado de Derechos Reales,

¹. Art. 2505 (Texto reformado por la ley 17.711): "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."

². Art. 1185 bis (Agregado por la ley 17.711): "Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio."

Art. 2355, párrafo agregado por la ley 17.711: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa."

aparecido con posterioridad a la ley 17.711³, al ocuparse de la vieja discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión, afirma enfáticamente que es un derecho real. Ya al comienzo de su obra, al recordar que no hay más derechos reales que los establecidos por la ley (artículo 2502), y analizar la enumeración contenida en el artículo 2503, afirma que a esa lista "hay que agregar la posesión"⁴; y más adelante, cuando se ocupa de la vieja discusión sobre si la posesión es un hecho o un derecho, afirma textualmente:

*"Si la ley me concede acciones posesorias, es porque reconoce mi derecho a no ser perturbado en mi posesión. Permítasenos insistir en el concepto: puesto que tengo acciones, tengo derecho."*⁵

E insiste en que se trata de un derecho real "porque reúne todos los caracteres de tal"⁶.

Si aceptásemos la corrección de esta doctrina, resultaría forzoso preguntarse: ¿qué efectos tiene el artículo 2505 sobre la transmisión del "derecho real" de posesión?

Quienes adhieran a la doctrina de BORDA, y afirmen que la posesión es un derecho, deberían reparar en los corolarios de tal afirmación, ya que en la actualidad nuestro sistema jurídico exige el requisito de la inscripción registral para que la transmisión de cualquier derecho real -no sólo el dominio- sea oponible a terceros. ¿Qué significaría esto? Que la posesión, para ser oponible a terceros debería previamente ser registrada, lo que repercutiría en las situaciones previstas por los artículos 1185

³. Guillermo A. BORDA, "Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales", ed. Perrot, Buenos Aires, 1975, 2 tomos.

⁴. Autor y obra citados en nota anterior, N° 8, p. 16.

⁵. Autor y obra citados en nota 3, N° 27, p. 38 y 39.

⁶. Lugar citado en nota anterior.

bis del Código Civil, y 150 de la Ley de Quiebras⁷; y nos obligaría a afirmar que en tales casos, para gozar de la protección legal, ¡la posesión debería tener por base un boleto de compraventa inscripto en el Registro!

La consecuencia resulta inevitable si se interpreta el Código de manera sistemática, y se procede con estricto rigor lógico, sobre la base de la premisa de que la posesión "es un derecho real"⁸.

b) Actos sometidos a la publicidad exigida por el artículo 2505

Otro punto digno de consideración es el del aparentemente reducido ámbito de aplicación del nuevo artículo 2505, que literalmente solo se refiere a "la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles...".

Ya los primeros comentaristas de la norma critican severamente la terminología empleada, manifestando que debían haberse mencionado todos los actos que provocan cambios o mutaciones en la situación jurídica de derecho real. Así vemos que MOLINARIO, en ponencia remitida al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, formula una decena de objeciones al régimen de publicidad registral articulado por la Reforma, y en la "sexta

⁷. Art. 150 de la ley 19.550 ("Concursos"): "Las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato puede continuarse por éste y media autorización judicial, ante expreso pedido del síndico y del tercero, manifestada dentro de los treinta días de la publicación de la quiebra en la jurisdicción del juzgado.

El artículo 1185 bis del Código Civil sólo se aplica a los casos de inmuebles destinados a vivienda."

⁸. No es este el lugar adecuado para discutir la naturaleza jurídica de la posesión; sin embargo señalamos que en algunas conferencias que hemos dado sobre "Boleto de compraventa" (Colegio de Escribanos de San Francisco, 1969; Universidad Católica de Salta, abril 1970; Colegio de Martilleros de Rosario, 1970; Colegio de Abogados de Chilecito, 1971), admitimos que en la actualidad pueda afirmarse que hay un "derecho real autónomo" de posesión, fundado en un boleto privado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2355; pero destacado que ese nuevo "derecho real", quedaría sometido para su transmisión y oponibilidad, a las previsiones del artículo 2505.

objeción", le critica "no haber señalado la necesidad de la registración con relación a todos los actos y hechos jurídicos que pueden incidir sobre el derecho real inmobiliario, fuera de la adquisición o transmisión"⁹. Recomienda también que se inscriban "los actos jurídicos celebrados entre vivos que tengan por objeto la adquisición, transmisión, constitución, declaración, modificación, cesión o extinción de derechos reales sobre inmuebles"¹⁰. El mismo autor se había ya ocupado del tema en un artículo publicado en Revista del Notariado¹¹.

