

16/5/17

**PARTE GENERAL DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO  
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN  
(ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LOS ARTÍCULOS 1882 A 1894)**

Por Gabriel B. Ventura\*

Título I  
Disposiciones generales

Capítulo 1  
Principios comunes

**Art. 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

- Concordancias con el Código derogado: Cód. Civil: No hay norma correlativa en el Código derogado

**LA DEFINICIÓN DE DERECHO REAL**

Comencemos por aclarar que, a pesar del título que encabeza la norma, no se trata de un concepto, sino de una definición. En efecto, sabemos que un

---

\* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba.

concepto, conforme al Diccionario de la Lengua en su segunda acepción, es una Idea que concibe o forma el entendimiento, y en su séptima acepción, se describe como la representación mental asociada a un significante lingüístico. “Definición”, en cambio, (segunda acepción) es una proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial; es decir justo lo que hace la norma que estamos analizando.

A ese respecto, recordemos que Vélez Sársfield se abstuvo expresamente de brindar definición de derecho real; y los fundamentos de esa actitud los pone de manifiesto en la nota al art. 495 del Código derogado, cuando citando a Techeira de Freitas, dice: “... *las definiciones son impropias de un código de leyes...*”.

En verdad ya el senador y jurisconsulto romano, Javoleno Prisco, en el Digesto, se manifestaba contrario a definir, mediante su famosa sentencia: “*omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim ut non suberti possit*” (Toda definición en derecho civil es peligrosa; porque difícilmente no pueda ser alterada). Allende, remarcando el acierto de la sentencia romana transcripta, llega a manifestar renegando también de las definiciones que “...*toda definición es peligrosa sin necesidad de restringir el principio al derecho civil*”. Pero luego, a renglón seguido el mismo autor explica que, a pesar de ello, la ciencia del derecho exige definiciones, sobre todo para la enseñanza<sup>1</sup>.

Claramente advertimos entonces, que una cosa es definir legalmente un instituto, un contrato, un fenómeno o un derecho, lo que estaría mal visto en una ley por la doctrina citada, y otra bien diferente es la definición científica de esos elementos, que resulta imprescindible para la cabal comprensión de los fenómenos jurídicos y para el estudio de nuestra ciencia. Nace así la idea de diferenciar las definiciones conceptuales de las definiciones preceptuales; o dicho de otra forma, los conceptos de los preceptos.

Mientras los conceptos son propios del idioma, la filosofía y la ciencia en general, los preceptos en cambio son adoptados por el legislador para acordar una terminología jurídica de apego obligatorio, para fijar consecuencias, plazos, acciones, etc.

---

<sup>1</sup> ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 18.

A propósito de esta distinción, Núñez Lagos utilizando también la antinomia “concepto - precepto”, nos explica la diferencia con un ilustrativo ejemplo, el de la mayoría de edad. Dice el Maestro español que “mayoría de edad” es un claro concepto común en todas las legislaciones latinas. En efecto, en todas ellas se trata del momento en que el sujeto llega a la edad suficiente como para comprender sus derechos y obligaciones. Pero, sin embargo, en cada legislación la edad misma varía para considerar mayor o menor a un sujeto. Mientras en unos sistemas la persona es mayor de edad al cumplir los dieciocho años, en otros será a los veintiuno o a los veinticinco, etc. La mayoría de edad es el concepto, en tanto que la edad en concreto en que se adquiere, expresada en números, ingresa al ámbito de los preceptos. La diferencia también queda manifiesta en el instituto de la prescripción de acciones o derechos; el concepto precisa el instituto, y el precepto expresa el tiempo necesario para que se produzca<sup>2</sup>.

Sin embargo, tampoco sería del todo cierto que el código derogado no definiera el derecho real. Vélez Sársfield incorporó definiciones conceptuales, es decir de doctrina científica del derecho, al transcribir en notas al artículo 497, y al Título 4 del libro tercero, las claras definiciones conceptuales de Ortolán y Demolombe. Primó doctrinariamente, por la claridad y sencillez conceptual la definición brindada por Demolombe (Nota al título 4 del Código de Vélez). Dicho sea de paso, hubiéramos visto con beneplácito, ya que de definición conceptual se trataba, que fuera reproducida literalmente en el Código Civil y Comercial. Dice el gran comentador del Código de Napoleón que “(...) *derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto*”. En nuestra opinión, como adelantáramos, es la mejor aproximación al concepto de derecho real no superada por la que brinda el Código actualmente.

En la definición de derecho real del nuevo Código Civil y Comercial aparecen seis expresiones, erigidas en técnicas por la norma: “poder jurídico”; “estructura legal”; “ejercicio directo sobre su objeto”, “autónoma”; “la persecución y la preferencia”. Veamos cada una por separado:

---

<sup>2</sup> NUÑEZ LAGOS, Rafael; “Esquemas conceptuales del instrumento público”, Madrid, 1953, pág. 26.

## **PODER JURÍDICO**

Sin dudas la característica más saliente del derecho real es la relación directa e inmediata con la cosa, sobre todo cuando se lo compara con los derechos personales. Por ello la norma del nuevo CCCN menciona el "poder jurídico" que se ejerce directamente sobre su objeto. Expresamente se intenta diferenciar, como se hace reiteradas veces en otros dispositivos, el poder jurídico del poder de hecho<sup>3</sup>; pues hay situaciones relacionadas con los derechos personales en los que el poder de hecho aparece claramente como una de las primeras características de la figura; por ejemplo en la locación, contrato en el que el locatario se encuentra en una indiscutida situación de poder de hecho respecto de su objeto (art. 1187 del CCCN) y sin embargo, no se trata de un derecho real, sino personal.

No obstante, corresponde remarcar que, directa o indirectamente el poder jurídico deviene en poder de hecho, pues la esencia del derecho real justamente se pone de manifiesto en esta característica. Así, a manera de ejemplo, vemos que en la hipoteca el poder de hecho lo continúa ostentando el constituyente, pero ante el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor hipotecario podrá exigir la realización del inmueble hipotecado para afrontar con el producido el crédito garantizado. Es el "ius distraendi" característico de la acción hipotecaria. El poder jurídico pues, en el ejemplo dado, permite acceder al poder de hecho, situación que se pone de manifiesto en la venta compulsiva y la aplicación del producido a la cancelación de la deuda garantizada.

En los derechos reales que se ejercen por la posesión (art. 1891 del CCCN) el poder de hecho lo ejerce el titular del derecho; mientras que los que no pertenecen a esa categoría, se caracterizan justamente porque no permiten a su titular un poder de hecho sobre la cosa, sino solo el poder jurídico.

## **ESTRUCTURA LEGAL**

---

<sup>3</sup> Por ejemplo en materia de relaciones de poder, en el art. 1909 CCCN, se expresa que "Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un *poder de hecho*...".

Con respecto a la estructura legal, atribuida por la norma del art. 1882 a los derechos reales, la expresión amerita una explicación, puesto que no está usada en un sentido muy técnico. Prueba de ello es el grueso error con el que intenta explicarse este elemento en el art. 1884 CCCN, norma en la que se agrega la expresión “configuración”.

De estos dos dispositivos, nos referimos a los arts. 1882 y 1884, podríamos extraer, haciendo abstracción de doctrina, que estructura legal evocaría la idea de una configuración preestablecida por ley. A manera de ejemplo usaremos el carácter vertical del dominio de un inmueble, que aparece reglado en el art. 1945 del CCCN (segundo párrafo). El propietario del suelo tiene también el dominio de todo lo que se encuentra sobre y debajo del inmueble, con las excepciones legales establecidas por ley; es el llamado “principio de accesión” típico del dominio de inmuebles. Pues bien, si un particular pretendiera por vía convencional apartarse de ese principio en los bienes que él transfiera, es decir que el dominio constituido no presentara ese carácter dominado por el principio de accesión y verticalidad, estaría atentando contra la configuración que el legislador ha previsto para la figura; por ende, la tal limitación no sería válida.

En otro sentido, como la configuración debe ser legalmente determinada, la creación de un derecho real diferente a los que están establecidos en el Código y enumerados en el art. 1887, sería nula y sin valor alguno.

En definitiva, apartándonos de estos verbos potenciales, estimamos que el legislador debería simplemente, haber apelado al orden público, expresando que los derechos reales son de orden público, en razón de lo cual no puede constituirse ningún derecho real que no esté expresamente creado por ley, ni variar el contenido de ellos en sus elementos esenciales. Es la aplicación del proloquio latino, atribuido a Papiniano: “*ius publicum privatorum pactis non potest*” (las normas de orden público no pueden ser alteradas por pactos particulares) que aparecía ya en el art. 21 del Código de Vélez, y hoy está previsto como principio rector en el nuevo CCCN, en el art. 12, primer párrafo: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público*”.

Puede advertirse una relación muy estrecha entre el orden público imperante en la regulación de los derechos reales, y la creación solo por ley; lo que

a su vez genera la necesidad de establecer un sistema de número cerrado o “*numerus clausus*”. Es por ello que podríamos decir, tal como lo hacíamos respecto del art. 2503 del Código de Vélez, que el art. 1887 del Código Civil y Comercial tiene vocación de taxatividad. En verdad en cualquier momento puede el legislador crear un nuevo derecho real, por lo que no sería conveniente decir que la enumeración del art. 1887 sea taxativa.

De nuestra parte venimos notando una tendencia a morigerar el carácter de orden público de los derechos reales, posibilitando cada vez más que la autonomía de la voluntad asuma aspectos estructurales. Estimamos que ello viene ocurriendo juntamente con la aparición de las nuevas figuras con vocación de derechos reales que se han ido incorporando en las costumbres y contratos. Nos referimos concretamente a los clubes de campo, los tiempos compartidos, los barrios cerrados, los cementerios privados, los centros de compra y los parques industriales. A estos se sumaron más recientemente el *leasing* y el derecho de superficie. Es probable que el clamor de la doctrina por admitir estas figuras, cuya naturaleza ontológicamente real en algunas de ellas es muy discutible, haya sido el detonante para debilitar la sumisión del derecho real al orden público y la prohibición de su modificación.

También puede advertirse, junto a este fenómeno, que hay una tendencia a lograr que los derechos reales se personalicen, y los derechos personales se realicen. Sin dudas la causa de este intento, de asimilar ambas figuras, obedece a que se buscan las ventajas de cada una, evitando al mismo tiempo sus falencias. Así, lo bueno del derecho real es el orden público imperante en su regulación, pero ello trae la desventaja de obligar a una regulación casi inflexible. Por su parte el derecho real vincula solo a los sujetos del acto, lo que genera menoscabo en la figura cuando se procura su mejor oponibilidad frente a terceros, pero al mismo tiempo permite amoldar la regulación según la voluntad autónoma de cada protagonista, lo que está vedado en el marco de los derechos reales; y así podríamos enumerar ventajas y desventajas en cada una de estas especies de derechos. Lo curioso es que, a pesar de pretenderse la asimilación, no se reniega de diferenciarlos. Por ello, tanto en el Código derogado, como en el nuevo CCCN, la distinción entre los derechos reales y los personales, partiendo de los mismos “*fundamentum divitionis*”, sigue cumpliendo un papel preponderante en el método legal de regulación.

A manera de ejemplo de esta actitud y tendencia asimiladora, podemos recurrir al artículo 2094 del CCCN, que en el inciso c) establece como deber del emprendedor *“garantizar el derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas”*. No podemos negar el carácter de derecho personal de este deber. La ley permitirá a su titular exigir el cumplimiento de una prestación debida, lo que encaja armónicamente en el concepto de obligación que nos brinda el art. 724 del CCCN, cuando dice: *“...el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito...”*.

Igualmente los derechos personales buscan parecerse cada vez más a los reales; por ello, siempre a manera de ejemplo, porque hay muchos más supuestos que se identifican con esta tendencia, vemos que el titular de un boleto de compraventa podrá oponer hoy su derecho prácticamente a toda la comunidad, merced a su publicidad posesoria o registral (art. 1170 del CCCN), con lo cual la oponibilidad “erga omnes” típica de los derechos reales, ya no se ve como privativa de éstos, sino que comparten esta prerrogativa con algunos derechos personales, que antes de esta “evolución” solo tenían una oponibilidad limitada por el principio de alteridad, entre acreedor y deudor (oponibilidad “erga aliquis”).

De nuestra parte no vemos positiva esta tendencia; todo lo contrario, estimamos que la desaparición de las diferencias entre las instituciones, no solo de la que aquí nos ocupa (la distinción entre los derechos reales y los derechos personales), lejos de constituir una evolución positiva, genera una involución en nuestra ciencia, que se vuelve cada vez más arbitraria al rechazar las naturales características que se han ido perfilando con el análisis y el estudio de cada figura.

## **EJERCICIO DIRECTO SOBRE SU OBJETO EN FORMA AUTÓNOMA**

Tal como la clásica definición de Charles Demolombe, que entre nosotros tomó especial auge por la bellísima nota de Vélez al Título 4 del libro Tercero de su Código, en el art. 1882 del CCCN se habla de la relación directa sobre el objeto. Este es sin dudas, como habíamos adelantado, uno de los aspectos que mejor nos aproxima a una definición de derecho real, sobre todo en su comparación con el derecho personal, que solo vincula personas.

Corresponde sin embargo advertir que esta característica no necesariamente significa un contacto físico con el objeto del derecho, y a la inversa, no siempre que haya un contacto físico con la cosa estaremos en presencia de un derecho real. Como ejemplo de esta prevención podemos citar la hipoteca en la que, por definición, no hay un contacto físico sobre el inmueble hipotecado por parte del acreedor, y sin embargo tiene una innegable naturaleza de derecho real. La relación directa e inmediata con la cosa se apreciará en la hipoteca, en caso de ser necesaria la ejecución frente al incumplimiento de la obligación principal; en tal supuesto veremos que el acreedor, sin necesidad de contar con anuencia alguna del constituyente del gravamen, procederá a ejercer el poder conminativo de la ejecución, hará subastar la cosa y aplicará su producido a la cancelación de la obligación incumplida.

Igualmente podemos encontrar ejemplos de contactos físicos directos con la cosa objeto de la prestación en los que no hay derecho real, sino personal. Es el caso de la locación, en la que el locatario solo tiene derecho personal a usar y gozar de la cosa, pero aparenta sin embargo una relación directa e inmediata con ella. Pues bien en este último caso la relación directa es, como ha quedado dicho, solo aparente; porque en verdad el locatario tiene derecho de exigir al locador el uso y goce; pero él no tiene directamente la facultad de usar y gozar del objeto, sino solo a través de la prestación del locador; por eso cuando la cosa se deteriora o deja de ser apta para los fines que habían motivado el contrato, el locatario se dirigirá a su co contratante y le exigirá la prestación, sea reparando el objeto locado, sea reponiendo uno similar en las condiciones adecuadas. Como se ve, el locatario no está en relación directa con la cosa alquilada, ésta integra la prestación debida por el locador, por lo que la relación es indirecta respecto del objeto. El locatario se relaciona con la cosa objeto de la prestación, a través del locador.

Consecuencia de lo que venimos expresando, queda manifiesta también la autonomía del derecho real; pues por ser una relación directa con el objeto, no exige participación alguna de otro sujeto; en tal sentido es que la norma agrega como carácter propio dentro de la definición, el ejercicio autónomo. No depende de ninguna otra prerrogativa; el derecho real por sí mismo legitima a su titular para ejercer por sí las facultades que de él emanan.



## **“IUS PREFERENDI” y “IUS PERSEQUENDI”**

Los derechos reales presentan dos prerrogativas genéricas: el “ius preferendi” y el “ius persequendi”, que justamente por ser propias de la naturaleza real del derecho, se ponen de resalto ante los derechos personales, remarcando la diferencia entre ambas especies. En efecto, en materia de preferencias atendiendo a la naturaleza del derecho, un postulado universal determina que, en caso de conflicto entre un derecho real y uno de naturaleza personal, debe triunfar, como regla general, el derecho real.

Por ello en la norma tan clarificadora del art. 756 del CCCN en la que se regula la situación en la que concurren varios acreedores reclamando la entrega de la misma cosa, siempre triunfa quien tiene ya efectuada a su favor la tradición, aun cuando el título de otro acreedor tuviere fecha anterior. Ocurre que aquél a quien se ha hecho ya tradición de la cosa, por el típico mecanismo de constitución de los derechos reales, ya tiene el derecho de dominio constituido a su favor (Art. 750 CCCN), mientras que el acreedor anterior en el tiempo, a pesar de esta circunstancia, solo tiene un derecho personal a exigir la entrega.

En todos los casos la citada norma del art. 756 exige buena fe, de lo contrario triunfará el primer acreedor, en aplicación del proloquio (“malitatis omnium non est indulgendum” – la mala fe no debe ser disculpada). También en el Código de Vélez estaba la previsión de la buena o mala fe en quien recibió la cosa en conocimiento de que el deudor la había prometido a otro antes (art. 594 del Código derogado).

Pero lamentablemente, en la norma del art. 1886 que amplía el concepto de esta prerrogativa, a pesar de estar enmarcada en las disposiciones generales de los derechos reales, se nos habla de un “ius preferendi” que no aparece como elemento exclusivo de la naturaleza real del derecho, sino que se lo hace valer, según las expresiones de la norma, también “respecto de otro derecho real o personal”. En nuestra opinión, sin que podamos expresar que sea errado el pronunciamiento legal, se confunde el verdadero sentido de esta característica, pues cuando la preferencia entra a jugar entre dos derechos reales, ya no se trataría del “ius preferendi”, sino que entraríamos en el ámbito de la prioridad temporal, fenómeno que no responde ya a las naturalezas mismas de los derechos en juego, sino al momento en que obtienen oponibilidad. En efecto, la

prioridad existe tanto en los derechos reales como en los derechos personales, por lo que deja de ser elemento caracterizante de las respectivas naturalezas.

En cuanto al “ius persecuendi” o facultad de persecución, al que también alude la norma que estamos analizando, con esta atribución se quiere significar que el derecho real persigue a la cosa sobre la que recae, aun cuando solo se refiere al poder jurídico, como sería el caso de la hipoteca en la que, por definición (art. 2205 CCCN), la cosa queda en poder del constituyente. Pues bien, si el propietario constituyente del derecho de hipoteca enajena la cosa, el acreedor puede seguirla y hacerla ejecutar en manos de quien se encuentre.

En el Código derogado esta característica aparecía didácticamente expresada en su art. 3162 que describía literalmente el efecto del “ius persecuendi” en los siguientes términos: *“Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá seguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor...”*. Si bien no con la misma contundencia, pero aparecen en el nuevo CCCN los artículos 2199 y 2200, que son consecuencia directa de este natural efecto del derecho real.

También podemos ejemplificar sobre la facultad de persecución del derecho real, con bastante claridad, acudiendo a la figura de la servidumbre predial. El llamado “principio de inherencia” aplicado a las servidumbres no es ni más ni menos que el efecto del *“ius persecuendi”*. En efecto, en el viejo Código el art. 3006, contundentemente determinaba que *“Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen; y no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno”*.

En el CCCN el art. 2178, en escueta norma, de manera similar al Código de Vélez establece el mismo efecto y prohibición.

**Art. 1883.-** Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

- Concordancias con el Código derogado: Cód. Civil: Arts. 2508, 2518, 2519 y 2520.

## **EL OBJETO DEL DERECHO REAL**

En el Código de Vélez, no había una norma genérica que aludiera al objeto de los derechos reales. Solo podíamos encontrar una brevísima referencia al tema en la nota al Libro Tercero, en la que el Codificador, citando a Ferdinand Mackeldey, expresaba que “(...) las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales”.

Sin dudas, la expresión del Jurista Alemán resulta muy útil como una aproximación al objeto del derecho real, pero exige algunas precisiones. En efecto, como veremos el derecho real también puede recaer, en algunas oportunidades, sobre derechos.

## **DERECHOS REALES SOBRE COSAS**

Las cosas como objeto de los derechos reales nos remiten necesariamente al Libro 1, título 3 del CCCN, que comienza con los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva. Pero ya antes, en el artículo 16 se sienta un principio rector que nos relaciona con dos expresiones técnicas que no difieren en nada a lo ya determinado en el Código derogado.

Allí, en el artículo 16, se reiteran con algunas diferencias de detalle los principios rectores que ya se establecían en el Código derogado. Queda claro por ejemplo, que “bienes” es la expresión genérica que abarca tanto las cosas como los créditos o derechos de naturaleza inmaterial; y la expresión “cosa” queda reservada por los bienes materiales, tal como ya estaba determinado en el Código derogado (art. 2311, primer párrafo).

Recordemos que Vélez, a ese respecto, en el artículo 2312 de su Código establecía que *“Los objetos inmateriales susceptibles de tener un valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes...”*. Se repite también el agregado que tuvo que hacer la reforma de la ley 17711 al art. 2311, para dar lugar a la ener-

gía y a las fuerzas naturales. En efecto, en el mismo artículo 16 del CCCN se expresa que “... *Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre*”.