También PÉREZ LASALA había formulado una crítica similar al artículo 2505¹², pero es conveniente señalar que el defecto ha quedado salvado en parte por lo dispuesto en el inc. a) del artículo 2, ley 17.801, que entró en vigencia simultáneamente con la ley 17.711, que nos habla de la necesidad de registrar los documentos que "constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles."

La terminología empleada por el artículo 2505 no pretende limitar la publicidad registral a los actos de transmisión o adquisición de derechos reales, ni debe ser interpretada de manera restrictiva; la publicidad registral se exigirá para todo cambio o mutación que se produzca en la situación jurídica de los inmuebles. Así la constitución de un derecho real de usufructo, o de anticresis, aunque no implique transmisión alguna, sino creación de un derecho que no existía con anterioridad, deberá ser inscripta, por estar genéricamente comprendida en la hipótesis de adquisición de derechos. Para su oponibilidad a terceros

⁹. Ver "Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", tomo II, p. 452, ed. Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1972.

¹⁰. Ver "Actas...", ponencia del Dr. Alberto D. Molinario, recomendación, punto 2º, A), p. 445.

¹¹. Alberto D. MOLINARIO, "El régimen de la publicidad en la Reforma del Código Civil", Rev. del Notariado, año 1969, Nº 699, p. 527-537.

¹². José Luis PÉREZ LASALA, "Transmisiones inmobiliarias en la reforma de la legislación civil", L.L. 131-1333 (en especial p. 1334 y 1335).

toda modificación o extinción de un derecho real sobre bienes inmuebles también precisará indefectiblemente de la inscripción registral.

En definitiva, la norma comprende todos los cambios que se produzcan en la situación jurídica de un inmueble, y que tengan su causa en un acto entre vivos. Pero, ¿qué sucede cuando el cambio de titularidad se produce en virtud de una disposición legal o a causa de la muerte de su titular? ¿Será menester en tales casos la inscripción registral, para que el cambio de titularidad pueda oponerse a los terceros?

En nuestro sistema jurídico el heredero -por una ficción legal- continúa la persona del causante (artículos 3417 y concordantes del Código Civil); esto tiene -con relación al problema que analizamos- una consecuencia importante, y es que no se va a exigir la publicidad registral, a los fines de la oponibilidad a terceros.

Así, en la Recomendación N° 9, aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil¹³, se decía que "en los casos de transmisión hereditaria la inscripción tendrá efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante", párrafo que tenía como antecedente las observaciones formuladas por Alberto D. MOLINARIO¹⁴, quien para fundamentar el dispositivo expresó en el curso del debate que "cuando se trata de la transmisión a título hereditario (la publicidad) se realiza mediante la cuasi-posesión hereditaria y, en consecuencia, operándose ésta, sea de pleno derecho o por resolución judicial, la publicidad ya está cumplida. Y esa publicidad, de acuerdo con lo que establecen los artículos 3417, 3344, 3341 y concordantes, resulta tener efecto retroactivo al día de la transmisión, que es el de la muerte,

¹³. Ver "Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil", Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1962, T. II, p. 744.

¹⁴. Ver "Actas del Tercer Congreso...", T. I, p. 348, y despacho en disidencia, p. 349.

artículo 3282"¹⁵. La observación fue aceptada por la mayoría de la comisión, e incorporada a la Recomendación que resultó en definitiva aprobada.

El cambio de titularidad se produce por tanto con la apertura de la sucesión, momento a partir del cual el heredero viene a ocupar el lugar del causante, sin necesidad de la inscripción registral para que este cambio de titularidad sea oponible a terceros; por otra parte debe advertirse que este hecho no perjudica a los acreedores del difunto, ya que frente a ellos el heredero ocupa el lugar jurídico que tenía el causante, y no serán considerados "terceros", sino acreedores del heredero.

II. La transmisión del dominio y los terceros

a) Transmisión de los derechos reales: el derecho personal como eslabón en la cadena de titularidades

En el tráfico jurídico la transmisión de los derechos reales por actos entre vivos, se efectúa por la vía de la creación de un derecho personal, que es el eslabón intermedio entre el derecho real del primer propietario, y el derecho real del segundo. Generalmente se celebra un contrato, que da nacimiento a ciertas obligaciones, cuyo cumplimiento y consiguiente extinción consiste en la entrega de la cosa objeto del derecho real, es decir la "tradición". De esta forma un derecho personal efímero, y de naturaleza transitoria, ha servido de vehículo para traspasar la titularidad de un derecho real, de un sujeto a otro.

Este fenómeno da origen a la teoría del título y del modo; el título causal es el contrato que hace nacer la obligación de transmitir, y el modo es la entrega de la cosa, o tradición.

Pero esta relación jurídica, que aparentemente no vincula más que a dos sujetos, va a producir efectos respecto a personas que no son partes en la relación. La experiencia demues-

¹⁵. Ver "Actas del Tercer Congreso...", T. I, p. 352.

tra que toda relación jurídica negocial, toda expresión del tráfico jurídico, repercute en forma directa o refleja sobre terceros que han sido ajenos a su formación. Entonces el jurista se enfrenta con un nuevo problema: es necesario tomar medidas para lograr que la relación jurídica, que en principio está destinada a producir efectos solamente entre las partes, no incida de manera nociva o perjudicial sobre los "terceros", y el jurista debe aguzar su ingenio en la búsqueda de medios que protejan al tercero.

Precisamente una de las razones que inspiran al nuevo artículo 2505, es la protección de los terceros, para evitar que la clandestinidad en el tráfico jurídico pueda tornar ilusorios sus derechos, y en especial privarlos de la garantía que la ley les concede sobre el patrimonio de sus deudores.

b) Los terceros protegidos por el artículo 2505

¿Quiénes son estos terceros? Son aquellos sujetos vinculados por otras relaciones jurídicas con alguna de las partes que interviene en el cambio de la situación jurídica del inmueble. Pueden ser, por ejemplo, los acreedores del enajenante o del adquirente, que verán afectados sus derechos según que el bien se encuentre en uno u otro de los patrimonios.

Se encuentra entonces una forma de proteger los intereses de terceros interesados, mediante la publicidad del cambio de titularidad de los derechos reales. Se brinda la posibilidad de conocer que el bien pasará de un patrimonio a otro, conocimiento que permitirá a los terceros interesados tomar las medidas conducentes a salvaguardar aquellos de sus derechos que pudieran verse afectados por la modificación de la situación jurídica del bien.

En sentido lato se da el nombre de terceros a todas las personas extrañas a la relación negocial; así, frente al titular de un derecho real, que ejercita directamente sobre la cosa las facultades que ese derecho le confiere, todos los demás miembros

de la comunidad son "terceros", y en las relaciones de derecho personal, tenemos al acreedor (Primus), el deudor (Secundus), y el resto de los sujetos son "terceros" (Tertius).

Sin embargo, cuando en el artículo 2505 se habla de la inoponibilidad a "terceros", se está empleando el vocablo con un sentido más restringido, y se hace referencia a aquellas personas que sin ser "partes" en la relación negocial, están jurídicamente vinculadas con alguno de los dos polos de la misma. La norma busca aquí proteger a lo que podríamos denominar "terceros interesados", que son los que podrían verse afectados por la transmisión del derecho real.

Hay otra categoría de terceros, totalmente extraños (penitus extranei), de los cuales el artículo no se preocupa, porque no tienen ningún interés jurídico vinculado con los cambios que se operan en la situación jurídica del inmueble. Ellos deben limitarse a respetar los derechos del titular.

Esta distinción entre los dos tipos de terceros ha sido tratada magistralmente por Jorge H. ALTERINI¹⁶, quien analiza con detenimiento las distintas hipótesis de terceros interesados, a quienes no podrá afectar la transmisión del derecho real si no ha recibido la correspondiente publicidad registral¹⁷.

- c) Publicidad posesoria y publicidad registral (el Código y la ley 17.711)

Vélez Sársfield consideró que la publicidad de los derechos reales se garantizaba adecuadamente por la vía posesoria, estimando suficiente la "tradición" (artículo 577), en cuanto ésta, al hacer pasar la posesión de un sujeto a otro, ponía al descubierto el cambio operado. Sin embargo, la relación de

¹⁶. Jorge H. ALTERINI, "Gravitación de la Reforma al art. 2505 del C. Civil (Con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)", E.D. 43-1181 y siguientes.

¹⁷. Trabajo citado en nota anterior, en especial apartado e), p. 1189 y ss.

hecho con la cosa no siempre exterioriza la titularidad de un derecho real; muchas veces la persona que está en relación de hecho con la cosa lo hace sólo como titular de un derecho personal, como sucede en el caso del inquilino o del depositario, que son meros tenedores. Incluso, puede un sujeto no tener una relación de hecho legítima con la cosa, sin que exteriormente ello trascienda, como en el caso de poseedores viciosos. De manera tal que puede afirmarse que la publicidad posesoria resulta insuficiente para la protección del tráfico jurídico.