Ocurre que, estos conceptos, la energía y las fuerzas naturales, aun sin ser cosas en el sentido físico de la expresión, son susceptibles de ser aprovechadas por el hombre, y hasta ser objeto de ilícitos, como el llamado “hurto de energía”, condenado por el art. 162 del Código Penal, armonizado con el citado agregado que había efectuado la ley 17711 al art. 2311 del viejo Código. Pues bien, como puede apreciarse, la regulación subsiste con idéntica contemplación.

Luego, en el título 3 del libro primero, como habíamos adelantado se clasifican las cosas según distintos “*fundamentum divitionis*”: Cosas inmuebles y muebles (arts. 225 a 227 CCCN); cosas divisibles e indivisibles (art. 228); cosas principales y accesorias (arts. 229, 230); cosas consumibles y no consumibles (art. 231); cosas fungibles y no fungibles (art. 232); frutos y productos (art. 233) y cosas fuera o dentro del comercio (art. 234).

## **DERECHOS REALES SOBRE DERECHOS**

Kiper resalta como novedoso que el nuevo CCCN permite la existencia de derechos reales sobre derechos<sup>4</sup>; pero verdad esta posibilidad ya existía en el Código derogado, por lo que no estamos de acuerdo con esa manifestación. En efecto, Vélez admitía derechos reales sobre derechos. Por eso la doctrina al referirse a la prenda por ejemplo, e igualmente al afrontar el análisis del usufructo, aludía expresamente a derechos reales sobre derechos.

En la prenda el artículo 3211 del Código derogado posibilitaba que su objeto fuera un crédito: “*Todas las cosas muebles las deudas activas pueden ser dadas en prenda*”. La única exigencia legal para que ello pudiera darse, era que el crédito estuviese instrumentado; por ello en la norma siguiente, 3212, se

---

<sup>4</sup> KIPER, Claudio; “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, Tomo I, pág. 23: “*La gran novedad es que el objeto de los derechos reales, de acuerdo a esta norma, no solo son las cosas sino que también pueden serlo los bienes*”.

expresaba: *“No puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito”*.

Otro tanto podíamos ver respecto del usufructo, cuando en el art. 2838 Vélez expresaba que *“El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que pueden ser vendidos o donados, y todos los que pueden ser dejados por disposiciones de última voluntad. Los bienes que no son cosas solo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos. Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro”*. Claramente puede advertirse en estos ejemplos que la idea es justamente admitir ciertos derechos reales sobre derechos, cuando la ley lo prevé, como en los supuestos con que hemos ejemplificado. Por eso no se justifica el empeño doctrinario en ver novedad en este asunto<sup>5</sup>.

A estos efectos Moisset de Espanés explica, que si bien la regla general en el Código de Vélez era que los derechos reales recaen sobre cosas, existían sin embargo en éste, algunos supuestos de derechos reales sobre derechos. Obviamente son casos excepcionales, tal como ocurre en el nuevo Código Civil y Comercial. El Maestro Cordobés ejemplificaba no solo con los casos que hemos mencionado, del usufructo sobre derechos y la prenda sobre créditos, sino también con el supuesto especial de la anticresis, cuando en el art. 3241 del Código de Vélez se expresaba que *“El anticresis solo puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble, o por el que tenga derecho a los frutos”*. Otro tanto expresaba el art. 3242 del viejo Código, que disponía que *“El usufructuario puede dar en anticresis su derecho de usufructo”*<sup>6</sup>.

Corresponde aclarar, tal como lo hacíamos respecto del Código derogado, que aun en los supuestos en que se posibilite un derecho real sobre un derecho, sea este real o personal, siempre se exigirá, que la prerrogativa que sea objeto del derecho real esté instrumentada. Así, tal como Vélez exigía para la

---

<sup>5</sup> También enfatiza sobre la posibilidad del derecho real sobre derechos, como un aspecto novedoso, LOIZA, Fabián Marcelo; en “Derechos Reales – Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994)” Dirigido por Claudio Kiper, Ed. Rubinzal – Culzoni, Bs.As. 2015, pág. 724 y 725.

<sup>6</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 53.

prenda que el crédito constara por escrito (art. 3212 del CC), es requisito imprescindible también en el nuevo CCCN, según surge de lo expresado en el art. 2219, cuando dice al definir este derecho que *“La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados...”*. Esta exigencia se reitera en el art. 2232 CCCN. Por ello Moisset de Espanés explica que esa exigencia de instrumentación constituye *“(...) una especie de ‘cosificación’, de objetivación, y la ley exige que se entregue al acreedor el título de crédito que se da en usufructo, o en prenda (...)”*<sup>7</sup>. Ese recaudo, en definitiva, nos permite advertir o “encontrar” la cosa (la “res”) objeto del derecho real; observación que, al mismo tiempo, satisface la lógica del carácter real del derecho.

Pero, reiteramos, en nuestra opinión no hay novedad alguna al respecto. Por eso nos llama la atención la advertencia de los Codificadores cuando explican la posibilidad de los derechos reales sobre derechos. Dicen los legisladores en los fundamentos del Libro cuarto y Título I, que *“(...) se acepta que el objeto pueda consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena; o en casos de derechos complejos como el tiempo compartido”*.

Remarquemos la imprecisión de los Codificadores al emplear la expresión “un bien taxativamente señalado por ley”, ya que según el propio artículo 16 del CCCN “bien” es una expresión genérica que alude a cosas materiales o inmateriales, por lo que esta palabra, técnicamente hablando, incluye también las cosas materiales. En verdad, en el segundo párrafo del art. 1883 y en los fundamentos, se están refiriendo solamente a los bienes inmateriales, a los derechos.

Pero además del reproche del párrafo precedente, lo explicado por los legisladores en los fundamentos, merece nuestra especial atención; en primer lugar porque, como dijimos, la contemplación no nos parece novedosa; y en un segundo lugar porque merced a ella se advierte el origen de lo que de nuestra parte consideramos un error conceptual, al distinguir entre derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena en el art. 1888 del CCCN. En efecto en esta

---

<sup>7</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; Id. anterior.

norma se expresa que el derecho de superficie es sobre cosa propia solo “...*si existe propiedad superficiaria*”, de donde colegimos que si estuviéramos en un supuesto del llamado “*ius aedificandi*”, es decir derecho a edificar, el derecho de superficie ha de considerarse sobre cosa ajena. En verdad no es así, y creemos que el error proviene de no haber dejado sentado claramente cuál es el “*fundamentum divitionis*” de esta clasificación. Los autores se contentan con una enumeración, pero no atienden al criterio distintivo.

Si bien la distinción entre derechos reales sobre cosa ajena y sobre cosa propia, comenzó diferenciando el dominio, con su “*plena in rem potestas*”, de los otros derechos reales, la evolución de esta especie de derechos alejó bastante el concepto de esta primera aproximación. Al aparecer la superficie, la propiedad horizontal, las propiedades especiales y en general, todos los derechos que generan prerrogativas sobre partes privativas y partes comunes, la primitiva distinción quedó solo como un punto de arranque. Hoy advertimos que el criterio distintivo no se satisface con la enumeración. La complejidad de los nuevos derechos, a la luz de cuestiones complementarias como por ejemplo la registración, hace que una mera enumeración apuntando a despertar lo intuitivo de su fundamento, sea insuficiente.

Creemos que el verdadero criterio diferenciador radica en atender a las facultades que la figura genera para su titular. Así, como regla general diremos que si el derecho confiere el “*ius abutendi*”, en cualquiera de sus manifestaciones, estaremos en presencia de un derecho real sobre cosa propia. Por ello no nos sorprende la facultad del titular del “*ius aedificandi*” de hipotecar su derecho; se responde a su verdadera naturaleza de derecho real sobre cosa propia, a pesar de la contundencia del art. 1888 del CCCN.

En nuestra opinión, Gatti el único autor que encara el fundamento de la distinción entre derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena, sin acudir a la enumeración. En efecto, dice este autor que “*Derechos reales sobre la cosa propia son aquellos cuyos titulares pueden invocar una relación de pertenencia, total o parcial, de la cosa con relación a sus personas. Cuando la relación de pertenencia no pueda invocarse respecto de la cosa, sino solo con relación al derecho, éste será un derecho real sobre cosa ajena*”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> GATTI, Edmundo; “Derechos Reales”, Ed. Lajouane, Bs.As. 2006, pág. 167 y 168.

No se trata pues de que el objeto sobre el que recae esté asentado en terreno o edificación ajena, sino que la clasificación apunta a la facultad de disposición de la cosa que tiene su titular. Por ello claramente y con acierto, la ley de superficie forestal 25509, que regía hasta la sanción del CCCN, determinaba en el art. 2 que *“El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia, temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno...”*. Acertadamente, decíamos, la ley no hacía el distingo que hoy hace el CCCN, pues tanto en su versión de actual siembra, plantación o edificación, como en su versión “derecho a plantar o a edificar”, el derecho real de superficie atendiendo a su verdadera naturaleza, será siempre sobre cosa propia, a pesar de la contundencia del art. 1888 CCCN.

Por eso no debe extrañarnos la posibilidad del superficiario de hipotecar la cosa gravada, aun cuando se trate de su versión “ius aedificandi”. El CCCN expresamente admite esa posibilidad en el artículo 2206 (norma especial en materia de legitimación para hipotecar) que no efectúa el distingo, y surge más claramente aún en el art. 2120 al perfilar las facultades del superficiario. En esta última norma, de manera directa se establece que el titular de la superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria. Obviamente, para algunos autores, esta posibilidad se fundará en el segundo párrafo del art. 1883; será pues el “bien taxativamente señalado por ley”; pero para nosotros, con abstracción de ese párrafo, la prerrogativa se funda en la verdadera naturaleza “sobre cosa propia” que presenta ontológicamente esa manifestación del derecho de superficie.

No obstante cabe advertir que, tal como habíamos adelantado, el tema no aparece tan claro en la doctrina. Por ello algún autor criticó en su oportunidad la ley 25509 en su artículo dos, transcrito más arriba, entendiendo que se trataba de una contradicción manifiesta cuando la norma califica la superficie forestal como derecho sobre cosa propia, y sin embargo más adelante expresaba “sobre inmueble ajeno”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> DE REINA TARTIÈRE, Gabriel; “Derecho Real de Superficie Forestal”, Ed. Ábaco, Bs.As. 2003, pág. 50. Este autor expresa que hay una contradicción manifiesta al referirse la norma del art. 2 de la ley 25509 a “derecho real sobre cosa propia, constituido sobre inmueble ajeno”.



Puede apreciarse la confusión que veníamos explicando, en la definición del derecho de propiedad horizontal, cuando el artículo 2037, al definir esta figura dice: “*La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio...*”; pues como se ve, ya no se usa en esta norma la técnica expresión “derecho real sobre cosa propia”, que involucra la idea de la facultad de disposición, según expresáramos, sino que se alude a la propiedad del “inmueble”. Resta preguntarnos si el “inmueble propio” al que alude la norma es la unidad de propiedad horizontal, o se refiere en cambio al terreno sobre el que se asienta el edificio. En este último caso, habría un error indiscutido en el concepto ya que el terreno es, por ley y por naturaleza, común a todos los titulares de las parcelas (art. 2041 inc. a).

Tampoco nos parece atinado acudir a justificar que el objeto del derecho real pueda consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, poniendo el ejemplo de los derechos reales complejos, como los conjuntos inmobiliarios o el tiempo compartido; pues creemos que todos los derechos reales, aun los más simples como el dominio y el condominio, generan un abanico de posibilidades; pero no es dable asignar a cada una de esas facultades a su vez el carácter de derechos reales o personales. Así el “*dominus*”, por ejemplo, tiene el derecho de usar de la cosa objeto del derecho real, pero esa facultad no es un derecho real sobre su derecho, sino que integra el espectro de ventajas o prerrogativas que la figura genera. De igual manera, si estuviéramos en el ámbito de los derechos reales de tiempo compartido o en algunas de las propiedades especiales previstas en el art. 2073 y ss. del CCCN, las prerrogativas de sus titulares integrarán el haz de facultades que el derecho posibilita, pero no serán ejemplo de derechos reales sobre derechos.

## **DERECHOS REALES SOBRE PARTES DE COSAS**

---

Igualmente puede advertirse ese desconcierto en An-dorno, Luis; “Superficie Forestal” en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Bs.As. 2003, pág. 3 y 4, que sólo tolera hablar de derecho real sobre cosa propia en el segundo supuesto previsto en el art. 2 de la ley 25509, “hacer suyo lo plantado”. Ver al respecto VENTURA, Gabriel B. “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble – Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. ...” ob.cit, pág. 186, nota 3.

Hay algunos derechos reales que pueden recaer sobre una parte material de la cosa. Si bien es cierto que respecto de ese derecho, la referida parte, y solo ella, será su objeto con abstracción del resto de la cosa, no podemos negar que la configuración originaria subsistirá.

Los casos más característicos se dan en las servidumbres, por ejemplo en la servidumbre de paso que solo involucrará el sector por donde se efectivizará la prerrogativa de ingresar y salir del fundo. En efecto, el art. 2163 del CCCN dice que la servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno. Remarcamos que, en la práctica en la gran mayoría de los casos, para la constitución de una servidumbre de paso, salvo cuando se trata de un loteo o de una subdivisión en la que la servidumbre resultará necesaria para dar una correcta configuración a las nuevas parcelas con salida a la vía pública, ni siquiera será menester la confección de un plano que individualice gráficamente el objeto. Bastará solo su determinación mediante la descripción que consigne el notario en el título respectivo.

También puede ejemplificarse el derecho constituido sobre parte de la cosa, en materia de usufructo. El artículo 2130 CCCN expresa que *“El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material...”*. Para una comprensión práctica del caso, imaginemos una casa en la que, al fondo del inmueble se ha construido un pequeño departamento, pero no está afectado a propiedad horizontal; pues bien en tal caso nada impide que esa vivienda, que a su vez integra el inmueble en el que se encuentra el edificio principal, sea objeto de usufructo. Tampoco en este caso será menester un plano de subdivisión ni un plano complementario de la referida constitución. Bastará pues con la sola descripción en el título constitutivo.

El artículo 2154 del CCCN, referido al derecho real de uso y el art. 2158 CCCN, respecto al derecho real de habitación, constituyen igualmente ejemplos expresamente normados de derechos reales sobre parte material de la cosa.

Podríamos agregar a la nómina de figuras que admiten recaer sobre parte material del objeto, el derecho de superficie, que admite la más variada gama de configuraciones. Podrá ser sobre parte en sentido horizontal, y parte del terreno en sentido vertical. Todo ello surge del artículo 2116 del CCCN, cuando explica que *“El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble*

*o sobre una parte determinada, con proyección al espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes...”.*

**Art. 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 inválida la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

•Concordancias con el Código derogado: Cód. Civil: Art. 2502.

### **CREACIÓN POR LEY**

La norma, atendiendo al orden público que campea en materia de derechos reales, pretende expresar que los mismos no pueden ser creados ni modificados en sus aspectos estructurales por las partes que los constituyan. Pero lamentablemente no es lo que surge de la literalidad de la norma, sobre todo cuando es interpretada aisladamente. Si bien es cierto que todo artículo de un cuerpo legal debe ser interpretado dentro de su entorno, no solo en relación a la ley que lo cobija, sino respecto de todo el derecho positivo vigente en un país, es conveniente sin embargo que pueda ser separado, con cierta autonomía, sin que quede expresando todo lo contrario a lo que la voluntad del legislador quiso.

Pues bien, ese efecto no querido es lo que podría llegar a sostenerse si un lector desprevenido enfrenta la norma aisladamente; así podría llegar a interpretarse que solo la ley puede determinar los elementos, el contenido, la adquisición, la constitución, la modificación, la transmisión, la duración y la extinción de los derechos reales, y en verdad no es así. No debe confundirse pues, la creación del derecho, como figura en abstracto, que solo es atribución del legislador, con la posibilidad que brindan las otras conductas enumeradas en la norma.

Atendiendo a esta distinción, Kiper explica en un título especial dedicado al punto, la diferencia entre causa y fuente. “(...) *Una cosa es el origen del derecho real, siempre legal, y otra distinta su causa fuente, que puede ser la ley,*

*el contrato, un testamento, etcétera. Las causas jurídicas de constitución varían según el derecho real de que se trate. Así, por ejemplo, el condominio puede tener fuente legal, en cambio la hipoteca únicamente puede ser convencional*<sup>10</sup>.

En la generalidad de los casos, lo único que puede hacer el legislador es crear el derecho real; los demás verbos enumerados en el artículo, son atribución exclusiva de los particulares. Son éstos quienes podrán determinar el contenido del derecho, los que podrán adquirirlos o constituirlos cuando y por la causa que deseen hacerlo; igualmente podrán modificarlos, transmitirlos, establecer su duración y extinguirlos cuando deseen.

De nuestra parte tenemos la impresión que los legisladores se hubieran esforzado en no utilizar la clarísima norma de Vélez, que en el art. 2502 de su Código, equivalente a la norma que estamos analizando, expresaba: “*Los derechos reales solo pueden ser creados por ley...*”. Adviértase que ese verbo: “crear”, que de nuestra parte es el único que debió estar, resulta ser el único que no aparece en el nuevo dispositivo.

Mariani de Vidal, respecto del Código derogado, aclara muy bien lo que venimos expresando. Dice esta autora que “*No quiere todo esto decir que los derechos reales no puedan tener su origen en un contrato (...) y aun alguno de ellos solo pueden nacer por convención (...). Pero en estos casos la voluntad de las partes se limita a dar a luz el derecho real –siempre que sea una de los establecidos por la ley- y sus caracteres y reglamentación estarán predeterminados por ella misma, sin que la convención pueda modificarlos*”.<sup>11</sup>

Al efecto, Guillermo Allende, expresaba que “[...] las normas que rigen los derechos reales, [...] como resulta de la propia definición que hemos dado, son normas sustancialmente de orden público”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> KIPER, Claudio; “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2016, Tomo I, pág. 37.

<sup>11</sup> MARIANI de VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, 4ta. Ed. Zavallía, Bs.As. 1997, Tomo I, pág. 63.

<sup>12</sup> ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 65, 66. Igualmente HIGHTON, Elena I. en su “Lineamiento de derechos reales”, Ed. Ad-hoc, Bs.As. 1991, pág. 45; expresa: “[...] el régimen legal de los derechos reales está dominado por el orden público, mientras que el de los derechos personales está basado en la autonomía de la voluntad. De ello se desprende que la reglamentación del código civil en materia de derechos reales es inderogable y que, por el contrario, en cuanto a derechos personales, es supletoria”.

Los sujetos implicados en la constitución, modificación o extinción de derechos reales no pueden abstraerse del régimen que la ley les ha impuesto. El legislador los crea (art. 2502 del Código de Vélez y 1884 del CCCN) y les impone el contenido básico, y son muy pocos los casos en que se admite, y en mínima dosis, la autonomía de la voluntad para poner límite a su ejercicio y contenido, como es el caso del contenido y ejercicio de las servidumbres, o el contenido de los reglamentos de copropiedad<sup>13</sup>.

A este respecto es también muy ilustrativo De Reina Tartièere, cuando respecto del Código de Vélez, expresa que el sistema de número cerrado no significa que la autonomía de la voluntad esté totalmente erradicada del ámbito de los derechos reales; luego este autor agrega que “(...) *salvo muy contadas excepciones, los derechos reales se generan (...) por una libre decisión de los particulares. La ley podrá crear las modalidades de derechos admitidas, pero serán los agentes y operadores del tráfico, quienes, optando por el que más se ajuste a sus intereses, hagan nacer finalmente un derecho con unas u otras características*”<sup>14</sup>.

En definitiva la norma analizada procura preservar sólo la creación por ley, negando validez al derecho real creado por los particulares o modificado en sus elementos estructurales.

## LA ESTRUCTURA LEGAL

Ya nos habíamos referido a la “estructura legal” expresada en esta norma, cuando anotábamos el art. 1882. En efecto, el legislador, en ese dispositivo, al definir el derecho real, nos acercaba a los básicos conceptos de: ejercicio autónomo, estructura legal, persecución y preferencia; expresiones estas que luego son completadas en normas específicas.

La expresión “estructura legal” procura aludir a aquellos elementos que no pueden ser modificados por los particulares al constituir un derecho real, modificarlo o transmitirlo. El legislador ha sentado de manera inconvencional

---

<sup>13</sup> ALLENDE, Guillermo L., Ob.Cit. pág. 66. El propio Vélez Sarsfield en una parte de la nota al art. 2828 dice: “[...] Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales, [...] está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares”.