Las modificaciones introducidas al esquema que implantara Vélez Sársfield, hacen que ahora coexistan en nuestro sistema jurídico dos tipos de publicidad: por un lado la publicidad posesoria, cuyo fin es -más que la protección de los terceros- lograr la paz pública protegiendo al propio titular del derecho real de dominio. La publicidad posesoria resulta suficiente al titular del derecho real para lograr que los terceros extraños conozcan y respeten la situación de hecho y de derecho que lo vincula al bien en cuestión, y que en la práctica se exterioriza por vía de la posesión. Frente a esta situación los terceros extraños no pueden argüir la falta de inscripción, y están constreñidos a respetar los derechos del titular, cualquiera sea éste; de esta manera el orden jurídico, por medio de la publicidad posesoria, protege a los derechos reales en su faz estática.

En cambio la ley 17.711 crea otra clase de publicidad, la registral, destinada a proteger la faz dinámica de los derechos reales sobre inmuebles. El valor tutelado por este tipo de publicidad es la seguridad jurídica en el tráfico, a través del resguardo de los derechos de "terceros interesados", a quienes no se podrán oponer transmisiones o modificaciones de derechos reales sobre inmuebles que no hayan sido objeto de la correspondiente inscripción registral.

Esta es la mayor incidencia que sobre la transmisión de los derechos reales en materia inmobiliaria ha tenido la reforma al artículo 2505.

Vélez protegía ambas facetas de la seguridad de los

derechos reales sobre inmuebles, la estática y la dinámica, por medio de la publicidad posesoria, considerando que la tradición brindaba a los terceros suficiente conocimiento del cambio de titularidades.

El legislador de 1968 consideró que los cambios producidos en la realidad socio-económica del país en el lapso de casi 100 años, hacían necesaria la adopción de otra forma de publicidad para el aspecto dinámico, si se deseaba proteger en forma efectiva los derechos de los "terceros interesados". Fundado en estas consideraciones ha creado un sistema que permite conocer¹⁸ las mutaciones en la situación jurídica de los inmuebles, a cualquier persona que de una u otra forma se pudiera ver afectada por dichos cambios.

En el primer momento alguien pensó que el propietario no podría ejercer acciones posesorias o reales, si no tenía inscripto su derecho, llegando entonces a afirmar que no existiría todavía un verdadero derecho real, puesto que faltaría la característica esencial de la oponibilidad "erga omnes"¹⁹.

Esto no es así; con respecto a las acciones posesorias no hay problema alguno ya que su ejercicio se basa en el hecho de la posesión, independientemente del derecho real existente. Hacemos la salvedad, sin embargo, de que para aquellos que afirman -como BORDA- que la posesión es un derecho real "per se", el problema se complicaría, pues deberían someterse a las exigencias del artículo 2505 como condición "sine qua non" para el ejercicio de su defensa.

En lo que se refiere a las acciones reales, entendemos que tampoco es necesaria la previa inscripción registral, puesto

¹⁸. La publicidad registral es esencialmente un sistema de "cognoscibilidad", es decir, brinda la "posibilidad" de conocer. En consecuencia, no es necesario indagar si ha habido o no conocimiento efectivo: basta con que el interesado haya "podido conocer".

¹⁹. Ver la exposición de Horacio MILIA, en "Reformas al Código Civil", ed. Orbir, Rosario, 1968, p. 171 y ss., en especial cuando dice: "no dispondrá de las acciones reales para defender la existencia, la plenitud y la libertad de un derecho real" (p. 175, últimos renglones).

que dichas acciones sólo tienden a defender al titular del derecho frente al ataque de un tercero totalmente extraño y, por tanto, basta con la exteriorización que su derecho ha obtenido por vía posesoria, para que pueda esgrimir las medidas defensivas. En otras palabras, el reivindicante debe ser titular del derecho real, titularidad que se logra con el cumplimiento de dos requisitos: título y modo.

Adviértase que de manera coincidente, LAQUIS ha propuesto la modificación del artículo 2789, admitiendo como regla general que el reivindicante pruebe su derecho con los asientos registrales en que consta la inscripción de su título, pero incluyendo una previsión para los casos en que no estuviese inscripto, hipótesis en que deberá justificar la existencia de su derecho²⁰.

¿Cuál es, entonces, la función de la publicidad registral? Muchos han opinado que es un tercer requisito para completar la existencia de un derecho real, exigiéndose por lo tanto título, modo y publicidad²¹.

Para nosotros, sin embargo, el derecho real continúa adquiriéndose, transmitiéndose o modificándose con el título y el modo; la publicidad registral no afecta la existencia del derecho, puesto que nuestra ley ha consagrado un régimen de publicidad declarativa²². Lo que la publicidad registral afecta es la posibilidad de que ese derecho real, existente en forma plena, se oponga a terceros interesados; si falta la inscripción, los terceros interesados podrán actuar como si la titularidad todavía no se hubiese transferido.

²⁰. Ver Manuel A. LAQUIS, en "Examen y Crítica de la Reforma", Ed. Platense, La Plata, 1974, T. 3, p.463.

²¹. Ver Horacio MILIA, (exposición citada en nota 19); Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, "Teoría de los contratos - Parte General", ed. Zavallía, Buenos Aires, 1971, p. 194; Luis A. PEÑA GUZMÁN, "Derechos Reales", Tea, Buenos Aires, 1973, T. I, N° 20, p. 36 y ss.

²². Ver nuestro "La publicidad de los derechos reales en el Derecho Argentino antes y después de la ley 17.711", Boletín Fac. Derecho de Córdoba, año XXXVI, 1972, N° 1-5, p. 9 y ss. (en especial p. 17 y ss.).

III. El Código y la "inoponibilidad" de ciertos actos

La posibilidad de que algunos terceros interesados ejerciten sus acciones, como si ciertos actos no hubiesen tenido lugar, no es una novedad y nuestro Código la contempla en varios casos, sea por la vía de establecer "prioridades", sea consagrando lo que técnicamente suele denominarse "inoponibilidad" del acto.

a) La acción pauliana

Ilustraremos nuestra afirmación con la acción revocatoria o pauliana. Un sujeto ha enajenado real y efectivamente sus bienes, y el adquirente, reunidos el título y el modo se convierte en verdadero "dominus"; sin embargo, el Código determinaba que en algunos casos debía soportar la acción revocatoria incoada por terceros interesados: acreedores del enajenante. Por supuesto que para que el acreedor que intentaba la acción pudiese gozar de esta "inoponibilidad" de la venta, debían reunirse los requisitos previstos en el artículo 962 del Código Civil, a saber: insolvencia del enajenante; que la venta acarrease un perjuicio a los acreedores; que el crédito de los terceros interesados fuese de fecha anterior a la enajenación impugnada... Y, en tales circunstancias, el adquirente del bien, pese a su condición de verdadero propietario, no podrá oponer a los actores esta adquisición: a) si era adquirente a título gratuito; o b) si, tratándose de un título oneroso, había obrado de mala fe, es decir, había sido cómplice del enajenante y tenía conocimiento de que con ese acto pretendía defraudar a los acreedores, colocándose en estado de insolvencia.

b) Transmisiones a "non domino"

Como vemos, nuestro Código civil, aún antes de la Reforma, preveía situaciones en que la transmisión de derechos

reales era inoponible a terceros interesados.

Las hipótesis contempladas no se agotan en la acción revocatoria; podemos también mencionar las transmisiones a "non domino", especialmente en materia de cosas muebles, y en la hipótesis del heredero aparente. El artículo 2412, por una parte, dispone que quien adquiere de buena fe una cosa mueble que no fuese robada o perdida, es considerado legítimo propietario, aunque la haya recibido de quien no era el verdadero dueño de la cosa; el artículo 3430, siguiendo una línea de pensamiento similar, protegía a quien había adquirido los bienes a un heredero aparente.

Sin embargo esta adquisición de derechos reales, protegida por la ley en ciertas condiciones, es inoponible a terceros interesados (por ejemplo el legítimo heredero, o el propietario), cuando el título era gratuito, o el adquirente era de mala fe, es decir, sabía que el transmitente no era el verdadero titular.

IV. Prioridades y publicidad

El nuevo texto del artículo 2505 tiene gran influencia sobre la prioridad de los derechos, al adoptar una línea distinta de la prevista por el Código Civil.

Hoy suele hablarse de la "prioridad" como si fuese un principio exclusivo del Derecho Registral, cosa que no es exacta. La preferencia de tipo temporal, es decir aquella que se otorga al que es primero en el tiempo, frente a otros que pretenden con posterioridad adquirir el mismo derecho, u otros incompatibles, figuraba ya en el Código Civil, no sólo en materia de derechos reales, sino también respecto a derechos personales²³.

a) Las prioridades en el Código

Si acudimos al Capítulo destinado a las obligaciones

²³. Ver nuestro trabajo citado en nota anterior; en especial p. 21 y ss.

de dar cosas ciertas veremos como los artículos 592 y siguientes²⁴ nos brindan una serie de reglas para determinar el orden de prioridad.