<sup>14</sup> DE REINA TARTIÈERE, Gabriel; “Sistema de Derechos Reales – Parte General”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2005, pág. 73, 74.

ciertas características de cada figura jurídico real. Obviamente, como también habíamos adelantado, hubiera bastado con expresar que su régimen es de orden público. Con ello se traía a colación el contundente pronunciamiento del art. 12 del Código Civil que consagra la máxima de Papiniano “*ius publicum privatorum pactis non potest*”. Dice el primer párrafo del art. 12 que: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público*”.

Estructura legal evocaría la idea de una configuración preestablecida por ley, a la que indefectiblemente las partes deben adaptar sus intereses convencionales.

Por estar involucrado el orden público en todo lo referente al régimen de los derechos reales, el legislador pone un especial celo en su admisión como tal. Se entiende que si la figura resulta inconveniente impidiendo un buen desarrollo económico, con ventajas jurídicas para la sociedad, el derecho se admitirá, mientras que si por el contrario, puede llegar a significar una traba a la circulación de la riqueza, impidiendo u obstaculizando el avance social, en perjuicio de toda la comunidad, obviamente el legislador no le dará nacimiento. En definitiva, atendiendo a la importancia económico-social de los derechos reales, la configuración no debe quedar confiada a la autonomía de la voluntad, puesto que repercutirá sobre toda la comunidad<sup>15</sup>. Remitimos, para completar nuestro análisis, a lo ya expresado respecto del art. 1882.

Ahora bien, debemos tener presente que no siempre resultará tarea sencilla determinar qué aspecto de cada derecho real hace realmente a su estructura y cuál, en cambio, admite su modificación convencional. Para ello hay que considerar que con el avance de la ciencia jurídica han nacido nuevas modalidades contractuales que son cada vez más complejas, y que han tenido cabida en el Código Civil y Comercial; a manera de ejemplo lo advertimos en la regulación de los contratos conexos (art. 1073 del CCCN) o los actos jurídicos indirectos (art. 385 CCCN), que obviamente contribuyen de manera decisiva a

---

<sup>15</sup> LAFAILLE, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 32, 33. Explica este autor que: “(...) el poder público adopta en cuanto a la propiedad y sus derivados, una actitud enteramente distinta de la que aparece en las otras ramas de los derechos patrimoniales. La iniciativa privada se anula casi por completo, para ser sustituida por los cánones de la ley (...)” “De este modo se impide que los miembros de una colectividad –al constituir el dominio o al desmembrarlo- procedan arbitrariamente o sin consultar los intereses del grupo”. DE REINA TARTIÈRE, Gabriel; “Sistema de Derechos Reales – Parte General”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2005, pág. 65.

complicar la aplicación de conceptos básicos como el de orden público que aquí nos ocupa.

Como sabemos, en un sistema esencialmente causalista como el que está previsto en el nuevo CCCN (arts. 281, 282, 726, 1012 a 1014) y también en el Código derogado (499, 500 y originario 2505 del Código de Vélez), la causa juega un papel fundamental a la hora de pronunciarnos sobre la validez o no de un derecho sea real o personal. En efecto en la causa o título es donde advertiremos si se intenta subvertir el régimen de los derechos reales modificando su estructura, conforme a la terminología utilizada por la norma bajo análisis. Ello torna más que obvio la influencia que estas distintas nuevas modalidades contractuales ejercen sobre la suerte de los derechos reales, aun respecto de los que no nos resulten novedosos, como la propiedad horizontal o las servidumbres, puesto que los nuevos fenómenos contractuales también podrán ser causas generadoras de esos ya conocidos derechos reales.

Por ello, a diario habremos de preguntarnos al constituir un derecho real, hasta qué punto con tal o cual convención se atenta contra un aspecto estructural de la figura. Como válidamente puede advertirse, la duda comenzará entre los co contratantes, pero indefectiblemente, generado el problema, será el juez quien dirimirá la situación determinando si es o no válida la figura como de naturaleza real, según se haya alterado o no la estructura supuestamente pre establecida; pero no claramente especificada.

También hay que tener en cuenta que en el concepto de orden público, que pone freno a la autonomía individual en materia de derechos reales, inciden de manera directa elementos históricos y culturales, y factores subjetivos de quien intenta definirlo.

Salvat, por ejemplo, expresa que la noción de orden público “(...) resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida; por ejemplo: la separación de los distintos poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc. (...)”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, Actualizada por Romero del Prado, Víctor N. Tomo I, pág. 148.

De nuestra parte, en la noción de orden público hay algo de coyuntural y algo de ideológico; y estos factores forzosamente quitan precisión y objetividad a la determinación de su concepto. Por ejemplo en los regímenes totalitarios, en donde el Estado pasa a ser el principal protagonista, lo de público involucrará necesariamente los intereses estatales; mientras que si el régimen es más participativo, se aludirá con la expresión a la conveniencia social y colectiva de los administrados. Pero siempre deben considerarse involucrando la idea, intereses fundamentales a veces envueltos en una sofisticada expresión que aparece como necesidad imperiosa frente a una problemática; por ejemplo: El problema de la vivienda, el problema de la desocupación, el problema de la corrupción, etc.

### **LA NULIDAD DEL DERECHO QUE NO RESPETA LA CREACIÓN POR LEY O LA ESTRUCTURA LEGAL**

Corresponde aclarar que, a pesar de la nulidad pronunciada, siempre existirá la posibilidad de acudir a la conversión regulada en el art. 384 del nuevo Código, sea convirtiéndolo en derecho personal, si como tal pudiera valer, sea acercándolo a otro derecho real de estructura similar. Los legisladores expresamente posibilitan esa conclusión cuando en los fundamentos expresan que *“... según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho personal próximo”*.

La norma general que prevé la conversión en el CCCN, art. 384, dice: *“El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”*. Así podríamos imaginar, por ejemplo, la constitución de un supuesto derecho de uso a favor de una persona jurídica, que por transgredir el concepto legal del derecho real previsto en el art. 2154 del CCCN que ciñe su titularidad solo a persona humana, podría llegar a valer como derecho personal de locación de cosas, según la previsión del art. 1187 del CCCN que justamente define la locación expresando que se da cuando una parte se obliga a otorgar a otra el uso de una cosa.



En el Código derogado, aparecía la conversión junto a la prohibición de crear una figura de derecho real que no hubiere sido determinada por ley, o cuando se modificasen las ya establecidas. En efecto, en el art. 2502 del Código de Vélez, se expresaba que "... Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer". Como hemos expresado, esta conversión, aunque no prevista expresamente en la norma que alude a la creación por ley de los derechos reales, aparece en forma genérica en el art. 384 y no está vedada en el ámbito de los derechos reales, cuando los particulares acudan a una figura no prevista en el Código, o modifiquen las existentes.

**ARTÍCULO 1885.- Convalidación.** Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada.

•Concordancias con el Código derogado: Cód. Civil: Arts. 2504, 1330, 2982, 3125, 3126.

## **NULIDAD Y SANEAMIENTO**

En general en materia de actos jurídicos, todo sistema trata de preservar el acuerdo de voluntades si se trata de una falencia que resultó desapercibida por las partes. La misma conversión, a la que aludimos en páginas más arriba, procura justamente paliar el negativo efecto de la nulidad.

Frente a un acto nulo, el sistema pues procura conservarlo saneando o posibilitando sanear, en la medida de lo posible, las falencias o patologías que el acto presente.

Es por ello que, frente a las nulidades o ineficacias, aparecen como contrapartida los actos complementarios o saneatorios que justamente procuran evitar la ineficacia, o al menos, disminuir los negativos efectos de su aplicación. Sin dudas está presente en toda esta actitud legislativa el llamado "principio de conservación del acto jurídico", que se funda en el hecho de que toda conducta

humana tiende a perseguir una finalidad; en consecuencia podemos asumir que las partes cuando deciden celebrar un acto jurídico han querido conseguir un resultado determinado, jamás puede haber estado en mira la negación de todo efecto. De esto se colige que, tanto el juez en su tarea interpretativa, como el legislador en una faz preventiva, deban tener la especial tendencia a sanear de alguna manera el acto jurídico viciado, siempre, obvio está, que sea factible de tal saneamiento.

Es justamente sobre la base de este criterio que la norma general del artículo 384 del CCCN, al cual ya nos hemos referido en el análisis del art. 1884, prevé la conversión. El legislador procura evitar el efecto de una nulidad total, posibilitando, en alguna medida, que el acto tenga algún efecto que ayude a evitar la caída total del acto.

Amén de la norma genérica del art. 384, también prevén la conversión aquellas que procuran evitar el daño que se produciría frente a la nulidad generada por el incumplimiento de ciertos recaudos formales; como ocurre por ejemplo, en el art. 285 del CCCN, que determina que *“El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”*. Esta conversión prevista en ley, se reitera, como norma refleja, al regularse la forma en los contratos, en el art. 969 y al exigirse la escritura pública para ciertos contratos en particular, en el art. 1018 del CCCN<sup>17</sup>.

## **LA CONVALIDACIÓN – FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL DISPONENTE**

---

<sup>17</sup> Denominamos “normas reflejas” o “simétricas”, las que aparecen con motivo de estar regulándose una institución que contiene, como género, diversas especies; o como especie es contenida dentro de un instituto general. Así, por ejemplo, vemos la existencia de normas reflejas, con el sentido que aquí le estamos dando, cuando se regulan las condiciones y exigencias de los instrumentos públicos que luego aparecen reflejadas, en una suerte de simetría, al regularse las escrituras públicas en general (arts. 290 inc. b y 305 inc. f). En nuestro caso las normas aparecen con redacción similar al regularse en primer lugar las formas (art. 285), luego los contratos formales (art. 969) y, finalmente al exigirse la forma escritura pública para algunos contratos en particular (art. 1018 del CCCN).

Pues bien, es también este principio de conservación del acto, el que fundamenta la llamada convalidación, que ya estaba consagrada en el código derogado. Se trata de una subsanación automática por ley, frente a quien constituyó o transmitió un derecho que no tenía. Si se pretende transferir una cosa total o parcialmente ajena, supuesto contenido en el art. 1008 del Código Civil y Comercial, obviamente el acto será nulo a tenor de la regla general del "nemo plus iuris..." sentada en el art. 399 del Código Civil y Comercial; pero siempre estará latente la posibilidad de la convalidación prevista en la norma analizada. Este saneamiento se producirá tanto cuando la adquisición del derecho que no tenía el transmitente se produzca por un acto entre vivos, como cuando sea consecuencia de una adquisición "mortis causa". Si un sujeto transmitió un derecho que pertenecía a su padre, y luego es declarado heredero del propietario, ya la situación quedó saneada de manera automática; la sola presentación de la documentación acreditativa de su situación de heredero, determina un título irreprochable.

Si bien el acto de convalidación no dejaría de ser, en alguna medida, una confirmación, es decir el acto jurídico de saneamiento previsto en el artículo 393 del CCCN, dado que se deja sin efecto la nulidad que afectaba a otro acto, no creemos que sea dable considerarla junto a ella, como un supuesto más de confirmación<sup>18</sup>. Se trata de un caso muy particular en el que el transmitente no tiene el derecho que pretendió transmitir<sup>19</sup>. En efecto, adviértase que el vicio, en los casos de convalidación se encuentra acotado a la falta de legitimación del disponente; la confirmación, en cambio, prevé un amplio campo de aplicación relacionado con todos los supuestos en que el acto padezca de una nulidad relativa (art. 388 CCCN).

Podremos advertir que la carencia de legitimación admitirá distintos grados; así podrá ocurrir que el transmitente no tenga absolutamente nada que ver con el objeto o derecho transmitido, o que el derecho que intentó transferir solo le pertenezca en una parte alícuota, o que el derecho se encontrara desmembrado y pretendiera transferirlo plenamente. Pues bien, en todos estos casos,

---

<sup>18</sup> VENTURA, Gabriel B.; "Ley 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble, Comentada, Anotada", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 171, 172. VENTURA, Gabriel B. "La observación registral y los recursos registrales"; Revista Notarial de Córdoba N° 90, 2008-02, pág. 54,55.

<sup>19</sup> En general la doctrina la considera un supuesto de confirmación. Véase al respecto CIFUENTES, Santos, "Negocio Jurídico", Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 671 y ss.

el acto resultará ineficaz por aplicación del principio “nemo plus iuris...” tal como habíamos adelantado (art. 399 del CCCN). Sin embargo, la expresa disposición del art. 1885 CCCN que estamos analizando, con una redacción muy similar a la que estaba ya prevista en el art. 2504 del Código de Vélez, tendiendo al ya aludido principio de conservación del acto, procura facilitar el saneamiento por la adquisición posterior del derecho por parte del transmitente, sea por acto entre vivos, la adquisición convencional del derecho que no se tenía, o “mortis causae”, cuando el vendedor pasa a ocupar el lugar jurídico del propietario por sucesión hereditaria (art. 2288 CCCN).

Debe tenerse presente que ni tan siquiera es menester que se tomen todos los recaudos exigidos para la confirmación, que se encuentran determinados en el art. 394 del CCCN. Esta diferencia sobre todo se nos hace más clara a quienes nos desempeñamos como instrumentadores, pues al confirmar un acto viciado de nulidad relativa, nos cuidamos expresamente de dejar plasmado en el texto documental que es intención sanear la nulidad existente, mientras que esta actitud no es tan importante en la convalidación, que automáticamente pone fin a la observabilidad, con la sola presentación del nuevo documento.

## **LA CONVALIDACIÓN EN LOS DERECHOS PATRIMONIALES**

Es importante destacar que la lógica del dispositivo hace que, aunque no esté previsto un efecto similar en el ámbito de los derechos personales, ya que la norma del 1885 se encuentra en la regulación de la parte general de los derechos reales, ella también se hace aplicable respecto de los derechos personales, y en general en cualquier especie de derecho patrimonial, como podría ser el aspecto material de cualquier manifestación de derecho intelectual<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, si un crédito cedido en verdad no pertenecía al transmitente, ese

---

<sup>20</sup> En toda manifestación del derecho intelectual, aun en las más comerciales, como pueden serlo las marcas y designaciones (Ley 22362), encontramos dos aspectos bien diferenciados: el moral, relacionado con la autoría, derecho a que se reconozca al autor como tal, prestigio, integridad de la obra, etc., y el aspecto material o pecuniario, que se relaciona con la posibilidad de obtener un rédito mediante la explotación directa o indirecta de la obra o invento. VENTURA, Gabriel B.; “Derechos Intelectuales”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001, pág. 11 a 17. También nuestro “Duración de la Propiedad Intelectual” en Semanario Jurídico, del Comercio y Justicia de Córdoba, N° 611, del 18/09/1986. “El Secreto como recaudo de Protección del Derecho Intelectual”, en “Anuario de Derecho Civil”, Alveroni, Córdoba, 2001, pág. 191.

vicio en la legitimación para obrar, desaparece automáticamente si luego se le adjudicara por alguna causa determinada.

Siempre hemos sostenido que tanto el nuevo art. 1885 del CCCN, como el art. 2504 del Código de Vélez, deberían estar en una parte más general del Código, puesto que, como hemos dicho, en nuestra opinión es un efecto natural de todo derecho patrimonial, por lo que no debe considerarse ceñido solo al ámbito de los derechos reales. En el Código Civil y Comercial, concretamente, creemos que la convalidación hubiere quedado mejor ubicada en el Título 5 del Libro Primero, luego del art. 400.

## LA CONVALIDACIÓN EN LA HIPOTECA

Debemos remarcar que en el viejo Código de Vélez la convalidación estaba vedada en el ámbito de la hipoteca. En efecto, el art. 3119 del Código derogado rezaba, en coherencia con el art. 3270 que consagraba la regla del “Nemo plus iuris...”: *“Para constituir hipoteca, es necesario ser propietario del inmueble y tener la capacidad de enajenar bienes inmuebles”*.

De nuestra parte la exigencia era toda una obviedad de la que se podría haber prescindido. Tampoco se podía transferir ningún derecho que no integrara el patrimonio del transmitente. Pero Vélez colmando el error del pronunciamiento, en el art. 3126 sentenció la imposibilidad de la convalidación de este derecho real, al expresar que *“La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisición posterior que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniere a suceder al constituyente a título universal”*.

No había forma de justificar la no convalidación en materia de hipoteca. Ninguna doctrina pudo encontrar un fundamento serio a la prohibición, pues si se puede convalidar el dominio, con mayor razón (“a fortiori”) debería poderse convalidar un derecho de jerarquía inferior como la hipoteca. El propio Vélez, en la nota al 3126, procuró fundar la arbitrariedad, pero los argumentos vertidos ahí no resisten el análisis, ya que las objeciones a la convalidación de la hipoteca esgrimidos por Vélez, también serían aplicables, y con mayor razón, respecto del más importante derecho real que es el dominio. Segovia, con la humildad que le caracterizó, simplemente expresó respecto al art. 3126: *“Este*

*artículo viene a ser una excepción no bien justificada al art. 2504 y una disposición contraria a la de las leyes romanas”<sup>21</sup>.*

Esta norma debe ser correlacionada con los dispositivos que prevén la venta de cosa ajena, supuesto contemplado en el art. 1008 del CCCN. Se admiten dos variantes de esta situación, manifestadas en cada uno de los párrafos de la norma:

1) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, pueden existir a su vez dos situaciones: que el vendedor garantice el éxito de la promesa, en cuyo caso, si fracasa, no deberá nada si el acto no se concreta, salvo que mediare culpa de su parte. La otra situación se da, en cambio, cuando el vendedor ha garantizado la factibilidad de la operación, en cuyo caso, frente al fracaso, deberá indemnizar de todo daño al comprador eventual.

2) En el segundo párrafo del 1008 CCCN se alude a la venta de cosa ajena sin poner en conocimiento de esta circunstancia al comprador. Hay un engaño y proceder malicioso en el enajenante; es decir que estaríamos en presencia de uno de los supuestos del delito de estelionato, previsto en el art. 173, inc.9 del Código Penal. En este caso el vendedor deberá indemnizar de todo perjuicio al comprador eventual de buena fe. Pero aun en este supuesto, la norma deja a salvo de esta condena al vendedor, si éste hace entrega de la cosa vendida. En definitiva, sin decirlo expresamente, el legislador sana la contratación si se logra el cumplimiento efectivo, y libera de sanción al vendedor que de mala fe se hizo pasar por propietario del objeto vendido cuando en verdad no lo era.

**ARTÍCULO 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.

---

<sup>21</sup> SEGOVIA, Lisandro; “El Código Civil de la República Argentina – Con su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Ed. Coni, Bs.As. 1881, Tomo II; nota al art. 3128 (hoy 3126 del Código de Vélez), pág. 337.

Concordancias con el Código derogado: Arts. 3162, 3889, 3890, 3934.

## **LA Oponibilidad de los Derechos**

A la hora de determinar la distinta naturaleza de los derechos reales frente a los personales, la doctrina hace hincapié en diversos "*fundamentum divitionis*". Así, varias diferencias pueden encontrarse entre ambas especies de derechos patrimoniales: 1) los derechos personales, por estar liberados en general a la autonomía de la voluntad (art. 958 CCCN), pueden ser creados ilimitadamente en un número casi infinito, mientras que en los reales, al imperar el orden público y ser de creación legal (art. 1884 y 1887 CCCN) siempre resultarán de número limitado, o "*numerus clausus*"; 2) la constitución de los derechos personales exige solo el título que les da origen, en tanto que los reales, por disposición legal, requerirán además del título también el modo (art. 750 y 1892 CCCN); 3) los derechos reales, como todo derecho absoluto, pueden oponerse "*erga omnes*", es decir respecto de todos, mientras los personales, al ser relativos respecto del co contratante, tienen una limitada oponibilidad, es decir son oponibles "*erga aliquis*", respecto de algunos.

Sin embargo, la diferencia en base a estos fundamentos de división: el número limitado o abierto, la aplicación de la autonomía de la voluntad o el rigorismo del orden público, la oponibilidad absoluta o relativa, etc., se presentan en ocasiones en ambas especies de derechos, por lo que, en general, no nos permiten fundar una diferencia nítida entre ellos. Así, por ejemplo no resulta tan extraño encontrar supuestos en los que un derecho personal exija los dos elementos constitutivos de los derechos reales: el título y el modo; por ejemplo en el ámbito de la cesión de derechos, cuando el artículo 1620 exige que, además del título, se cumpla una suerte de modo al hacer necesaria la notificación al cedido (acreedor o deudor) para que se produzcan sus plenos efectos<sup>22</sup>. Tam-

---

<sup>22</sup> En rigor de verdad, en los derechos personales cierta doctrina expresa que también puede advertirse el modo cuando el derecho personal se transmite. Así LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; "Teoría de los Contratos – Parte Especial", Ed. Zavallía, Bs.As. 1976, pág. 557 y 558, citando a Pothier expresa: "Pothier es fiel a la teoría del título y modo. Por eso puede establecer esta comparación entre la compraventa y la cesión: así como la compraventa no transmite la propiedad de la cosa, sino que obliga a transmitirla (la compraventa es título), operándose la transmisión recién con la tradición de la cosa (la tradición es modo), así también acontece con

bién se advierte alguna incidencia de la autonomía de la voluntad en algunos derechos reales, por ejemplo al determinarse las facultades del usuario (art. 2154 CCCN); o las de las del titular activo de una servidumbre, art. 2162 CCCN, etc. Así, para determinar el contenido y facultades generadas por ese derecho real, será menester acudir al título, pues la norma abstracta del CCCN no nos determinará las prerrogativas que se confieren. Solo mediante el análisis de las cláusulas contractuales previstas al momento de la constitución del derecho, serán determinantes para conocer a ciencia cierta su contenido y ejercicio.