Con relación a la transmisión de derechos reales sobre muebles (artículo 592), y sobre inmuebles (artículo 594), el Código Civil establece que tiene prioridad aquél a quien primero se hubiere hecho tradición de la cosa, siempre y cuando haya obrado con buena fe, es decir, desconociera que el enajenante había constituido previamente derechos a favor de otros sujetos que podían verse afectados, de forma directa o indirecta, por este acto de transmisión del derecho real.

En resumen, la persona a quien se le transmite el derecho real (transmisión que se opera cuando al título se le suma el modo: tradición), prevalece sobre quienes sólo tenían un derecho personal a la cosa. Si el derecho real se transmite a varios, en momentos sucesivos, prevalecerá el primero de ellos que contó con título y modo.

También regulaba el Código una prioridad temporal en materia de derechos personales, en los artículos 593 y 596 -para muebles e inmuebles, respectivamente- estableciendo que gozaría de preferencia el acreedor de título más antiguo. Decimos que se trata de derechos personales porque estamos frente a la hipótesis en que el deudor ha prometido a varios sujetos transferirles la

²⁴. Art. 592.- Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir o constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciere tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor.

Art. 593.- si la cosa fuere mueble, y concurriesen diversos acreedores, a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin haber hecho tradición a ninguno de ellos, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

Art. 594.- Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciere tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa.

Art. 596.- Si la cosa fuere inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público sea de fecha anterior.

propiedad de una cosa, pero todavía no se la ha entregado a ninguno, es decir no ha hecho tradición. Cada uno de los acreedores tiene título, pero ninguno se ha convertido en dueño, porque falta aún el modo. Se trata pues del derecho personal que sirve de eslabón entre dos derechos reales, en la cadena de titularidades a que hacíamos referencia más arriba; en este caso la prioridad se concede al contrato (o título) de fecha más antigua. El primer acreedor será el que tendrá derecho a que se le entregue la cosa.

b) Las prioridades y la Reforma

El sistema del Código, que basaba la atribución de prioridades temporales en la tradición -para el caso de los derechos reales-, o en el título -si se trataba de derechos personales-, va a sufrir la incidencia de las reformas introducidas al artículo 2505 por la ley 17.711.

La preferencia otorgada al derecho real más antiguo, se basaba en la publicidad posesoria (tradición), y la preferencia de este derecho, frente a terceros interesados -aunque estos tuviesen derechos personales de fecha anterior-, tenía como base la buena fe del adquirente, que resultaba así un requisito indispensable para la "oponibilidad" de la transmisión.

La exigencia de la publicidad registral va a introducir un cambio en la forma de apreciar la buena fe del adquirente; la registración permite conocer la existencia de derechos personales, o reales, anteriores y esa "posibilidad de conocer" priva de buena fe al adquirente a quien se le haya hecho -a pesar de todo- tradición de la cosa. Faltando el requisito de la buena fe el acto será "inoponible", y no podrá hacer valer la prioridad que le otorga la efectiva tradición de la cosa.

En el sistema del Código podíamos encontrarnos con el caso de que el dueño del inmueble otorgase escritura a favor de A, y luego a favor de B, y finalmente a favor de C. Mientras no se efectuara la tradición, el derecho personal de A tenía priori-

dad sobre los derechos de B y C; pero si el transmitente hacía tradición del bien a B, y éste tenía buena fe, el derecho real quedaba válidamente constituido en su cabeza, ya que había reunido título y modo, mientras que A y C sólo tenían un derecho personal.

Pero si B era un adquirente de mala fe, es decir conocía la preexistencia del derecho personal de A, su adquisición sería "inoponible" a A; en cambio, el conocimiento de la obligación contraída por el enajenante con C, no le afectaría en ningún caso, porque el título de este último era posterior al suyo.

En el momento actual si el propietario de un inmueble otorga escrituras sucesivas a favor de A, B, y C, sucederá que a raíz de la inscripción que debe practicarse de esos actos, - publicidad que comienza incluso en la etapa previa, cuando se expide el certificado- cuando B solicite el certificado sobre las condiciones de dominio del actual titular, se le hará saber que ya se había expedido a otro escribano un certificado destinado a posibilitar la transmisión o constitución de un derecho sobre ese bien. En tal caso no se admitirá que B aduzca luego desconocimiento de la posible existencia de otros derechos personales o reales²⁵ anteriores sobre el mismo inmueble; y aunque se efectuara la tradición del bien a favor de B, el derecho de A tendría prioridad, porque B sería un adquirente de mala fe y su adquisición sería inoponible.

Este es el verdadero alcance de la Reforma, y no el que algunos han pretendido ver en el sentido de que al título y al modo se habría agregado el requisito de la publicidad registral para que se produzca la transmisión del derecho real.