Es por ello que, en general, la doctrina luego de explicar estas diferencias, aclara que no hay una tajante línea separativa entre ambas especies de derechos patrimoniales, reales o personales. Sin embargo, se hace especial hincapié en que hay un fundamento que realmente marca con un poco más de contundencia la diferencia entre ambas especies, y es justamente lo surgido de la norma que estamos analizando: el “ius persecuendi” y el “ius preferendi”. A pesar de que no es tampoco un fundamento excluyente, sin dudas es el que menos excepciones permite plantear.

En verdad estos típico efectos, la reipersecución y la preferencia, son la consecuencia de lo que se erige en un principio también particular de los derechos reales, que es la inherencia entre el derecho y la cosa. Gatti explica esta característica diciendo “(...) *que el derecho real queda como adherido a la cosa y la sigue, cualesquiera sean las mutaciones que sobrevengan con respecto a su titularidad dominial. Este carácter es ajeno, en principio, a los derechos personales*”<sup>23</sup>. Pues bien, de esta inherencia surgen a su vez, las dos características más particulares de los derechos reales, sobre todo al ser cotejados con los personales, que son el “ius persecuendi” y el “ius preferendi”.

## EL DERECHO DE PREFERENCIA

---

la cesión, que no transmite la titularidad del crédito, sino que obliga a transmitirla, produciéndose el traspaso recién con la notificación. He ahí en Pothier un interesante construcción del contrato de cesión y de sus efectos: el contrato de cesión sólo obliga a transmitir, es título; la notificación traspasa, es modo”. VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 46.

<sup>23</sup> GATTI, Edmundo; “Derechos Reales – Teoría General”, Ed. Lajouane, Bs.As. 2006, pág. 83.



Hemos visto que, tanto por la definición contenida en el art. 1882, como por los surgidos de la norma en análisis, el art. 1886 del CCCN, el derecho a ser preferido frente a un derecho personal o a un derecho real constituido con posterioridad, resulta una característica tipificante del derecho real; y también habíamos adelantado que no estábamos de acuerdo con la explicación doctrinaria respecto al derecho de preferencia en el ámbito de los derechos reales. Pues bien, esa explicación es la que ha repercutido en lo que consideramos un error de la norma bajo análisis; y consiste en hacer trabajar el *“ius preferendi”* también cuando un derecho real se opone a otro derecho real. Consideramos de nuestra parte que no es la esencia de este efecto de preferencia.

En verdad creemos que el verdadero sentido que se le debe dar al *“ius preferendi”* cuando se abordan los derechos reales, es el que surge de su cotejo con los derechos personales. En nuestra opinión pues, el sentido es que cuando un derecho real entra en pugna con uno de naturaleza personal, debe primar siempre el derecho real. Más adelante explicaremos detenidamente nuestra posición.

La doctrina en general, explica el *“ius preferendi”* con la misma óptica que lo hace el art. 1886 del CCCN. Así, por ejemplo, leemos en Lafaille que en materia de derechos reales *“(…) La antigüedad respectiva determina el rango, cuando son compatibles, como en la hipoteca (…) o la completa eliminación, según ocurre para el dominio (…)*. En los derechos creditorios es muy distinto: cuando el mismo deudor se obliga hacia diversos acreedores, la regla es la igualdad entre éstos; de suerte que en caso de concurso, se dividen a prorrata el valor de los bienes (...) dejando a salvo los privilegios expresamente reconocidos por la ley (...)”<sup>24</sup>.

Gatti, al abordar el derecho de preferencia como elemento distintivo, expresa que el *“ius preferendi”* es la *“(…) facultad que tiene el titular de un derecho real de ser preferido en el ejercicio de su derecho con respecto a otro derecho real de igual o distinta naturaleza sobre la misma cosa, posteriormente constituido, conforme a la máxima romana prior in tempore potior in iure (...)*. Algo muy distinto ocurre con los derechos personales, ya que, en principio, ningún acreedor puede reclamar preferencia alguna en la satisfacción de su crédi-

---

<sup>24</sup> LAFAILLE, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ediar. Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 19, 20.

to, con relación a los acreedores posteriores del mismo deudor. Cuando, excepcionalmente, la ley concede al acreedor un privilegio, esa preferencia, si a su vez no está conectada con un derecho real de garantía (de hipoteca o de prenda), no depende, casi nunca, de la fecha del crédito”<sup>25</sup>.

La doctrina moderna no se aparte de estos clásicos conceptos y, como hemos dicho, unánimemente sostienen que la diferencia entre los derechos reales y personales en materia de “*ius preferendi*”, radica fundamentalmente en que en los primeros el derecho nacido con anterioridad prima por sobre los posteriores, mientras que en los derechos de crédito el nacimiento anterior no confiere, como regla general, ninguna preferencia, sino que todos concurren en paridad de situación<sup>26</sup>.

## **NUESTRA PARTICULAR APRECIACIÓN DEL “IUS PREFERENDI” – LA PRELACIÓN TEMPORAL**

Ya nos hemos referido al “*ius preferendi*” al anotar la norma del art. 1882; sin embargo en esa oportunidad no nos detuvimos a analizar la distinta apreciación que hace la doctrina de este aspecto tipificando a los derechos reales.

Como vimos en el punto precedente, la doctrina en general ha considerado que la preferencia a la que se alude al explicar el derecho real, tiene alguna relación con lo que de nuestra parte denominamos “*prelación temporal*” y que es el fenómeno que propiamente se encuentra resumido en el proloquio “*prior in tempore potior in iure*”; es decir primero en el tiempo mejor en el derecho. Esta característica, en nuestra opinión, es común a todas las especies de derecho, y es en base a esta idea que consideramos desacertado haber expre-

---

<sup>25</sup> GATTI, Edmundo; Ob.Cit. pág. 83, 84. ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 316; dice: “(...) el derecho real lleva consigo una exclusión, no así el derecho personal”.

<sup>26</sup> Así lo vemos entre otros, en MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 23 a 25; “Curso de Obligaciones”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994, pág. 24, 25. MARIANI de VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 4ta. Ed. 1997, Tomo I, pág. 28, 29. MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana; “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavaía, Bs.As. 2016, Tomo I, pág. 42. KIPER, Claudio; “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2016, Tomo I, pág. 22.

sado que un derecho real nacido con anterioridad debe prevalecer frente al posterior, tal como reza la norma que estamos analizando.

No queremos decir que no estemos de acuerdo con ese pronunciamiento, sino que nuestra crítica apunta a que, en ese sentido, no es una característica exclusiva del derecho real, sino que también se da en los derechos personales. Para nuestra opinión pues, el fundamento dirimente entre los derechos reales y personales en relación al “ius preferendi”, desaparece si lo entendemos como simple prelación temporal, ya que ambas especies de derechos patrimoniales se encuentran sometidas al principio rector que establece que el primero en el tiempo es mejor en el derecho.

Lo que ocurre es que, en general, como su nombre lo indica, los derechos personales vinculan a los sujetos y no a las cosas; y en los casos en que hay cosas relacionadas con los derechos personales, lo están de una manera indirecta, pues integran el objeto de la prestación y no el derecho mismo. En efecto, la cosa que podría estar relacionada con el derecho personal se vincula con el acreedor solo a través del sujeto deudor de la obligación. Esa es la esencia de un derecho personal, y es por ello que solo en algunas oportunidades vemos aparecer la prelación temporal en materia obligacional, ya que mientras el patrimonio del deudor alcance para satisfacer todas las obligaciones, no habrá necesidad alguna de establecer preferencias. Todos los acreedores podrán cobrar sus créditos, aun por vía conminativa, sin necesidad de determinar sus respectivas preferencias. Pero esto no ocurre porque no funcione la regla de la prelación temporal en los derechos personales, sino simplemente porque no hay conflicto alguno a dilucidar. Cuando aparece el conflicto, por ejemplo frente a la insuficiencia patrimonial para satisfacer todos los créditos, ahí sí se podrán sentar reglas diferentes. Solo en los casos de ejecuciones colectivas o concursales, se hará menester determinar causas de preferencia, motivadas en la naturaleza de los derechos de los acreedores o en las causas que le dieron origen. Los acreedores que no tengan esas preferencias, cobrarán a prorrata del patrimonio del deudor, en aplicación de la máxima “el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores” (art. 242 y 743 CCCN).

En definitiva, mientras no estemos en los supuestos de insuficiencia patrimonial que signifique la pérdida o mengua de la garantía de los acreedores, no será menester hablar de prelación alguna respecto de los derechos perso-

nales, simplemente porque no habrá obstáculo alguno para que cada acreedor cobre íntegramente su crédito.

En los supuestos normales pues, tanto en el ámbito de los derechos reales, como en el de los personales, el primero que se constituye tiene preferencia respecto al ulterior; y ello ocurre sin atender a sus respectivas naturalezas.

Pero el supuesto que más nos interesa aquí, y que favorece nuestra posición, se da cuando, sin que resulte insuficiente el patrimonio del deudor, la obligación, a pesar de ser un derecho personal, se vincula con una cosa concreta. Es el caso de los llamados “ius ad rem”, cuya principal manifestación la brindan las obligaciones de entregar cosas ciertas para constituir derechos reales; es decir lo regulado a partir del art. 750 CCCN.

El art. 756 del CCCN en cuatro incisos efectúa un aporte fundamental a los problemas que pueden plantearse cuando un vendedor ha prometido la cosa a varios. Vélez contemplaba los supuestos en los artículos 592 a 596 de su Código. El CCCN, en la citada norma, establece un clarísimo orden de prioridades frente al conflicto de existir varios acreedores con derechos personales sobre una misma cosa. El dispositivo solo merece elogios, pues en un solo artículo el legislador brinda la solución a todas las posibilidades que pueden presentarse; y la regla general es que prima el derecho constituido en primer término. Adviértase que cuando no es así, cuando no triunfa el derecho constituido primero en el tiempo, es porque es un derecho personal entra en colisión con un derecho real; y frente a este conflicto, justamente en aplicación de esta característica del derecho real el mentado “*ius preferendi*”, es éste el que debe triunfar.

Pues bien, como se puede advertir en el precedente párrafo, en nuestra opinión el “ius preferendi” que diferencia el derecho real del personal, no asigna prelación temporal alguna, sino que consiste en la atribución que tienen los derechos reales de ser preferidos sobre los derechos personales, cuando ambos entran en conflicto, tengan éstos la fecha que tengan. Eso sí, con una importante excepción; si el que recibió la cosa sabía de la promesa anterior al primer acreedor, aunque éste tenga solo un derecho personal por no habersele hecho aun la tradición, será igualmente el triunfante en el reclamo. La mala fe de quien se encuentra en posesión, a pesar de haber llegado a recibir la cosa, le

quita toda preferencia a su situación. En efecto, Vélez en el artículo 594 *“in fine”* de su Código, expresamente sentaba esa excepción. En el nuevo CCCN, el principio genérico del art. 9 que exige el ejercicio de buena fe de todos los derechos, y la buena fe que aparece en el art. 756 que ya hemos mencionado, se sienta igual pronunciamiento. La mala fe nunca puede ser disculpada sienta el sabio proloquio romano: *“malitatis hominum non est indulgendum”*. Por ello, si no hay buena fe, directamente no se aplica la norma del artículo 756 CCCN.

En la nueva norma se apunta en verdad a solucionar el conflicto que aparece cuando hay dos o más acreedores de la obligación de entregar que tiene el transmitente de un inmueble; obvio es que ese transmitente ha obrado de mala fe, ya que ha pretendido transferir la cosa dos o más veces. Se trata pues del problema generado entre dos derechos personales sobre una cosa en concreto, no es ahora, como en la generalidad de los casos, sobre todo el patrimonio del deudor, sino sobre la cosa particular que se ha comprometido en venta, y es entre esos acreedores que deberá determinarse una prelación. Allí vemos, con total claridad que la regla es siempre la misma, tendrá mejor derecho a exigir la entrega de la cosa, quien ostente el título de fecha anterior. Es aquí también, un problema de prelación temporal.

Lógico es que, tal como lo determina la norma, quien ya tenga efectivizada la tradición a su favor, justamente por tener un derecho real, según lo determina el art. 750 CCCN, se encontrará en mejor situación que el titular del derecho de crédito, pues el derecho real, por naturaleza, tal como hemos expresado, tiene preferencia sobre el derecho personal. Aparece aquí el verdadero sentido de este carácter especial del derecho real: el *“ius preferendi”*; que, justamente, atribuye prelación al derecho real, aún frente al personal nacido con anterioridad.

En el artículo 756 del CCCN, el legislador teniendo en cuenta que se está regulando el momento previo a la constitución de un derecho real, contempla los elementos jurídicos que campean en la dinámica adquisitiva de este género de derechos: título, posesión y registro<sup>27</sup>; determina una jerarquía de actores según ostenten todos o algunos de esos elementos. Por decirlo de alguna manera práctica, el legislador toma en cuenta la mayor cercanía a la titularidad

---

<sup>27</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica de la Constitución de los Derechos Reales y su Repercusión Registral”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994, pág. 195 a 197.

plena del derecho real, para hacer triunfar en el conflicto al protagonista que más cerca esté del derecho real y de su plena oponibilidad. Pero cuando no se cumplen ni la posesión ni el registro, aparece ahí sí, la prioridad temporal del derecho personal nacido del contrato traslativo. Es lo que nos dice el último inciso del art. 756 CCCN.

Es por ello que, como hemos dicho, consideramos que la norma que estamos analizando, cae en el error de referirse también a la preferencia de un derecho real "... con respecto a otro derecho real que haya obtenido oponibilidad posteriormente". Creemos, a pesar de la enjundiosa doctrina citada que postula esa tesis, que el verdadero sentido del "*ius preferendi*" apuntando a la diferencia entre los derechos reales y personales, estriba en que frente a un conflicto cualquiera en el que se encuentren involucrados derechos reales y personales, en principio debe ser preferido el derecho real.

Por otra parte esa preferencia respeta la natural y general trascendencia de los derechos reales frente a los personales. En los derechos reales, por su natural vocación de permanencia, está en juego la seguridad estática; mientras que en el ámbito de los derechos personales, por su esencial temporalidad, juega más la seguridad dinámica que la estática. Entendemos que, cuando por alguna circunstancia entra en conflicto la seguridad estática con la dinámica, que son dos manifestaciones del mismo valor jurídico "seguridad", tanto el legislador, como el juez o el intérprete en general, deben hacer primar la seguridad estática, puesto que la finalidad de la manifestación de la seguridad dinámica, es el arribo a la estática<sup>28</sup>. A este fundamento debemos agregar también el imperativo del orden público que cumple un papel fundamental en el ámbito de los derechos reales, por oposición a los personales, en los que solo están en juego, como regla general, los intereses particulares de las partes de la obligación.

---

<sup>28</sup> En nuestras clases solemos ilustrar las dos manifestaciones de la seguridad jurídica con la imagen metafórica de un puente que representa la seguridad dinámica. Cuánto más firme y seguro sea ese puente, más seguridad dinámica existirá; hasta podremos cruzarlo corriendo sin temor a su caída. Pero... ¿de qué nos sirve ese puente seguro si al llegar a la ribera ésta se nos desbarranca y caemos al río? Se advierte en la metáfora que aun siendo la seguridad dinámica importante, tiene su fundamento solo en el arribo cierto a la seguridad estática, representada por la ribera en el ejemplo dado. Se concluye así que, si por algún motivo las dos manifestaciones de la seguridad jurídica se encontraran en pugna, el legislador sin dudar lo debe hacer primar la estática, que es el objetivo o la finalidad de la dinámica.

## EL DERECHO DE PERSECUCIÓN

En la norma bajo análisis, además del *“ius preferendi”* también se alude al *“ius persecuendi”*, como otra de las características propias del derecho real. También habíamos dicho que estas particularidades eran a su vez consecuencia del llamado principio de inherencia.

Por el hecho de recaer el derecho real directa e inmediatamente sobre una cosa, aparece este típico efecto de perseguirla esté en manos de quien esté. El derecho real permite a su titular a perseguirla, justamente por estar como adosado o adherido al objeto.

Este natural efecto de inherencia estaba contemplado expresamente en una didáctica e ilustrativa norma en el Código derogado. Nos referimos al art. 3162 del Código de Vélez, respecto de la hipoteca. En efecto la citada norma determinaba que *“Si el deudor enajena, por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor...”*. En el nuevo CCCN, aparece la persecución también en el concepto de hipoteca que brinda el art. 2205, cuando expresa que la hipoteca *“... otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado”*. Hacen lo propio también las normas de los artículos 2199 y 2200 del CCCN, al referirse a la ejecución de la hipoteca contra el propietario no deudor.

También podríamos hablar de derecho de persecución, en un sentido patológico, cuando se acciona para recuperar el derecho vulnerado; por ejemplo cuando el propietario acciona por reivindicación ante la pérdida de la posesión (art. 2248, primer párrafo, CCCN). En estos casos, el *“dominus”*, justamente por ser titular de un derecho real, podrá perseguir su objeto y recuperarlo, salvo algunas excepciones, de manos de quien lo tenga. Sin embargo, esta afirmación solo puede tomarse como un principio general, ya que se tropieza con aquellas situaciones en que acciones que solo procuran el ejercicio de derechos personales, confieren sin embargo, a sus titulares, una injusta y cuestionada facultad de persecución. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el heredero preterido; es decir aquel heredero que se ha visto burlado en su porción legíti-

ma por donaciones o testamentos otorgados por el causante (art. 2444 y ss. CCCN). En efecto, la acción de reducción, a pesar de la naturaleza solo personal del derecho tutelado (art. 2458 del CCCN) confiere a su titular la facultad de persecución<sup>29</sup>.

**ARTÍCULO 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.*

•Concordancias con el Código derogado: Art. 2503; Art. 1 de la Ley 13512 (subrogada en el Código vigente); Art. 1 de la Ley 25509 (subrogada en el Código Vigente); Ley 26356 (subrogada en los arts. 3,4,5 y 9).

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

## **ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REALES**

---

<sup>29</sup> Ver sobre el punto nuestro “La desprotección de la legítima en el Código Civil y en el Proyecto 2012” en JA. 2013. También en “Donaciones. Necesidad de modificar el art. 2458 del Código Civil y Comercial”, en Revista Notarial de Córdoba, 2016, Nº 94, pág. 205 a 226.



En el art. 1887 del CCCN, tal como ocurría en el Código derogado, se hace una enumeración de derechos reales con una cierta vocación de taxatividad, si se nos permite la expresión, pero que, a no dudarlo, no resulta en verdad con ese carácter. En efecto, hay derechos reales en el ámbito civil y comercial que no aparecen en la nómina del citado art. 1887. Solo a manera de ejemplo tengamos presente que en el derecho comercial, cuya diferencia ontológica con el derecho civil, en nuestra opinión persiste, a pesar de la regulación conjunta, hay derechos reales que continúan su vigencia, como lo son los warrants, regidos por ley 9643 de 1914 (modificada por leyes posteriores); las garantías de los debentures en las sociedades que están autorizadas a emitirlos (art. 325 de la ley 19550); la hipoteca naval y la hipoteca aeronáutica, entre otros. Así, podemos afirmar que la enumeración de la norma bajo estudio pues, es tan solo una intención ordenadora de los derechos reales que se encuentran regulados en este Código; pero definitivamente no excluye la existencia de otros derechos reales en el ámbito de otras ramas del derecho.

En el CCCN, siguiendo la mayoritaria opinión doctrinaria, se han incorporado nuevas figuras jurídico reales que ya venían siendo analizadas en distintas jornadas y congresos, con pronunciamientos favorables a su regulación especial y con naturaleza de derecho real. La idea de configurarlas como derechos reales autónomos y no como figuras asociativas, o mediante la combinación de derechos ya existentes, era prácticamente un reclamo unánime desde los primeros momentos de la aparición de estas nuevas manifestaciones.

Obviamente ello se ve reflejado fundamentalmente en la norma que enumera los tales derechos.

De nuestra parte no estamos totalmente convencidos de la conveniencia de haber perfilado estas nuevas figuras jurídicas como derechos reales; sobre todo en lo que respecta al derecho de tiempo compartido enunciado en el inciso “e)”. En nuestra opinión esta figura es un claro ejemplo de derecho personal, y esa naturaleza se pone de manifiesto en la norma del art. 2094, cuando aparece, entre las obligaciones del emprendedor, la de *“garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas”*. Esta garantía, en nuestra opinión, resalta la naturaleza de prestación obligacional de

la prerrogativa, que no estaría vinculando a un sujeto con una cosa (o un derecho), como ocurre en los derechos reales, sino a dos sujetos, lo que es connatural a los derechos personales.

Destacamos que cada vez que se ha propuesto una nueva figura de derecho, aparece también, como primer debate, si se la regulará como derecho real o como derecho personal. Tenemos analizado el fenómeno desde los primeros intentos por incorporar los nuevos derechos reales que se han agregado a la nómina en el derecho argentino.

### **EL DERECHO REAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA**

Desde hace aproximadamente treinta años venimos asistiendo (no solo en Argentina, sino también en eventos internacionales, a un fenómeno diríamos jurídico-social. Pareciera pues sentirse la necesidad de incorporar nuevas instituciones que se manifiestan sobre todo en el ámbito de los negocios inmobiliarios; pero con la particularidad, en estos casos, de pretender adjudicarles el carácter de derechos reales. Esto lo venimos advirtiendo respecto de a una serie de institutos; algunos que significarían un reflotar de algunas figuras que ya habían sido suprimidas de nuestro derecho, como la superficie; y otras que han ido apareciendo como fruto de la comercialización, no solo en el País, como habíamos dicho, sino también en el extranjero.

Nos preguntamos entonces a qué se debe, no tanto la necesidad de las nuevas figuras, que es natural en la evolución de las relaciones sociales, sino la de atribuirles necesariamente el carácter de derecho real. Pues bien, es evidente que se ve en el derecho real una mayor seguridad que la que puede surgir de las relaciones meramente crediticias; es decir los derechos personales. La atribución a estas nuevas situaciones del carácter real brindaría "prima facie" mayor seguridad a los particulares adquirentes o titulares de esos nuevos derechos. Sin embargo, ya hemos expresado en otras oportunidades, que el solo rotular una figura o situación jurídica dada, como derecho real, no necesariamente brinda toda la seguridad que estamos acostumbrados a encontrar en

las figuras jurídico-reales<sup>30</sup>. Ello solo se consigue haciendo participar a las nuevas figuras de los caracteres de los derechos de esa especie; lo que, en el CCCN, a pesar de figurar como derechos reales no ocurre en todos los casos.

El derecho real brinda una mayor seguridad que el personal, en primer lugar porque por el principio general del “*numerus clausus*”, que impera en el mundo de los derechos reales, según lo sentado en el art. 1884 del CCCN, solo el legislador los crea. Es esta circunstancia, la creación exclusivamente por ley del derecho real, garantiza su estudio acabado, en cuanto a la conveniencia jurídico-social de su utilización.

Igualmente la necesidad de que sea el legislador el que perfila la estructura del nuevo derecho, generará en principio una regulación acabada, con muy poco margen a la autonomía privada; y ello impide o mengua la posibilidad de una utilización maliciosa o dañina de la institución. Se evitan así las lesiones y abusos que podrían presentarse en el marco de los derechos personales.

En efecto, se expresaba que la necesidad de brindar mayor seguridad a estas formas de propiedad, imponía la naturaleza de derecho real. Así, las características de los derechos reales en cuanto a la creación por ley (art. 1884), regulación acabada, escaso margen a la autonomía de la voluntad y el orden público imperante (art. 12 C.C. y C.), satisfacen ahora los requerimientos que exigen estos nuevos fenómenos negociales.

Por último, y dada la innegable función social, el derecho real se encuentra imbuido del orden público<sup>31</sup>.

En definitiva, en nuestra opinión, el “*numerus clausus*”, la necesidad de una regulación acabada y el orden público imperante en los derechos reales, a lo que debe sumarse el “*ius preferendi*”, según lo explicáramos en el artículo

---

<sup>30</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Algunas propuestas del proyecto de reforma a los Códigos Civil y Comercial en torno al régimen de los derechos reales”, en JA, Bs.As., Diario del 15/06/1988.

<sup>31</sup> Highton, Elena I.; Alvarez Juliá, Luis y Lambois, Susana; “Nuevas Formas de Dominio”, Ed. Ad Hoc, Bs.As. 1987, pág. 21. Allende, Guillermo L.; “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 66. Adrogué, Manuel I., Romanelli, Horacio I.; “Reflexiones en torno a la ley de Propiedad Horizontal”, en “Temas de derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, 1979. Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, 3ra Ed. La Ley, Bs.As. 1946, Tomo I, N° 7, pág. 4. Peña Guzmán, Luis A.; “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo I, N° 19, pág. 35. Mariani de Vidal, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1986, Tomo I, pág. 49. Musto, Néstor J., “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, 5ta. Ed. Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 101 a 106.

precedentemente anotado, constituyen el fundamento de esa mayor seguridad del derecho real frente al personal. Sin embargo, tanto en doctrina como en las diversas jornadas que se han venido desarrollando sobre estos temas, las conclusiones parecieran contentarse solo con el rótulo. Es decir considerar que se trata de derechos reales, y enumerarlos como tales, como lo hace el art. 1887 que estamos analizando, esperando que, por el solo hecho de tenerlos por reales, las seguridades y garantías surgirían como “mágicamente” por virtud de dicha atribución. Así lo advertimos, como habíamos adelantado, respecto del tiempo compartido; y en alguna medida podemos reiterar la observación en torno a algunos supuestos de conjuntos inmobiliarios y en los cementerios privados.

### **LOS NUEVOS DERECHOS REALES INCORPORADOS – ALGUNAS CRÍTICAS AL DISPOSITIVO**

Además de los que ya estaban contemplados en la correlativa norma del Código derogado, aparecen ahora como nuevos derechos reales: los conjuntos inmobiliarios (arts. 2073 a 2086), regulados como propiedades horizontales especiales (art. 2075, 2º párrafo CCCN); el tiempo compartido (art. 2087 a 2102), que ya existía como contrato regulado por ley 26356, que conserva su vigencia en el presente código, salvo los arts. 3, 4, 5 y 9; el cementerio privado (art. 2103 a 2113); y el derecho de superficie, que sólo existía en su versión forestal o de silvicultura en la ley 25509 de 2001.

No creemos que resulte de utilidad el derecho de superficie, como no sea por aprovechar su limitada duración de cincuenta o setenta años, según se trate de forestaciones y plantaciones, o de edificaciones respectivamente (art. 2117 CCCN. Pero debemos remarcar que este carácter temporario de la superficie no nos determina su esencia, y el supuesto reclama más bien la aplicación de una suerte de dominio revocable con un plazo más amplio que el que resulta del art. 1965 CCCN. En efecto, destacamos que el verdadero sentido de un derecho de superficie no está en su limitada duración, sino en el aprovechamiento diferenciado del dueño del suelo y del dueño de la superficie. En la gran

mayoría de los casos tal división no acarrea demasiada utilidad ni practicidad como para que la figura sea utilizada. Por ejemplo ¿Qué instalación aprovechable podría ubicarse bajo el suelo de una plantación o forestación?

A pesar de haberse contemplado la posibilidad de otras variantes de superficie en la nueva norma, como son las construcciones o plantaciones “sobre la rasante, vuelo y subsuelo” (art. 2115 CCCN), y con modalidades originales, como ocupar todo el inmueble ajeno o una parte de él (art. 2116 CCCN), ni aún así, decíamos, la figura aportará utilidad al mundo del derecho. Nos atrevemos a decir que no será utilizada más que por su duración limitada obligando al retorno del dominio pleno a su primitivo propietario; lo que es más propio de un dominio revocable que de un derecho de superficie.

También vemos con disfavor que, en la norma analizada, se haya separado el dominio y el condominio, como si se tratara de dos figuras diferentes, lo que no ocurría en el Código derogado. El tema ya había sido debatido en la doctrina. Mientras algunos consideraban que la exclusividad era un elemento esencial del dominio, por lo que la titularidad compartida necesariamente le daba autonomía al condominio<sup>32</sup>, otros en cambio, consideraban que la cotitularidad no afectaba la naturaleza misma del derecho, y sólo obligaba a contemplar legalmente la relación entre condóminos<sup>33</sup>.

Por otra parte cabe acotar que la circunstancia de la titularidad compartida, puede darse en cualquier derecho real, lo que en nuestra opinión, no autoriza a atribuir diferentes naturalezas en cada caso de pluralidad de titulares. De hacerse así, habría que duplicar el número de derechos contemplados en la norma del 1887 CCCN, lo que sería absurdo.

---

<sup>32</sup> MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1983, T I, pág. 377 y 378.

<sup>33</sup> SALVAT, Raymundo M. “Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1959, T III, pág. 9. MARIANI de VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavallía, Bs.As. 1997, Tomo 2, pág. 115, refiriéndose al viejo Código de Vélez, expresaba: *“El Código legisla el condominio separadamente del dominio, pero en verdad, no se trataría de derechos distintos, sino que el condominio no es más que un dominio de sujeto múltiple”*.

**ARTÍCULO 1888.- Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real.** *Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.*

*Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.*

Concordancias con el Código derogado: Arts. 2523, 3011.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

### **EL DERECHO REAL SOBRE COSA PROPIA**

Como ya hemos expresado en otras oportunidades, no creemos que sea menester que el CCCN efectúe una clasificación de los derechos. Esa tarea es más propia de la doctrina que de la ley. No obstante, si luego cualquier clasificación es utilizada en el resto del articulado, podría llegar a brindar alguna claridad y más brevedad en las normas. Así, el legislador tiene la posibilidad de acudir a ella para regular algunos aspectos que son propios solo de ciertas especies. Sin embargo, como veremos, no todas las clasificaciones son utilizadas con ese fin, sino que, en diversas oportunidades, la ley se dedica a enumerar los derechos a cambio de acudir a estas normas generales.

La clasificación que se contempla en la norma bajo análisis genera una suerte de expresión técnica distinguiendo: “derechos reales sobre cosa propia” y “derechos reales sobre cosa ajena”. Merced a haber formulado esta distinción, el legislador podría haber prescindido de enumerar los sujetos legitimados activos, para constituir ciertos derechos. Así debería haberlo hecho al establecer la legitimación activa para constituir hipoteca, por ejemplo, en el art. 2206

CCC, en el que, a cambio de haber acudido a la enumeración, podría simplemente haber expresado que tienen la facultad de constituir derecho de hipoteca todos los titulares de derechos reales sobre cosa propia<sup>34</sup>.

Tenemos otros ejemplos haciendo un recorrido por otras normas que aluden también a legitimación, en las que el legislador prescinde, en general, de acudir a las clasificaciones que se han formulado en esta parte del código; en especial la que aquí analizamos. Así lo vemos en el artículo 2131 CCCN que al determinar la legitimación necesaria para constituir usufructo acude a la enumeración, cuando expresa que pueden hacerlo: “...*el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer*”. En verdad, para guardar coherencia con la clasificación de la parte general de los derechos reales, el legislador debería haber expresado simplemente que pueden constituir derecho de usufructo los titulares de derechos reales sobre cosa propia. Al mismo tiempo esta actitud hubiera justificado plenamente una clasificación doctrinaria en un precepto legal.

### **EL “FUNDAMENTUM DIVISIONIS” DE LA CLASIFICACIÓN**

Amén de la crítica precedente, corresponde aclarar que la norma bajo análisis no toma un adecuado criterio distintivo que permita la clasificación. El legislador directamente acude a la enumeración y, casi diríamos intuitivamente, deja al intérprete que, por inducción, advierta cuál ha sido el *fundamentum*.

Creemos que el criterio de distinguir los derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena, acudiendo a la enumeración, constituye un error de técnica legislativa. Para una clasificación de esta suerte, debe formularse una elaboración ontológica del criterio distintivo. La enumeración siempre resulta caprichosa y suele estar desprovista de científicidad; para más no permite incluir luego en ella, con cierto grado de certeza, las nuevas figuras que puedan

---

<sup>34</sup> Aunque bien pudo fundarse el criterio de enumerar, atendiendo a que incorrectamente según veremos, se ha calificado de derecho real sobre cosa ajena el derecho de superficie cuando aún no se ha plantado, forestado o edificado. El artículo 2206 admite la hipoteca también en ese supuesto, y es justamente porque, según fundaremos, también esa manifestación de la superficie es un derecho real sobre cosa propia. Pero, el art. 1888 que estamos analizando, a *contrario sensu*, califica esa situación como derecho real sobre cosa ajena.

ir presentándose por reformas legislativas posteriores. Al mismo tiempo obliga a quien pretenda sistematizar el criterio, como habíamos dicho, a trabajar por inducción; es decir rescatar los elementos salientes que hubieran servido de base para la diferenciación; y, en rigor de verdad, esa es la tarea del legislador y no del intérprete.

A estos fines, y dado que, como habíamos adelantado, no surge muy claramente de la norma, corresponde aclarar que el *fundamentum divitionis* utilizado para esta categorización no es que el derecho real se constituya sobre un “inmueble propio o ajeno”. En realidad la norma apunta a determinar la legitimación o grado de legitimación dispositiva de su titular.

Si el derecho real es sobre cosa propia, como regla general el titular tendrá plena disposición jurídica de la cosa: podrá transferirla, gravarla, le podrá ser embargada y hasta subastada por sus acreedores; mientras que si se trata de un derecho real sobre cosa ajena, salvo algunos supuestos excepcionales como el usufructo<sup>35</sup>, la cosa que constituya su objeto no podrá ser enajenada ni gravada.

Como surge del precedente párrafo, nada tiene que ver la propiedad del inmueble sobre el que el derecho se asienta, sino la intensidad de las facultades dispositivas del mismo, las que constituyen las prerrogativas brindadas por el “ius abutendi” dentro del haz de facultades que genera el dominio.

El *fundamentum divitionis* no radica pues en que el objeto del derecho se “asiente” sobre un inmueble total o parcialmente ajeno, como parece surgir de cierta doctrina; pues con ese criterio, caeríamos en el absurdo de tener que considerar que el derecho de propiedad horizontal, por ejemplo, sea un derecho real sobre cosa ajena, ya que el terreno sobre el que se asienta el edificio no es propiedad del dueño de la unidad.

El sentido jurídico de la distinción procura en cambio pronunciarse por la posibilidad o no de ejercer actos de disposición sobre la cosa objeto del derecho.

Si el derecho sobre la cosa permite a su titular disponerla o gravarla estaremos en presencia de un derecho real sobre cosa propia; mientras que será sobre cosa ajena si no se admiten tales prerrogativas.

---

<sup>35</sup> Remarquemos que el usufructo, ahora por imperio del art. 2142 CCCN, puede transferirse y consecuentemente puede embargarse y subastarse.



Lamentablemente el legislador y la mayoría doctrinaria, antes que brindarnos el criterio o fundamento de la distinción entre derechos reales sobre cosa propia o ajena, tal como habíamos adelantado, han preferido la enumeración. Este criterio no resulta claro en una ley. Por ello se criticó injustificadamente la definición que brindaba el art. 2 de la ley 25509 de superficie forestal, ya derogada, cuando establecía que se trataba de un “derecho real sobre cosa propia, constituido sobre un inmueble ajeno”. Nadie había dudado ese carácter respecto de la propiedad horizontal que siendo derecho real sobre cosa propia, sin embargo su objeto estaba “posado” sobre inmueble parcialmente ajeno<sup>36</sup>.

Sin embargo Gatti encara el fundamento de la distinción entre derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena, sin acudir a la enumeración, y nos brinda el criterio a seguir, tal como lo hemos señalado. Dice este autor que *“Derechos reales sobre la cosa propia son aquellos cuyos titulares pueden invocar una relación de pertenencia, total o parcial, de la cosa con relación a sus personas. Cuando la relación de pertenencia no pueda invocarse respecto de la cosa, sino solo con relación al derecho, éste será un derecho real sobre cosa ajena”*<sup>37</sup>.

La confusión del legislador, respecto del fundamento de la distinción, tal como veníamos explicando, surge muy manifiesta en la definición del derecho de propiedad horizontal contenida en el artículo 2037 CCC, que dice: *“La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio...”*; pues como se ve, ya no se usa en esta norma la técnica expresión “derecho real sobre cosa propia”, que involucra la idea de la facultad de disposición, según expresáramos, sino que se alude a la propiedad del “inmueble”. Resta preguntarnos si el “inmueble propio” al que alude la norma es la unidad de propiedad horizontal, o se refiere en cambio al terreno sobre el que se asienta el edificio. En este último caso, habría un error indiscutido en el concepto ya que el

---

<sup>36</sup> DE REINA TARTIÈRE, Gabriel; “Derecho Real de Superficie Forestal”, Ed. Ábaco, Bs.As. 2003, pág. 50. Este autor expresa que hay una contradicción manifiesta al referirse la norma del art. 2 de la ley 25509 a “derecho real sobre cosa propia, constituido sobre inmueble ajeno”. Igualmente puede advertirse ese desconcierto en Andorno, Luis; “Superficie Forestal” en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, Bs.As. 2003, pág. 3 y 4, que sólo tolera hablar de derecho real sobre cosa propia en el segundo supuesto previsto en el art. 2 de la ley 25509, “hacer suyo lo plantado”. Ver al respecto VENTURA, Gabriel B. “Ley 17.801...” ob.cit, pág. 11, nota 3.

<sup>37</sup> GATTI, Edmundo; “Derechos Reales”, Ed. Lajouane, Bs.As. 2006, pág. 167 y 168.

terreno es, por ley y por naturaleza, común a todos los titulares de las parcelas (art. 2041 inc. a).

Quizás estos errores, respecto del *fundamentum* para efectuar la clasificación, provengan del propio Salvat que suele ser uno de los más importantes referentes a los que acudimos primero para analizar alguna situación. En efecto el Maestro entrerriano, a cambio de explicar el fundamento de la clasificación de los derechos reales “sobre cosa propia o sobre cosa ajena”, prefirió acudir a la enumeración encasillando cada uno de los derechos regulados, tal como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial. Pero ese método explicativo no permite acomodar en sus conceptos las nuevas figuras que puedan presentarse, tal como hoy ha ocurrido<sup>38</sup>.

De nuestra parte reiteramos que el *fundamentum divitionis* de la clasificación apunta a las facultades que se generarán para su titular. La facultad de ejercer actos de disposición, el *ius abutendi* es lo que marca la diferencia. Así, por ejemplo, el usufructuario no podrá constituir hipoteca sobre el bien dado en usufructo (art. 2206 a *contrario sensu*), facultad ésta que sí tiene el titular de una parcela horizontal o de cualquier conjunto inmobiliario. Ello ocurre porque el primero es un derecho real sobre cosa ajena, mientras que el segundo es titular de un derecho real sobre cosa propia<sup>39</sup>.

### **EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE ES SIEMPRE DERECHO REAL SOBRE COSA PROPIA**

Otra situación que corresponde aclarar apunta a la última parte del primer párrafo del art. 1888 que es objeto de nuestro análisis; pues adviértase que de ella surge la errada consideración respecto a que el derecho de superficie es sobre cosa propia solo cuando el inmueble ya está edificado, sembrado o plantado al momento de su constitución. Esta desatinada idea estaría fundada en que, antes de estar sembrado o edificado el inmueble, no habría cosa sobre la que aplicar derecho real alguno. Decimos que es desatinada esta dis-

---

<sup>38</sup> SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Anotado por Manuel J. Argañarás, Ed. TEA, Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 5 y 6.

<sup>39</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Los Derechos Reales Incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación y la Publicidad Registral” en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación”, Dirigido por Claudio Kiper, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo III, pág. 621.

tinción porque el legislador olvida que, por expresa disposición legal, tanto en el Código derogado, arts. 2518, como en el nuevo CCCN, art. 1945, con solo aplicar el texto literal, el dominio se extiende también al “espacio aéreo”; y es justamente sobre éste que recae el derecho del superficiario, aun en su versión “ius aedificandi” (derecho a edificar) o “ius soroendi” (derecho a sembrar o plantar) esté edificado, plantado o sembrado el fundo, o no lo esté. Creemos errado haber efectuado el distingo.

Por ello, a la hora de aplicar las consecuencias de esta clasificación, no dudaremos de nuestra parte, en adjudicarle al superficiario las facultades que correspondan al titular de un derecho real sobre cosa propia, esté o no sembrada, plantada o forestada; y cuando se regulan las facultades asignadas al superficiario aparecen correctamente, por ejemplo, la de transferir su derecho (art. 2119) y la de hipotecar (art. 2206); pues bien, estas prerrogativas son exclusivas del titular de un derecho real sobre cosa propia.