En el supuesto que analizamos, B adquiere su derecho real con el título (escritura), y el modo (tradición), aunque no le haya dado publicidad registral. El derecho real existe en cabeza de B; la transmisión es perfecta, y el enajenante no puede

²⁵. Por ejemplo, un derecho real de hipoteca, o una obligación de constituir usufructo o servidumbres, o la promesa de transmitir la propiedad.

esgrimir la falta de inscripción. Lo que sucede es que es "inoponible" a terceros interesados, como serían los acreedores del enajenante, con una salvedad: que ellos conozcan la transmisión por haber actuado como testigos, o haber autorizado el documento (artículo 20 de la ley 17.801), hipótesis en la cual la transmisión les sería oponible aunque no esté registrada²⁶.

Por otra parte, insistimos, si B ha conocido a través del Registro la posible constitución a favor de A, de un derecho real o personal anterior al suyo, sobre el mismo inmueble, no tendría prioridad, porque carecería de buena fe.

Puede suceder, sin embargo, que B actúe de buena fe, a pesar de haber tomado conocimiento de la potencial existencia de otro derecho sobre el inmueble, si ha comprobado fehacientemente que el negocio ha sido dejado sin efecto; o bien, porque el negocio en gestación no se ha inscripto dentro de los plazos de validez del certificado otorgado a A, ya que si se han dejado vencer esos plazos -sumados a los 45 días que la ley concede para la presentación del documento- se opera la pérdida de la reserva de prioridad.

V. Inscripción declarativa e inscripción constitutiva

La reforma introducida al artículo 2505 extiende a todos los derechos reales sobre inmuebles el sistema de publicidad declarativa que ya existía en nuestro código en materia de hipotecas; el mencionado sistema tiene por finalidad la protección de los terceros interesados en el tráfico jurídico.

Para lograr este objetivo, además de reformar el artículo 2505, se dictó la ley 17.801, destinada a complementar y regular el funcionamiento de ese dispositivo. Pero la reforma

²⁶. Art. 20 de la ley 17.801 (Registro de la Propiedad del inmueble).- 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.

efectuada no cambió sustancialmente el sistema de transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, donde siguen exigiéndose dos requisitos: el título causal, es decir la escritura pública, y el modo, que continúa siendo la tradición.

En este punto el legislador de 1968 se ha apartado de la Recomendación votada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que proponía incluir como artículo 4052 una norma que se refería a la "inscripción perfeccionadora de la tradición"²⁷. Si lo que se perfeccionase fuera la tradición, habríamos agregado al modo un elemento que lo completase; sin embargo, reiteramos, no fue éste el criterio del legislador.

La confusión de algunos intérpretes, que pensaron que el artículo 2505 consagraba una inscripción constitutiva, puede ser consecuencia -al menos en parte- de la ambigüedad de los términos del artículo 2505, que habla del perfeccionamiento de la adquisición o transmisión. Sin embargo la segunda parte del artículo es suficientemente clara en el sentido de que lo que se perfecciona es el título y no el modo. Lo que se inscribe y recibe publicidad es el título causal, y no el modo, que nunca llega al Registro.

Esa publicidad que se agrega al título tiene como única finalidad proteger el tráfico y a los terceros interesados. Reiteramos: no es un tercer requisito de la transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, sino una condición de oponibilidad de estos derechos a los terceros que tengan un interés legítimo.

a) Automotores y caballos pura sangre de carrera

El régimen de publicidad meramente declarativa, adopta-

²⁷. Ver "Actas...", Recomendación N° 9, T. II, p. 774:

"Art. 4052.- La tradición requerida para 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 y, en todos los demás casos, esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. En los casos de transmisión hereditaria la inscripción tendrá efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante."

do por nuestro sistema jurídico, ha sufrido un quebrantamiento con algunas leyes anteriores y posteriores a la ley 17.711, donde vemos que para la transmisión del dominio de algunos bienes se sustituye el modo tradición, por el modo inscripción. Es lo que ha acontecido en materia de automotores, con el decreto-ley 6582/58, y lo que ocurrió posteriormente con la ley 20.378 para los caballos pura sangre de carrera²⁸. En ambos casos se mantiene la exigencia de dos requisitos para la transmisión de la propiedad: título causal, y modo de adquisición, pero se reemplaza el modo-tradición, por el modo-inscripción, tratándose en este caso de una inscripción constitutiva de derechos.

b) Ventajas e inconvenientes de la inscripción constitutiva

Debemos confesar que, en un primer momento, nos pareció conveniente el régimen adoptado en materia de automotores y caballos pura sangre de carrera, y el reemplazo de la tradición, por la inscripción constitutiva. Pero el funcionamiento práctico de ambos registros -en especial el de automotores- nos ha convencido de que estos cambios deben llevarse a cabo con suma prudencia. Las normas jurídicas deben adoptarse no por la novedad que presenten, ni por el funcionamiento exitoso que tengan en otros ordenamientos jurídicos, sino atendiendo a la realidad social que

²⁸. Art. 1° del decreto-ley 6582/58.- La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo 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.