### **IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN**

La categorización de derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, que efectúa el art. 1888 del CCC, es importantísima a la hora de analizar la repercusión registral de cada nueva figura. Ello lo es al punto tal que, si la nueva figura es un derecho real sobre cosa ajena, deberá registrarse en la columna de gravámenes o restricciones, pues respecto del derecho real que grava o restringe resulta esa su verdadera naturaleza. Hasta lo dice expresamente el segundo párrafo de la misma norma del art. 1888: *“Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales”*.

En cambio, si el derecho real es sobre cosa propia, en los términos del citado art. 1888, corresponderá la apertura de una nueva matrícula.

Por ello sostenemos que cuando una ley establece que una determinada nueva figura será un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, tal declaración no es vana; sobre todo cuando apuntamos a la registración, pues es en esa instancia cuando se hace particularmente necesaria. Piénsese que si se trata de un derecho real sobre cosa propia, ese derecho podrá ser hipoteca-

do, embargado u objeto de cualquier otra medida, y resultaría tortuoso hacer constar esas situaciones en la misma columna en la que aparece el derecho mismo.

No podemos dejar de remarcar la última parte del dispositivo que, con buen criterio, presume siempre la libertad y plenitud de los derechos. Si bien el código derogado preveía el pronunciamiento, solo lo hacía en normas aisladas y circunscripto a algunos derechos. Así lo veíamos en el art. 2523 del viejo código y en el 3011 del mismo cuerpo, que decía que toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercicio, debía interpretarse siempre a favor del fundo sirviente.

**ARTÍCULO 1889.- Derechos reales principales y accesorios.** Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda.

Concordancias con el Código derogado: No hay norma expresa.

### **DERECHOS PRINCIPALES O ACCESORIOS**

La norma bajo análisis apunta a la distinción que ya venía efectuando la doctrina, entre derechos reales autónomos y accesorios o principales y accesorios. Tal como ya lo hemos expresado respecto de las clasificaciones expresadas en las normas precedentes, en nuestra opinión, todas debieron quedar exclusivamente en el ámbito doctrinario.

Corresponde destacar del dispositivo, la generalidad dispuesta en su primera parte, que podemos extractar diciendo que todos los derechos reales son principales, salvo los expresamente enumerados en el mismo artículo: Hipoteca, prenda y anticresis; es decir los derechos reales de crédito. La norma pues invita a una sinonimia: "Derechos reales accesorios o de crédito".

Sin embargo, tal como hemos expresado respecto a la clasificación en derechos reales sobre cosa propia y sobre cosa ajena, ha faltado del dispositivo una explicación en abstracto que pueda aplicarse a cualquier futura figura jurídica real que pudiere ser creada con posterioridad. Nos falta pues, como también hemos apuntado respecto del art. 1888, determinar la sustancia que

sirve de base a la clasificación, o, en los términos de la filosofía aristotélica, el “fundamentum divitionis”. La enumeración no es lo correcto en una norma clasificatoria como la que estamos comentando.

Procurando buscar el criterio tenido en cuenta por el legislador, acudimos a la norma que nos clasifica, no los derechos, sino las cosas en principales y accesorias, que es el art. 230 del CCCN; así, extraemos de este dispositivo que las cosas son accesorias cuando su existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas.

Si bien esta norma alude a una cuestión puramente física, la adherencia o dependencia, el concepto abstracto de accesoriedad excede de este dispositivo; y nos invita a reflexionar sobre si no es posible también que un derecho real sea accesorio de otro derecho de la misma naturaleza, no solo accesorio de un crédito como los enumerados en la norma. Creemos que, en ese sentido de dependencia o adherencia, saliendo del ámbito de los derechos de crédito, también advertimos que, en cierta manera, participan del carácter de accesorio algunos derechos reales, como las servidumbres prediales, tanto las positivas como las negativas (activas o pasivas) según la determinación del art. 2164 CCCN, ya que por su natural adherencia o inherencia al predio dominante (arts. 2165 y 2172), éstas estarán supeditadas como prerrogativa o gravamen al destino que corra el fundo dominante o el sirviente. Adviértase igualmente que la servidumbre predial no puede existir sino en función del fundo sirviente y del dominante, en razón de lo cual vemos cumplido el concepto de cosa accesoría que nos brinda el art. 230 CCCN al que ya hemos aludido.

### **REPERCUSIÓN JURÍDICA DE LA CLASIFICACIÓN**

En este caso en particular, la clasificación tiene especial repercusión respecto de algunos modos de extinción, en aplicación del proloquio “accessorium sequitur sum principale”, pues mientras los principales tendrán necesariamente previstos en ley general o particular cada causa de extinción, tal como lo expresa el art. 1907 del CCCN, como ocurre por ej. con el usufructo, art. 2152, el uso, art. 2155, o las servidumbres, art. 2182; ello no será menester cuando se trate de los derechos reales de garantía, ya que respecto de éstos su extinción también se producirá cuando se extinga el derecho principal, en aplicación

del citado proloquio. Así se determina expresamente para los derechos reales de garantía, en el primer párrafo del artículo 2186 CCCN que dice: *“Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos”*.

**ARTÍCULO 1890.- Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables.** Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción.

Concordancias con el Código derogado: No hay norma expresa.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

### **EL AVANCE DE LA REGISTRACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL**

La norma cuyo análisis abordamos responde al avance de la registración en el derecho positivo de nuestro tiempo. Sea para acreditar el dominio o la consecuente responsabilidad del dueño, o sea en general para dejar publicitada una determinada situación o relación jurídica, lo cierto es que hoy podemos decir que casi no hay aspecto de la vida de un individuo de una comunidad organizada que no sea objeto de algún tipo de registración. Se inscriben su nacimiento, sus cambios de estado civil, su demencia, su testamento, su muerte; igualmente su patrimonio en general aparece en ciertos registros, para atribuirle o no obligaciones tributarias, y la gran mayoría de los bienes importantes que lo integran. Es por este protagonismo que han ido adquiriendo los registros en el derecho moderno, que García Coni llega a decir que vivimos en la

era de la registraci3n<sup>40</sup>.

Este fen3meno a su vez, ha contribuido a una fragmentaci3n m1s de nuestra disciplina, generando una pseudo rama jur1dica con relativa autonom1a did1ctica: el derecho registral. Pero a pesar de que esta asignatura pretende agrupar todos los registros, tanto los atributivos del dominio o de cualquier otro derecho real, como los puramente administrativos y estad1sticos, las diferencias entre ellos es tan manifiesta que permite a su vez tantas fragmentaciones como registros existan. As1, por ejemplo, no ser1 lo mismo referirse a los efectos de la inscripci3n en el registro de buques que en el registro de automotores. Destaquemos como curiosidad, que estos distintos efectos ocurren aun dentro del mismo sistema jur1dico positivo del Pa1s.

### **DISTINTOS CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA GENERAR DERECHOS REALES REGISTRABLES**

En verdad la clasificaci3n apunta m1s a distinguir entre las cosas registrables y las no registrables, antes que los derechos reales que se constituyan sobre ellas; por ello creemos que hubiera sido m1s l3gico colocar esta distinci3n en la clasificaci3n de las cosas; es decir en el Libro Primero, T1tulo 3 del C3digo, a partir del art. 225. Son las cosas o los bienes los que resultan registrables y, obviamente, por dicha virtud, tambi3n lo ser1n los derechos que sobre ellos recaigan.

Varios son los motivos por los que un sistema exige la registraci3n de ciertos bienes. En algunos casos se toma en cuenta su valor, en otras el riesgo que genera su utilizaci3n, su inmaterialidad, y en ocasiones escapa por completo a la finalidad de atribuir la propiedad, sino que el registro suele estar inspirado en finalidades puramente estrat3gicas, como ocurre por ejemplo con el registro de palomas de carrera mensajeras<sup>41</sup>. Lo cierto es que en determinados casos y por diversos motivos, como dec1amos, el legislador implementa para

---

<sup>40</sup> GARC1A CONI, Ra1l; "El contencioso registral", Ed. Depalma, Bs.As. 1978, p1g. 1.

<sup>41</sup> Las palomas de carrera mensajeras, aquellas que tienen la costumbre de volver al punto en que se encuentra su criador, han sido objeto de regulaci3n expresa por decreto 17.160 de 1943, convalidado por la ley 12913/46. Se establece all1 la necesidad de registraci3n no s3lo del dominio del animal, sino de su posesi3n o tenencia. Lo curioso de este registro es, adem1s, que se trata del primer registro con efectos constitutivos en el Pa1s. Ver un breve desarrollo del funcionamiento de este registro en FANZOLATO, Eduardo I. "El Asentimiento Conyugal", Ed. del autor, C3rdoba, 1986, p1g. 194 y ss.

algunos fenómenos jurídicos o bienes, un sistema de registración apropiado a ellos<sup>42</sup>.

Las exigencias del tráfico jurídico y la necesidad de contar con una forma de publicidad más certera que la mera apariencia<sup>43</sup>, constituyen nuevos requerimientos que contribuyen a la proliferación de los registros jurídicos, cuyas características, si bien difieren en lo formal y material según los bienes que tutelén, procuran siempre brindar una ayuda a la seguridad jurídica.

Como es dable suponer, en un sistema jurídico dominado por los principios romanistas, las cosas inmuebles no podían escapar de este imperativo. El ya aludido proloquio “res movilis res vilis” obliga a que sean justamente las cosas inmuebles los objetos patrimoniales primeros en ser registrados, y es en torno a esta disciplina, el derecho inmobiliario, que se van perfilando los principios rectores de todo el derecho registral, hasta llegar a transformarse, el inmobiliario, en una suerte de “parte general” de esta rama.

Ello significa que, como ocurre con el derecho civil, el “derecho común” que brinda las bases para efectuar cualquier aplicación de principios jurídicos de otras disciplinas, el derecho inmobiliario registral nos da las bases de aplicación y los principios que habrán de relacionarse con todos los registros jurídicos de bienes.

Pero debe tenerse presente al respecto que no es aconsejable dejar en manos del capricho del legislador transformar en registrable cualquier cosa o cualquier derecho; sino que, el atribuir esta categoría a determinados bienes debe obedecer a un criterio lógico doctrinario. Así, de nuestra parte creemos que la registrabilidad debe tener en cuenta básicamente cuatro características de las cosas o bienes, cuyo dominio y demás circunstancias conviene que sean tutelados por un sistema registral. A saber:

---

<sup>42</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 31, 34.

<sup>43</sup> La mera apariencia en el plano jurídico, justamente es considerada como opuesta a la publicidad registral. HERNANDEZ GIL, Francisco; “Introducción al Derecho Hipotecario”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 14 y 15, dedica un título “Publicidad y Apariencia” para efectuar una comparación entre ambos fenómenos con iguales objetivos pero de muy distinta jerarquía. La apariencia sólo debe admitirse, explica el registralista español, cuando se trata de situaciones o relaciones jurídicas no sometidas al régimen de publicidad registral. En nuestro derecho, la apariencia es usada por el legislador para presumir varias situaciones, por ejemplo para brindar protección al poseedor a partir del art. 2238, con las acciones posesorias. La apariencia no es exacta y puede llevar a errores. Así, por ejemplo quien posee por otro (art. 1910 del CCCN) aparece frente a terceros como poseedor “animo propriom” y éstos le podrán tratar como tal, ignorando su relación de simple tenencia.



A) **EL VALOR ECONÓMICO:** En la actualidad bien sabemos de los muchos bienes valiosos existentes, con independencia de su carácter de muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, de manera pues que con este criterio de apreciar la importancia económica en juego dentro de un régimen dominial determinado, ya la disciplina registral, como habíamos adelantado, ha dejado de ser privativa para los inmuebles. La necesidad de brindar una protección más acabada considerando el valor económico de los bienes implicados, es, en fin, uno de los móviles del legislador para determinar su registrabilidad.

Este factor es a su vez un válido elemento para ayudar a la decisión política de determinar la registrabilidad, dado que si el bien económicamente no justifica el costo de su registración, sería un despropósito exigirla. Así podemos ejemplificar con el registro de inmuebles, el de automotores<sup>44</sup>, buques, aeronaves, y caballos pura sangre de carrera. Todos ellos obedecen a este criterio, amén de que pueden advertirse también otros motivos, como expresaremos en los párrafos siguientes.

B) **COSAS RIESGOSAS:** Con el avance de la responsabilidad objetiva (arts. 1721, 1722 y 1723 CCCN) se hace cada vez más necesario determinar de manera contundente el sujeto titular de la cosa riesgosa, el propietario que aparecerá así “prima facie” como primer responsable del daño con ella causado (art. 27 Dto.Ley 6582/58). Si el elemento atributivo de responsabilidad, en tales casos, será en principio sólo el dominio de la cosa, sin dudas se encuentra un auxilio eficaz en un registro dominial de la misma. Ese ha sido, entre otros, el criterio de registración de automotores y aeronaves.

C) **LA INMATERIALIDAD DE SU OBJETO:** La imposibilidad de ejercer actos posesorios que hagan ostensible la relación jurídica de propiedad entre el titular del derecho inmaterial o intelectual y el objeto de protección, por ejemplo:

---

<sup>44</sup>MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Dominio de Automotores y Publicidad Registral”, Ed. Hammurabí, Bs.As. 1981, pág. 42, dice: “El elevado valor de los automotores, y las características propias de este tipo de bienes muebles que hacen posible la identificación de cada unidad, distinguiéndola de otras por su marca, modelo y los números de series del motor y del chasis, hicieron aconsejable crear un Registro de carácter nacional [...] para lograr [...] poner trabas a la comercialización clandestina de vehículos robados”.

la obra intelectual, el invento, la marca, el diseño ornamental<sup>45</sup>, etc., torna imprescindible un sistema de registración de tales objetos que integran el patrimonio de su autor. Es, aunque no óptima, la única forma de otorgar alguna protección a tan etéreas manifestaciones del derecho<sup>46</sup>. Así lo vemos respecto de la propiedad intelectual propiamente dicha (ley 11.723), las patentes de invención (ley 24.481), etc.

**D) AUTOMOVILIDAD:** Aunque lo consideremos de poca entidad para integrar el fundamento de registrabilidad de ciertos bienes, no podemos dejar de mencionar que la posibilidad de automovilidad del objeto protegido suele estar incluida entre los argumentos utilizados para determinar su registración. En efecto, para evitar la apropiación fraudulenta, el robo, se sostiene que es importante la registración de cosas que resultan fácilmente trasladables de un lugar a otro. Se trata de los casos en que el ladrón huye en la misma cosa robada: automotores o motovehículos, aeronaves, etc. En cuanto a las aeronaves, y su particularidad de alejarse en brevísimo tiempo de un país y trasladarse a otro, plantean también una dificultad al jurista hasta para brindar seguridad a las ejecuciones en garantía. Ante la inminencia de una ejecución “[...]el explotador puede alejarla materialmente del lugar en que se encuentra y llevarla al extranjero, fuera de la jurisdicción del tribunal que entiende en el asunto”<sup>47</sup>.

No podemos desconocer que, también desde el punto de vista administrativo o tributario, ciertas situaciones, derechos o bienes, pueden resultar un válido fundamento para que, en una coyuntura determinada, el Estado determine su registración<sup>48</sup>, como ocurrió en su momento, por ejemplo, con el curioso registro de palomas de carrera mensajeras al que ya nos hemos referido.

---

<sup>45</sup> Ley 11723 de 1933; Ley 24481 de 1995; Ley 22362 de 1980; Dto. Ley 6673/63.

<sup>46</sup> VENTURA, Gabriel B. “Reconocimiento y Protección del Derecho de Autor”, en Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, Tomo IV, Ed. Alveroni, Córdoba, 1996, pág. 231. VENTURA, Gabriel B. “Derechos Intelectuales”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001, pág. 140.

<sup>47</sup> VIDELA ESCALADA, Federico N.; “Derecho Aeronáutico”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1970, Tomo II, pág. 128. En materia de automotores BORELLA, Alberto O. “Régimen Registral del Automotor”, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe. 1993, pág. 22 dice: “[...] El distinto tratamiento jurídico que a través del tiempo se fue dando a los automotores, obedece a diferencias que los singularizan respecto de las restantes cosas. Entre ellas podemos citar: a) *Su movilidad*: tanto física (pues se trasladan rápidamente de un lugar a otro), como jurídica (generalmente cambian durante su vida útil varias veces de dueño).”

<sup>48</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, pág. 31, 34. VENTURA, Gabriel B.; “El Registro de la Propiedad del Automotor. Marco Regulatorio y Principales Aspectos” en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales” Ed. La Ley, Bs.As. 2013, Tomo II, pág. 386 a 391.

## TRASCENDENCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Respecto de la clasificación contenida en la norma que estamos anotando, ya se venía sosteniendo con énfasis que el avance de la ciencia del derecho había menoscabado la practicidad de la clasificación romanista clásica que efectúa Vélez Sársfield, entre cosas muebles e inmuebles, a partir del art. 2313 de su código. La naturaleza fáctica de moverse o no moverse en realidad poco aportaba a la problemática jurídica de los nuevos tiempos. En efecto, más diferencias pueden advertirse entre las cosas registrables o no registrables que entre las cosas muebles e inmuebles. De manera pues que, aun sin eliminarse por completo, esta nueva clasificación de las cosas, distinguiendo las registrables de las no registrables, pasó a sustituir en gran medida la diferencia entre muebles e inmuebles. Al mismo tiempo, tal como aquí lo vemos, ha generado forzosamente la distinción entre derechos reales sobre cosas registrables y sobre cosas no registrables.

A ese respecto dice Moisset de Espanés que “(...) desde hace más de medio siglo la doctrina propone la distinción entre bienes registrables y bienes que no son susceptibles de registración, como la categoría de más trascendencia en la actualidad”<sup>49</sup>.

No obstante lo atinado de la norma, consideramos que su pronunciamiento debió apuntar directamente a la exigencia de registrar los derechos reales sobre ciertas cosas, y no aludir a si acceden o no a un registro, como si pudiera o no hacerse. Creemos en efecto, que la norma alude a las inscripciones obligatorias, sea para generar plenos efectos de oponibilidad, según la previsión del art. 1893 del CCCN, sea directamente para hacer nacer el derecho, sustituyendo la tradición, como en el caso de los automotores (Dto. Ley 6582/58) y los caballos pura sangre de carrera (Ley 20.378).

La distinción entre cosas o bienes registrables y no registrables realmente aporta gran utilidad para la regulación de distintos supuestos en el Código; por ello advertimos constantemente a lo largo del articulado, aludir a ella. Por ejemplo al regular la aplicación del principio “posesión vale título” en el art.

---

<sup>49</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 17, 18.

1895 CCCN; o al regular la prueba en materia reivindicatoria, arts. 2257 y 2258 CCCN<sup>50</sup>.

## **COSAS Y BIENES REGISTRABLES**

El avance de la registración al que aludíamos en párrafos precedentes, nos impide hacer una enumeración de las cosas o bienes registrables con pretensiones de taxatividad; pero sí podemos mencionar las más importantes: Inmuebles (ley 17.801); Automotores (Dto. Ley 6582/58); Caballos Pura Sangre de Carrera (ley 20.378); Buques (ley 19.170); Aeronaves (Dto. Reg. 4907/73); Obras Intelectuales (ley 11.723); Patentes de Invención y Diseños de Utilidad (Ley 24.481); Diseños Ornamentales (Dto.Ley 6673/63); Marcas de Fábrica (ley 22.362); etc.

### **ARTÍCULO 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.

Concordancias con el Código derogado: Art. 2384; 2977.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

## **LA POSESIÓN COMO EJERCICIO DE LOS DERECHOS REALES**

El artículo sienta una regla general muy acertada, puesto que la posesión es, en casi todos los supuestos, la forma normal de ejercer los derechos reales. Algunos tipos de servidumbres, la hipoteca y la prenda sin desplaza-

---

<sup>50</sup> En verdad el ejemplo del art. 2258 no es del todo feliz, dado que la norma comete el grueso error de consignar un criterio probatorio opuesto por completo al principio "la posesión vale título" consagrado en el art. 1895 CCCN. Todo su contenido es errado, salvo el último inciso que alude a la adquisición a título gratuito.

miento, constituyen la excepción a ese principio rector. La norma no alude a la prenda, lo que resulta reprochable si tenemos en cuenta que en el CCCN, como su nombre lo indica, se han incluido también en su regulación las normas comerciales. En efecto el artículo 2220, bajo el título de “Prenda con registro”, incluye expresamente este derecho real que, como no se ejerce por la posesión, debería haber estado enumerado en el art. 1891 CCCN.

---

Esta clasificación, derechos que se ejercen por la posesión o sin ella, es también muy importante, ya que aportará un elemento fundamental para determinar la legitimación activa de algunas acciones reales, en especial para la acción reivindicatoria (art. 2252 CCCN).

Si bien no tenemos nada que reprochar sustancialmente a la primera parte del dispositivo, como no sea la omisión de mencionar la prenda con registro, sí en cambio, hemos quedado asombrados por el grueso error del segundo párrafo, cuando supuestamente pretende explicar los casos de derechos reales que no se ejercen por la posesión, sino por actos posesorios (sic). Esta posibilidad resulta virtualmente imposible ya que, como veremos más adelante, justamente los actos posesorios constituyen la prueba irrefutable de la posesión. Por lo que podemos concluir, remarcando el error de la norma, que no hay acto posesorio sin posesión.

Atendiendo al concepto de acto posesorio que brindaba ya Vélez Sársfield en el art. 2384 del código derogado, y aun al texto actual del nuevo art. 1928 del CCCN, que define el acto posesorio, resulta claro que si la posesión es el ejercicio concreto del derecho, los actos posesorios son la prueba de la misma; y que si bien puede haber posesión sin actos posesorios, jamás podrían existir actos posesorios sin ostentar posesión.

A nuestro parecer, reiteramos, considerar ambas expresiones como alternativas constituye un error conceptual. Es probable que el desacierto sea fruto del intento del legislador por explicar la especial situación del titular activo de una servidumbre de vista, por ejemplo, en la que lo único perceptible sea una ventana o un muro no elevado a más de cierta altura, o un paso por fundo ajeno sobre senda no marcada; pero en tales casos no puede decirse que se estén efectuando actos posesorios a tenor de las definiciones contenidas tanto en el viejo art. 2384, como en el nuevo 1928 de este Código.

---

## LOS ACTOS POSESORIOS

Dado que, como dijimos, es elemento de la determinación de la legitimación activa de algunas acciones reales, se impone una somera explicación sobre el concepto de acto posesorio. Al mismo tiempo terminamos de fundar el error que hemos resaltado en la norma.

Hay que tener presente que la mayoría de los ataques a los derechos reales estarán referidos directamente a la posesión que por virtud de ellos se ejerce. Es esta razón la que nos obliga a intentar perfilar adecuadamente el concepto de acto posesorio, como expresión técnica.

El art. 1928 del CCCN establece que “Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga”. Como puede advertirse, tal como ocurría en el viejo artículo 2384 del Código de Vélez, la norma acude a la enumeración no taxativa<sup>51</sup>, de hechos que producirán, en definitiva, la prueba de la posesión. Sin embargo, el criterio de la enumeración no resulta a veces el más apropiado para garantizar la correcta expresión de la esencia conceptual de ciertos fenómenos o institutos. Por ello decíamos en párrafos precedentes, parafraseando a Javoleno en el Digesto: “onmi enumeratio periculosa est”.

En efecto, hemos visto como, a veces, por la falta de un concepto general de “acto posesorio”, abstraído de casos concretos, se le atribuyen dicho carácter a supuestos que distan mucho de la voluntad legal<sup>52</sup>.

Hay una serie de conductas y acciones que no presentan ninguna dificultad en cuanto a adjudicarles el carácter de acto posesorio en sentido técnico, dado su encuadre perfecto dentro de la literalidad de la norma del art. 1928 del

---

<sup>51</sup> SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Ed. TEA, 5ta. Edición Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 113. HIGHTON, Elena I. “Derechos Reales – Posesión”, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, N° 95, pág. 70.

<sup>52</sup> El Decreto Ley 5756/58 establece que se admitirá toda clase de antecedentes... introduciendo, a la vez la exigencia de la demostración del cumplimiento de las cargas fiscales, pero como uno de los medios tendientes a la comprobación de la existencia y continuidad de los actos posesorios”. Cám. Civil 2° de Córdoba, “Segovia, Ramón – Usucapión” en La Ley, Córdoba, 1988, pág. 888. LEVITÁN, José, en “Prescripción Adquisitiva de Dominio”, Ed. Astrea, Bs.As. 1979, pág. 214, destaca que la importancia especial que la ley asigna al pago de impuesto hace que equivocadamente se esgrima, en algún fallo, la falta de pago como presunción en contra del prescribiente.

CCCN. Así, por ejemplo, nadie dudaría en atribuirle esa entidad a una ocupación, a la actividad de alambrar o cercar, edificar en general, mejorar la edificación existente, sembrar el predio o plantarlo, etc. Pero hay otros supuestos, en cambio, que no aparecen con tanta claridad, sea por no figurar en la enumeración del artículo, sea por no participar exactamente de su sustancia. Así lo vemos por ejemplo, en el caso de la mensura que, configurará sin duda alguna un acto posesorio<sup>53</sup>.

### **CONCEPTO DE ACTO POSESORIO**

Por todo lo hasta aquí expuesto creemos que es importante partir de un concepto general y técnico de acto posesorio, para facilitar el análisis de supuestos no contemplados expresamente. La norma del art. 1928, no debió acudir a la enumeración, sino a la explicación genérica de actividades y circunstancias que se consideren legalmente actos posesorios. Es el reproche que hemos venido haciendo a la norma de Vélez (art. 2384) y que no podemos dejar de remarcar igualmente en el nuevo CCCN (art. 1928), puesto que persiste en la falencia de no haber dejado sentada, de manera técnica, una definición preceptual de lo que debe considerarse acto posesorio<sup>54</sup>.

Ello nos mueve, procurando completar lo que de nuestra parte consideramos que es una falencia legal, a la luz del art. 1928 del CCCN y de todas las normas complementarias a éste, a decir que: Acto posesorio es un hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en contacto con ella, con ánimo de dueño.

Destacaremos del concepto apuntado, los siguientes elementos:

A) Hecho voluntario;

---

<sup>53</sup> Partimos de la base de una mensura efectuada correctamente; es decir concurriendo al lugar y produciendo *in situ* todas las actividades pertinentes. El artículo 1928 no menciona la mensura sino el amojonamiento, que es actividad posterior a la mensura; pero sin dudas la sola mensura, aun sin amojonamiento, configura acto posesorio, más allá de la dificultad probatoria al no haber dejado “huella”. En contra Raymundo M. SALVAT, Ob.cit. Tomo I, pág. 112,

<sup>54</sup> VENTURA, Gabriel B., “Conceptualización de los Actos Posesorios”, Revista Notarial de Córdoba, N° 61, pág. 96 a 98. VENTURA, Gabriel B.; “Aspectos probatorios del juicio de usucapión” en LL Córdoba, 1988. VENTURA, Gabriel B.; “Los Títulos Notariales y la Posesión”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, Tomo VIII, pág. 58.

B) Modificación física;

C) Contacto;

D) Ánimo de dueño.

Veamos cada uno de ellos por separado:

**A) HECHO VOLUNTARIO:** La posesión exige, por ley, la participación de la voluntad, puesto que se necesita el “comportarse como titular de un derecho real” (art. 1909 CCCN), que no es otra cosa que el conocido “animus domini”, característico de nuestro sistema subjetivista savignyano. Con este elemento del concepto de acto posesorio, procuramos distinguir los actos posesorios de las meras coincidencias o casualidades producidas por modificaciones físicas accidentales, como la tala accidental de un árbol por un incidente automovilístico o la ruptura del cerco perimetral por el mismo hecho. Se necesita pues un obrar voluntario procurando especialmente, en pleno uso de facultades, realizar esa conducta.

#### **B) MODIFICACIÓN FÍSICA:**

Al ser la posesión un hecho<sup>55</sup> resulta obvio que se haga manifiesta por situaciones también fácticas. Se necesitará que la cosa que se pretende poseída sufra, aunque sea temporalmente, un cambio ostensible en el mundo de los fenómenos. Su ocupación, construcción, demolición, etc. configurarán la modificación exigida. Ello elimina la posibilidad de considerar actos posesorios a todas aquellas modificaciones puramente jurídicas, como ventas sin tradición o constitución de gravámenes<sup>56</sup>. Lo mismo ocurrirá respecto del pago de los impuestos o tasas que, a pesar de ser considerados especialmente como pruebas importantes en la ley 14.159, artículo 24, inc. c), no producirán la modificación física que aquí exigimos. El pago de los impuestos o tasas pues, sólo exteriorizará, y en algunos casos, el ánimo de poseer, al que nos referiremos más

---

<sup>55</sup> No quedaban casi autores, en la doctrina nacional que pregonaran que la posesión fuera un derecho. Tenían esa idea, respecto del Código de Vélez, Guillermo A. BORDA “Derechos Reales”, Ed. Perrot, Bs.As. 1976, pág. 34 “(...) desde luego es un derecho real”; Emilio DÍAZ REYNA, en sus clases, entre otros. Hoy ya no puede dudarse del carácter fáctico de la posesión, en virtud de la expresa redacción del art. 1909 del CCCN que alude directamente a “poder de hecho”. Estimamos que la discusión quedó definitivamente zanjada, y obviamente consideramos acertado que el legislador haya terminado con el infructuoso debate.

<sup>56</sup> VENTURA, Gabriel B. “La usucapión opuesta al acreedor hipotecario” en LL. Córdoba, 1988, pág. 616, decíamos ahí: “Al poseedor usucapiente no le es oponible la modificación jurídica que el titular registral, abusando de su situación cartular y registral, haya intentado producir sobre la cosa. La situación fáctica de su posesión le permite abstraerse de todo hecho o acto jurídico que no afecte su relación real”.



adelante<sup>57</sup>.

### **C) CONTACTO:**

Además de la voluntad aplicada a modificar físicamente la cosa, será menester que haya un contacto con ella, puesto que resultará recién así configurado el elemento “corpus” de la posesión, exigido en la definición contenida del art. 1909 del CCCN, cuando alude a “poder de hecho”. Por cierto que no será necesario efectuar este contacto en forma personal ni en su sentido literal. Lo primero, porque bien puede valerse el supuesto poseedor, de personas que lo representen (tenedores o servidores de la posesión – arts. 1910 y 1911 CCCN), como lo sería cualquier empleado que realizara refacciones, mensuras o cualquier otro acto con características posesorias; y lo segundo porque no habremos de necesitar que el contacto sea sobre la totalidad de la cosa. En efecto, si bien la norma del art. 1928 del CCCN, no contiene la previsión que hacía la vieja norma del art. 2384 del Código de Vélez, que expresaba que bastaba con que el acto recayera sobre alguna de sus partes, aun así decíamos, creemos que si se trata de inmueble cercado o delimitado de alguna forma física, debe aceptarse que el acto posesorio recae sobre la totalidad del mismo. A este pronunciamiento arribamos por dos vías. En primer lugar, por los usos, prácticas y costumbres a que alude el art. 1 del CCCN, que tienen efecto vinculante y que nos remiten, sin lugar a dudas, al viejo art. 2384 del Código de Vélez; y en un segundo lugar, por la lógica de la situación. Creemos que no es menester que se pisen cada uno de los centímetros cuadrados de un predio para poder ejercer el poder de hecho sobre todo el inmueble. A estos efectos es muy ilustrativa la nota al art. 2374 del Código derogado, en la que Vélez, invocando la autoridad de Savigny, expresaba: *“La posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede a cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante*

---

<sup>57</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Aspectos probatorios del juicio de usucapión”. En LL Córdoba, 1988, pág. 889. Dice Raymundo M. SALVAT, Ob.cit., pág. 114. N° 135: “(...) esos impuestos pueden ser abonados por cualquiera y en consecuencia, ocurrirá algunas veces que ellos serán inaceptables, como actos posesorios”. En igual sentido ver Néstor LAPALMA BOUVIER; “El Proceso de Usucapión”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1979, pág. 165 y Beatriz AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR; “Juicio de Usucapión”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1984, pág. 282. Nos llama la atención que no hayan aprovechado los legisladores para incluir en la norma del art. 1905, la importancia de la prueba del pago de los impuestos, a que alude el art. 24 de la ley 14159; así como todas las reglas relativas a la prueba en materia de usucapión que se encuentran en la citada norma. Recordemos que la ley 14159 no ha sido derogada por la ley 26994 que sanciona el nuevo CCCN, por lo que los únicos dos artículos que regían (24 y 25) aún continúan en vigor.

*de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado (...) La ley nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es preciso entrar en él: porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado”.*

Desde este punto de vista, podemos ejemplificar con una autorización del poseedor para dejar entrar animales a pastar a favor de un tercero; esta actitud debidamente acreditada, configurará, sin duda, un acto posesorio.

#### **D) ANIMO DE DUEÑO:**

Si los actos posesorios se consideran elementos probatorios de la existencia y del inicio de la posesión, es lógico que éstos deban participar de los elementos de aquella. En definitiva, los actos posesorios no son más que consecuencia del ejercicio de la posesión. Por ello se necesitará en el supuesto poseedor el ánimo expreso de dueño en el momento de producir un acto posesorio; es decir comportarse como titular de un derecho real, como reza la última parte del art. 1909 CCCN. Así, por ejemplo, la modificación que realice el locatario, aun sin autorización del locador, sobre el inmueble alquilado, no configurará un acto posesorio; al igual que su misma ocupación; ya que tales actitudes, por provenir de un tenedor, sólo se efectúan en representación de la posesión del dueño, según lo prevé expresamente el art. 1910 del CCCN. Si bien en lo fáctico no se advertirá diferencia a los ojos de terceros, ese acto posesorio solo lo será respecto del poseedor, y no para el tenedor<sup>58</sup>.

## **CAPÍTULO 2**

### **Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad**

**ARTÍCULO 1892.- Título y modos suficientes.** La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.

---

<sup>58</sup> Ver sobre actos posesorios, amén de nuestro “Conceptualización de los Actos Posesorios” ob. Cit., PICADO, Leandro S. y LOIZA, Fabián M.; “Las Relaciones de Poder” en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación”, Dirigido por Claudio Kiper y coordinado por Luis O. Daguerre; Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. Sta. Fe, 2015, pág. 661 a 664.

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.

Concordancias con el Código derogado: Art. 574, 577, 2364, 2377, 2378, 2387, 2524, 2601, 2602, 2603, 2820, 2977, 3265, Art. 1 y 6 del Dto. Ley 6582/58.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

## **LA DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES**

Sabido es que Vélez adopta una posición especial en cuanto a la constitución de los derechos reales, apartándose del modelo francés en el que el solo consenso entre transmitente y adquirente opera ya su transmisión<sup>59</sup>. Por ello en el art. 577 del Código derogado quedaba consagrada la llamada “teoría del título y modo”.

En ese sentido el Código Civil y Comercial en el art. 750, que equivale al art. 577 del Código de Vélez, sigue igualmente la doctrina romana, y establece que antes de la tradición de la cosa no se adquiere sobre ella ningún derecho real. Quedará entonces al adquirente alguna acción personal por cumplimiento de contrato, pero no emanada de un derecho real que, a consecuencia de la falta de tradición, no pudo nacer en cabeza del acreedor<sup>60</sup>.

Es esta una de las diferencias sustanciales que suelen citarse entre los derechos reales y los personales; mientras los últimos quedan constituidos sólo con el título (consenso, convenio o contrato) los primeros exigen también una exteriorización, en definitiva una publicidad que determina la constitución del derecho que se pretende transmitir. Esta exteriorización, que solemos enunciar

---

<sup>59</sup> El Código Civil Francés, en su viejo art. 1138 expresaba que “*L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes...*”. Luego de la modificación del Código Francés en 2016, la norma del 1138 pasó al art. 1196, que si bien conserva su típico consensualismo, ahora reza: “*Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l’effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l’obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l’article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l’article 1351-1*”. MAZEAUD, Henri, León y Jean; “Lecciones de Derecho Civil, Trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. Ed. Ejea, 1960, pág. 190 y ss. LAFAILLE, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Bs.As. Ediar 1943, Tomo I, pág. 492. MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1983, Tomo II, pág. 159. MARIANI DE VIDAL, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Bs.As. Ed. Zavalía, 1993, Tomo I, pág. 309 a 311.

<sup>60</sup> Pareciera que los fundamentos de la postura de Vélez para apartarse de la fuente francesa en cuanto a la necesidad de la tradición para que se adquiriera sobre la cosa un derecho real, plasmada en la extensa e ilustrativa nota al art. 577 de su viejo Código, le lleva al extremo de aplicar el principio de la tradición como modo transmisivo, no sólo al ámbito de los derechos reales, sino también en las obligaciones. Ello se desprende de la discutible norma del art. 3265 del Código derogado, cuando expresa que “Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos, por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto de las sucesiones”. Sobre este exceso cometido por Vélez, SEGOVIA, Lisandro en su “Código Civil de la República Argentina – Con su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Bs. As. Ed. Coni, 1881, Tomo II, nota al art. 3267, pág. 390, prefiere remarcar que las palabras de Vélez en el citado art. 3265, “(...) deben restringirse a los derechos reales, excepto la hipoteca y ciertas servidumbres, que no requieren tradición”. Sin embargo, por nuestra parte destacamos que la citada norma de Vélez no establecía dicha limitación.

como la concreción de los anhelos del título, es en este caso la tradición, la entrega de la cosa, definida en el CCCN en el art. 1924.

En el artículo 1892 del CCCN, justamente se enuncia legalmente la existencia de la teoría del título y modo; pero el dispositivo merece nuestra crítica. En primer lugar porque resulta de la conjunción de varias normas contenidas en un solo artículo; y eso no es correcto metodológicamente hablando, ya que se confunden conceptualmente elementos estructurales, a la par que se dificulta la remisión y cita, tanto de los jueces en sus fallos, como de la doctrina en sus investigaciones. En efecto, unos y otros, forzosamente deberán referirse a párrafos concretos dentro del artículo, puesto que una alusión general no precisará a cuál de sus partes se está refiriendo. Deberán citarse “art. 1892, primer párrafo, segundo párrafo, etc.

Para más, en este caso el artículo contiene siete párrafos, lo que constituye, en nuestra opinión, todo un despropósito<sup>61</sup>; se trata en verdad de cinco o seis normas incluidas en un solo dispositivo.

En segundo lugar, tampoco acordamos con el artículo cuando parece ceñir la teoría del título y modo solo a las adquisiciones derivadas. Creemos, y lo demostraremos en los párrafos siguientes, que la citada dinámica es de aplicación tanto para modos derivados cuanto para los originarios. Su aplicación a ambos modos, desde el punto de vista práctico, brinda unidad, completa y da coherencia a la dinámica adquisitiva del derecho real.

## **TÍTULO Y MODO**

El primer párrafo de la norma anotada es el que más crítica nos merece en cuanto a lo sustancial de su regulación; pues, tal como habíamos adelantado, intenta limitar la teoría del título y modo solo a los modos derivados. Adviértase lo contundente de las expresiones del legislador, cuando dice “*La adquisición derivada...*”. Podríamos concluir, al menos reglamentariamente, y haciendo una interpretación “*a contrario sensu*” de esas expresiones, que los modos

---

<sup>61</sup> Es probable que ello obedezca al interés por disminuir el número de artículos del Código derogado; pues se presentó como uno de los avances de la nueva legislación que, a cambio de los 4051 artículos del Código de Vélez, el nuevo solo tenía 2671. Pero debemos remarcar que no es la numeración lo que da unidad al texto del dispositivo, sino el tema en él regulado.

derivados no se encuentran sometidos a la dinámica del título y modo. ¿Acaso podría ocurrir que cuando el modo fuera originario, por ejemplo la usucapión, en tales supuestos nacería un derecho sin causa? ¿El dominio adquirido por usucapión, para esta norma, no tendría título? Si fuera eso lo que el legislador ha querido expresar en este primer párrafo, constituye toda una excepción al sistema causalista, tanto de Vélez, como del nuevo CCCN, que dedica varias normas a las causas de los derechos, sean éstos reales o personales, tal como surge de los arts. 281, 282, 726, 1012, 1013 y el segundo párrafo de la norma que estamos analizando, que justamente define el título suficiente; es decir la causa idónea para adquirir derechos reales (*“causa idonea ad acquirendum dominium”*).

En cuanto al modo, como veremos en las mismas normas del CCCN, el modo originario por excelencia, que es la usucapión, aparece designado así directamente por el art. 1897 CCCN que expresamente utiliza el aludido tecnicismo: *“La prescripción para adquirir es el modo...”*. Hace lo propio también el segundo párrafo del art. 1893.

En definitiva la diferencia estaría dada, según lo pretende la nueva regulación, en que si bien todos los derechos reales exigen un modo para quedar constituidos, solo cuando la adquisición sea derivada se exigirá también la tradición como modo. Pues bien, en eso estamos de acuerdo, en lo que no podemos estarlo es que la dinámica adquisitiva no exija también para las originarias el cumplimiento de dos elementos integrativos del derecho en su nacimiento: el título y el modo, tal como pasaremos a explicar en los siguientes párrafos.