Art. 2 del decreto-ley 6582/58.- La inscripción de buena fe de un automotor en el registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si el automotor no hubiese sido hurtado o robado.

Art. 1° de la ley 20.378.- La inscripción de animales equinos de sangre pura de carrera en los Registros Genealógicos reconocidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería acredita su origen, calidad como ejemplares de pedigree y la propiedad a favor del titular. Se considerarán como tales Registros Genealógicos los actualmente existentes, los cuales deberán ajustar su organización y funcionamiento a las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo Nacional, que los controlará a través del Ministerio de Agricultura y Ganadería así como a los que, de acuerdo con dichas condiciones, se reconozcan en el futuro.

habrán de regir.

Ha calado tan hondo en la mentalidad jurídica de nuestra población que la tradición es el modo constitutivo del derecho real, que hoy -a más de veinte años de vigencia- el decreto-ley de automotores sigue produciendo una gravísima confusión, un desajuste total, la quiebra del sistema que -para todas las restantes hipótesis- consagra la publicidad declarativa.

Al adoptarse un sistema de publicidad constitutiva y dejarse de lado la tradición, se producen una serie de desenfoques, porque el común de la gente no puede entender que habiendo entregado el automóvil, y otorgado el correspondiente título, se continúe siendo propietario del vehículo mientras no se haya inscripto la transferencia.

Estamos convencidos de que si hoy se encarase una reforma en materia de transmisión de dominio se debería unificar el sistema, y sustituir la publicidad constitutiva en materia de automotores y caballos pura sangre de carrera por la publicidad declarativa, con los mismos efectos retroactivos que tiene la publicidad en el caso de los inmuebles, Es decir, que la inscripción -siempre y cuando se efectúe dentro de los plazos legalmente establecidos- produzca sus efectos desde el momento en que se celebró el contrato de transferencia, o sea cuando se realizó el acto.

Por otro lado pensamos que sería conveniente que en materia de automotores se encargue el trámite inscriptorio a profesionales del derecho -que podrían ser los escribanos- y no a meros tramitadores, que casi nunca realizan su tarea en término, lo que genera tantos problemas que luego deben ventilarse ante la justicia. El profesional del derecho que autoriza el contrato traslativo de dominio, o certifica la autenticidad de las firmas, debería tener a su cargo la responsabilidad de su inscripción.

Esta solución presentaría dos ventajas; en primer lugar el trámite inscriptorio estaría en manos de un profesional, cuyo conocimiento del derecho le permitiría salvar muchas dificultades

que a veces se presentan y que son el fruto del desconocimiento de la ley, o de su incorrecta interpretación. En segundo lugar, si la inscripción no se efectuase en término, y ello irrogase daños a las partes, existiría una persona con solvencia económica que podría responder por las negligencias cometidas en su desempeño profesional.

VI. Conclusiones

En resumen, pensamos que sería más correcto unificar nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, adoptando para todas las hipótesis un régimen de inscripción registral declarativa, que no sustituya la tradición como modo adquisitivo, sino que limite la función de la publicidad a los efectos de oponibilidad de los derechos frente a los terceros interesados.

Para terminar concretaremos nuestra posición en los siguientes puntos:

a) El artículo 2505 se aplica a todos los derechos reales sobre inmuebles.

b) Toda modificación en la situación jurídica del inmueble debe proyectarse registralmente.

c) El artículo 2505 tiene por fin la protección de los "terceros interesados".

d) La publicidad posesoria protege la faz estática del derecho real, mientras que la faz dinámica está protegida por la publicidad registral.

e) La publicidad registral exigida por el artículo 2505 es de tipo declarativo; en consecuencia, funciona como condición de oponibilidad de los derechos a terceros, y no como condición de existencia del derecho real.

f) En materia inmobiliaria se mantiene el sistema de transmisión por el título causal (escritura pública) y modo de adquisición (tradición).

g) En lo que respecta a automotores y caballos pura sangre de carrera, la inscripción es constitutiva. Se ha reemplazado el

modo tradición por el modo inscripción.

h) Sería conveniente unificar el sistema, estableciendo para todos los bienes el régimen de publicidad declarativa.