## **EL MODO**

Generalmente al explicarse la doctrina del título y modo dentro de la dinámica constitutiva de los derechos reales, se comienza con el título. Metodológicamente es lo correcto. El título, como causa generadora, en general, precede al modo que aparece como la efectivización concreta de las pretensiones de los sujetos de la causa. Sin embargo, aquí haremos a la inversa, puesto que nuestra particular postura procura una nueva clasificación de las causas o títulos.

El modo siempre es un acontecimiento; es un hecho que exterioriza una situación jurídica; por ello, como regla general debe ser perceptible en el mundo de los fenómenos. Generalmente se exige que se trate de un hecho que haga pública la relación jurídica ya existente, o que esté naciendo. En ese sentido es útil didácticamente advertir la vinculación que tiene la publicidad o exteriorización posesoria con los modos que podemos calificar de más emblemáticos que se dan en nuestro derecho: La Tradición y La Usucapión.

Adviértase cómo en ambos modos (la tradición y la usucapión), los dispositivos respectivos que los definen y perfilan hacen un especial hincapié en la publicidad generada. Así leemos en la definición del art. 1924, que la tradición incluye la realización de actos materiales, y que la mera declaración de las partes, o sea la que no opera en el mundo de los fenómenos, no sufre respecto de terceros la tradición efectiva; es decir que sin el traspaso del poder de hecho de la cosa del transmitente al adquirente, no habrá tradición oponible a terceros. La tradición es pues, una de las primarias formas de publicidad, el traspaso material del objeto entregado.

Paralelamente, en materia de usucapión se hará menester que la posesión, amén de continua, sea ostensible (art. 1900 CCCN); es decir pública y perceptible por el resto de la comunidad.

De lo expresado determinamos contundentemente que los modos, salvo para los bienes que tienen un régimen de inscripción constitutiva, siempre serán hechos a los que agregaremos el calificativo de “ostensibles”.

### **MODOS ORIGINARIOS Y DERIVADOS**

Entre las más importantes clasificaciones que se han efectuado sobre los distintos modos de adquirir, partiendo del art. 2524 del viejo Código de Vélez<sup>62</sup>, la más interesante es la que establece la diferencia entre los modos originarios y los derivados.

Un modo es originario cuando frente al supuesto fáctico que lo erige en tal, el derecho se constituyó con independencia de todo derecho anterior sobre la cosa. En definitiva, es originario porque el derecho allí nace, sin detenernos

---

<sup>62</sup> VENTURA, Gabriel B.; “El Art. 2412 del C.C.: Modo de adquirir el dominio de muebles”, en J.A. Bs.As. 1985, N° 5410.

siquiera a analizar si la cosa tuvo o no un propietario o titular anterior. Ejemplo clásico de este modo: la caza o la pesca a la que se refiere el art. 1947, inc. a) punto ii) del CCCN. El pez, como *res nullius* es susceptible de apropiación según la citada norma. (art. 1947 del CCCN). El aluvión, la avulsión y la usucapión extraordinaria o veinteañal (arts. 1959, 1961, 1897 y 1899 del CCCN) resultan ejemplos aún más interesantes; sobre todo la usucapión, que, como regla general, procede en contra de las pretensiones del anterior titular dominial.

Por definición el modo originario, por ser origen, proporciona un dominio impecable, desprovisto de todos los vicios, gravámenes y características generales de tipo jurídicas con las que pudiera existir en cabeza de un anterior titular<sup>63</sup>. Ya en otras oportunidades<sup>64</sup> hemos opinado sobre el punto, haciendo prevalecer al usucapiante frente a todos los que pretendan un derecho sobre la cosa proveniente de la titularidad dominial anterior. Es, en definitiva la originalidad del modo y su consecuencia la adquisición libre de vicios o gravámenes, uno de los aspectos más interesantes de esta clasificación. Como se ve, ella no sólo denota una curiosidad jurídica, sino que repercute tremendamente en las pretensiones del adquirente.

Cuando el modo es derivado, necesariamente contaremos con un complemento contractual<sup>65</sup>, sea verbal, escrito, con determinadas formas; pero en definitiva – salvo el caso de sucesión *mortis causa* – existirá un convenio con todas las características previstas en los arts. 957 y 961 del CCCN, cuyo cumplimiento, en todas sus partes, sobre todo en lo que atañe a la tradición, acreerá la constitución del derecho real de que se trate (art. 750 CCCN).

Aquí el derecho “deriva” o “deviene” de un anterior titular. El transmitente voluntariamente se compromete a transferirlo, o mejor dicho a constituirlo en cabeza del adquirente. Al efectuarse la tradición, se cumplirá con la obligación de entregar una cosa cierta “...para constituir derechos reales...” prevista a

---

<sup>63</sup> SALVAT, Raymundo M.; Ob.cit., Tomo II, pág. 16.

<sup>64</sup> VENTURA, Gabriel B.; “La Usucapión opuesta al acreedor hipotecario”, LL Córdoba, 1988, pág. 617. Decíamos ahí que “*Dar prevalencia a la hipoteca constituida durante el lapso de la posesión del usucapiante, brindaría la posibilidad de operaciones fraudulentas por parte del titular registral que, en vez de encarar los riesgos de una reivindicación, solicita un préstamo o mutuo con garantía hipotecaria abandonando el bien en manos del usucapiante*”.

<sup>65</sup> MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Tomo II, pág. 200: “La tradición (...) sólo tiene eficacia por el acuerdo de transferir (...) al que estará vinculada necesariamente para que tenga eficacia traslativa.



partir del art. 750 CCCN, en armonía con el 1892 del mismo Código, que estamos analizando.

Por ello, en los supuestos de constitución por modos derivados es de plena aplicación el art. 399 del C.C., cuya norma, más que jurídica lógica, no permite transmitir a otro un derecho que no se tiene (*“nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet”*). Si el transmitente tenía un derecho viciado por la nulidad de su título, por ejemplo, o si pesaba sobre la cosa algún gravamen o medida precautoria de carácter real, sin duda esa circunstancia pasará al adquirente, quien sólo pudo adquirir el derecho tal como existía en cabeza de su transmitente.

## **EL TÍTULO**

En un sistema causalista, como en el que estamos inmersos, es obvio, que todo derecho exigirá una causa generadora. Los derechos no nacen por sí mismos; un acto jurídico, o directamente la ley que atribuye a un hecho la función de causa, deberán estar siempre presentes en la génesis del derecho. Es más, como un efecto típico del sistema causa, ese título acompañará durante toda su vida al derecho que hizo nacer. En efecto, por oposición a un sistema abstracto, como el alemán, los derechos no se independizan nunca de sus causas, que acompañarán, por así decir, permanentemente su vida y su destino. Volveremos una y otra vez sobre los títulos causas, sea para determinar si se trata de un bien propio o ganancial, en los casos de disolución de la sociedad conyugal (Art. 464 y 465 del CCCN), sea para analizar sus bondades o falencias, al elaborar un estudio de títulos, etc.<sup>66</sup>.

Para terminar de perfilar el concepto de causa o título, concretamente y a manera de ejemplo, en el ámbito de los derechos reales podemos decir que son causas: el contrato de compraventa (art. 1123 CCCN), la permuta (art. 1172 CCCN), la donación (art. 1542), y cualquier otro contrato que tenga por efecto transmitir un derecho real sobre una cosa.

---

<sup>66</sup> A este respecto sorprende el error de Highton cuando expresa que *“(...) En tanto los derechos personales continúan vinculados al contrato que es su causa generadora, los derechos reales se independizan del acontecimiento que los hace adquirir”*. HIGHTON, Elena; “Lineamientos de Derechos Reales”, Ed. Ad-hoc, Bs.As. 1991, pág. 39.

## EL TÍTULO SUFICIENTE

En el segundo párrafo del art. 1892 se brinda un correcto concepto de título suficiente, atendiendo a los dos elementos básicos: la forma y la materia. Estos elementos cumplidos según las exigencias legales, nos brindarán la “*causa idonea ad transferendum dominium*” que surgía solo tangencialmente del art. 2602 del Código derogado. De esta manera, por ejemplo, en materia de forma, para adquirir el dominio sobre un inmueble será menester que el acto esté instrumentado en escritura pública, según la exigencia del art. 1017 del CCCN; pero si se tratare de una cosa mueble, como regla general, bastará con un instrumento privado (art. 284 a 283 CCCN).

En cuanto a las exigencias materiales o sustanciales, se apunta con ella a la idoneidad de la causa para producir el efecto traslativo: compraventa, donación, permuta, etc.

En definitiva, el efecto traslativo efectivo y la forma adecuada a las exigencias legales, nos determinarán la existencia de un título suficiente. Por ello el segundo párrafo de la norma que estamos anotando exige el revestimiento formal y la finalidad de transmitir.

El título suficiente, en materia de derechos reales, se opone al llamado “justo título”, que es de aplicación en la usucapión decenal (art. 1902 CCCN). Este último justamente se diferencia del suficiente en que, a pesar de tener la finalidad traslativa exigida y hasta la forma adecuada que la ley impone, por una causa atribuible al autor, es decir al sujeto que está intentando disponer del derecho, no puede generar la mutación pretendida. A este respecto consideramos muy atinado el concepto brindado por el citado art. 1902 CCCN, cuando explica que, no obstante tener todos los recaudos requeridos (idoneidad de la causa y forma legal exigida) el otorgante no es capaz (art. 22 y ss. CCCN), o no tiene el derecho involucrado en el acto (art. 399 CCCN). Esta última falencia se encuentra perfectamente sintetizada en la expresión técnica descrita como falta de legitimación; pues justamente un sujeto está técnicamente legitimado cuando tiene efectivamente el derecho invocado.

Con total coherencia, la diferencia queda marcada dentro de la misma norma del 1892 cuando más adelante, en el párrafo sexto, se exige para que el

título y el modo sean suficientes, que sus otorgantes sean capaces y estén legitimados al efecto.

## **LA “TITULARIDAD” DE LOS DERECHOS REALES**

No podemos dejar de remarcar que, en el ámbito de los derechos reales, la palabra título, y más aún “titularidad”, suele ser usada para designar tres situaciones diferentes; por ello siempre nos hemos preocupado de agregarle un adjetivo, que precise más técnicamente a cuál de los sentidos nos estamos refiriendo, antes a analizar una normativa determinada<sup>67</sup>. Así, hemos propuesto aludir según los casos a: titularidad cartular, titularidad registral y titularidad real. Estas expresiones nos permitirán una mayor precisión y un más sencillo desarrollo. Veamos a qué aludimos con cada una de ellas:

**A) TITULARIDAD CARTULAR O INSTRUMENTAL:** Es la que se logra con el instrumento apropiado, con las formas establecidas por ley, y que contiene una causa idónea para producir la adquisición, constitución modificación, etc. de derecho real sobre inmuebles (compraventa, donación, permuta, etc.). Así, por ejemplo, cuando se instrumenta mediante escritura pública la venta de un inmueble entre el Señor A y el Señor B, se está haciendo titular cartular al Sr. B, de la cosa objeto del acto instrumentado<sup>68</sup>. La cártula, la escritura pública, como forma obligada por la ley (art. 1017 CCCN) constituirá pues el título en sentido cartular o instrumental de B. También podríamos ejemplificar con la transmisión por causa de muerte, pues si bien el heredero es continuador de la persona del causante, acreedor y deudor de todo lo que el causante lo era, y le corresponden todos los derechos y acciones que este tenía (art. 2280 y 2337 CCCN), le faltará aún la cártula que así lo acredite. Cuando el juez, luego de

---

<sup>67</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ob. Cit., pág. 56 a 59. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 50 a 53.

<sup>68</sup> La doctrina distingue “acto instrumental” para referirse a la forma o continente, y “acto instrumentado”, aludiendo a la materia, es decir el contrato o contenido (compraventa, donación, etc.) Ver sobre el punto SALVAT, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino – Parte General”, Ed. TEA, Bs.As. 1964, Tomo II, pág. 322 y MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, 2º Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 90.

corroborado el carácter, lo declare tal, y apruebe las operaciones que le adjudican el bien quedado al fallecimiento del causante, el heredero será recién titular cartular.

**B) TITULARIDAD REGISTRAL:** Es la que surge de las constancias registrales. Así, diremos que es titular quien figure en los asientos como sujeto activo del derecho real de que se trate. Generalmente esta titularidad registral surge como consecuencia de una titularidad cartular o instrumental que la precede, puesto que la ley impone como obligatoria al menos en el derecho argentino, la registración de los títulos de derechos reales sobre inmuebles<sup>69</sup>.

El valor sustancial de esta titularidad como elemento legitimante de cualquier acción, dependerá del valor que se le adjudique a la registración en cada sistema jurídico. En un sistema de registración constitutiva por ejemplo, salvo los supuestos de error, la sola inscripción nos determinará, amén de la titularidad registral, la titularidad real. En un sistema convalidante, en el que la sola registración subsane los defectos de que adolecieren los títulos, como es el caso del sistema "Torrens"<sup>70</sup>, hasta en los casos de error, esta titularidad podrá determinar la titularidad del derecho mismo. En cambio, si nos encontramos en un sistema no convalidante, como es nuestro registro inmobiliario (art. 4 ley 17801), la mera titularidad registral no nos determina irrefutablemente la titularidad real del derecho.

**C) TITULARIDAD REAL:** Ésta es, sin dudar, la más importante para el propietario; implica tener efectivamente el derecho real que se pretende. Si se ostenta un título idóneo para adquirir derechos reales (art. 1892, 2º párrafo),

---

<sup>69</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Publicidad Registral", 2da. Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 90

<sup>70</sup> El sistema australiano o "Torrens", es el ideado y puesto en práctica en Australia, por Sir Robert Torrens que, aunque era de origen irlandés, residió en Australia. Ideó el sistema registral que lleva su nombre, inspirado en el registro de buques que imperaba en Inglaterra, país en el que había trabajado muchos años en la aduana. Como Australia hasta 1911 en que formaron una confederación, estaba integrada por colonias que si bien tenían una cierta autonomía (la Australia Meridional, Occidental y Septentrional), todas formaban, sin embargo, un conjunto económico explotado por la Gran Bretaña, muy semejante al de las colonias inglesas de América del Norte. Persiste aun hoy la dependencia política y económica a pesar del Acta de 1986 que declaró a Australia un estado independiente. Ver a ese respecto LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. "Curso Introductorio al Derecho Registral", Ed. Zavallía, Bs. As. 1983, pág. 197 a 203. VENTURA, Gabriel B.; "Tracto Abreviado Registral", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 77 y 78.

con todos los requisitos legales exigidos, tanto en el aspecto formal, como material, y además se ha producido el modo apropiado sobre la cosa (art. 1892, 3º párrafo del CCCN), estamos en presencia de un titular real de ese bien.

Lo interesante de estas expresiones es que nos permiten clarificar cada situación; pues aunque lo ideal es que todas ellas coincidan en una sola persona (es decir que el sujeto sea titular cartular, real y registral), suele ocurrir con frecuencia sin embargo, que se presenten cada una en cabeza de diferentes individuos. A estos efectos, adelantamos nuestra simpatía con la norma del art. 756 y sus cuatro incisos, que brinda solución legal a esta difícil situación (volveremos sobre el punto al profundizar la acción reivindicatoria).

La disociación de las titularidades entre diferentes sujetos ocurre en algunos casos por meras patologías, como lo es el de la inexactitud por error registral, por el que se consigna en el asiento a un titular que no lo es ni cartular ni real. Cuando no tiene documento acreditativo (cártula o instrumento), o aún no se ha efectivizado la entrega de la cosa, exigida como modo en el art. 1892 CCCN. En este último caso estaremos en presencia de un titular cartular que solo ostentará un derecho personal, emanado de su título, que lo legitima para exigir la entrega de la cosa; pero no se tratará de un titular real, ya que todavía no hay derecho real alguno por él adquirido (art. 750 CCCN).

En otras circunstancias la disociación entre las distintas posibles titularidades, podrá obedecer a las características propias del modo por el que se ha adquirido el derecho; y a este respecto, no cabe dudar que el supuesto más interesante que se ha de plantear, es cuando el sujeto siendo titular real, no lo sea en sentido cartular ni registral. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se adquiere por usucapión larga, mediante la posesión en las condiciones legales, durante los veinte años exigidos por ley (art. 1897 y 1899 del CCCN.). Como es sabido, el solo transcurso del tiempo, con independencia de trámite judicial alguno, puesto que la sentencia de usucapión es sólo declarativa y no constitutiva del derecho adquirido, transforma a ese poseedor en titular real, ello a pesar de no contar con titularidad cartular ni registral<sup>71</sup>. Es más, tenemos expresado

---

<sup>71</sup> Ver LEVITÁN, José; "Prescripción Adquisitiva de dominio", 2da. Ed. Bs.As. Ed. Astrea, 1979, pág. 138. LAPALMA BOUVIER, Néstor D.; "El Proceso de Usucapión", Sante Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1979, pág. 19. MARCOLÍN de ANDORNO, Marta N.; "Prescripción Adquisitiva", 2da.

que dicha titularidad podrá ser opuesta a terceros, aun sin la registración exigida en el art. 1893 CCCN, que sustituye parcialmente el viejo art. 2505 del código derogado y modificado por ley 17711<sup>72</sup>.

## **TITULARIDAD MATERIAL Y TITULARIDAD MATERIAL**

Con otro “*fundamentum divitionis*”, también es dable destacar otra clasificación que, partiendo de nuestra titularidad real, alude al título en sentido material, que se refiere al acto que da origen al derecho, por ejemplo venta, donación, permuta, aporte de capital, etc.; o al título en sentido formal, que es el documento acreditativo que demuestra o corrobora la existencia del título material, como puede serlo un documento privado, una escritura público o un resolutive judicial.

A su vez, de esta distinción surge la natural antinomia propuesta por Salvat que expresamente diferencia entre acto instrumental (la forma), y acto instrumentado (el contenido)<sup>73</sup>.

## **CLASES DE TÍTULOS SEGÚN LOS MODOS QUE COMPLEMENTAN LA ADQUISICIÓN**

Sentadas las diferencias entre los modos originarios y los derivados, de la que nos hemos ocupado más arriba, nos toca ahora determinar cuál va a ser el papel del título frente a cada una de estas clases de modos.

Ya hemos expresado y manifestado nuestro disenso con la norma anotada; pues sea el modo originario o derivado, siempre debe existir un complemento causal. Sin causa el modo no posibilita la constitución de ningún dere-

---

Ed. Zeus, Rosario 1975, pág. 119, 121. AREAN de DÍAZ DE VIVAR, Beatriz; “Juicio de Usucapión”, Bs.As. Ed. Hammurabi, 1984, pág. 297, 298. BEUCK de BANCHIO, Antonia del V.; “Efecto adquisitivo de la Usucapión Inmobiliaria” en Derecho Civil y Comercial – Cuestiones Actuales, Córdoba, Ed. Advocatus, 1990, pág. 291, 292.

<sup>72</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 56 a 59. VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica de la Constitución de los Derechos Reales y su Repercusión Registral”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994, pág. 195 a 197. VENTURA, Gabriel B.; “Acciones Reales”, en “Cuestiones esenciales en derechos reales”, Lexis Nexis, Bs.As. 2002. pág. 149, 150).

<sup>73</sup> SALVAT, Raymundo; “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General” 10º Ed. TEA, Bs.As. 1958, Actualizada por Víctor Romero del Prado, Tomo II, pág. 322. También MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Publicidad Registral”, 2da Edición Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 91.

cho real<sup>74</sup>. La causa o título es tan vital respecto de todos los derechos, sea cual fuere su naturaleza, que hasta podríamos expresar, a la manera de un proloquio latino: “No hay derecho sin causa” (“*Nulla iure sine causam*”).

La necesidad de una causa constituye una verdad irrefutable frente a los modos derivados. El propio Vélez se había encargado de especificarlo en el art. 2602 del Código derogado, cuando se refería a la tradición traslativa del dominio: “*La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio*”. Otro tanto hace el nuevo CCCN, en la misma norma que estamos analizando, y en el mismo primer párrafo, cuando “*...requiere la concurrencia del título y modo suficientes*”.

En materia de modos originarios, en cambio, la cuestión siempre fue más intrincada; pues encontrar el complemento causal en estos supuestos no resulta tan manifiesto desde el punto de vista práctico. No contábamos pues en el Código de Vélez, con una norma concreta que nos mostrara la vigencia práctica de la teoría del título y modo también cuando el modo fuera originario; lamentablemente igual ocurre en el nuevo CCCN.

Sin embargo, en nuestra opinión, para demostrar su funcionamiento también en este ámbito, bastará con clasificar adecuadamente los distintos tipos de causas. Así, haremos un distingo entre: causas específicas y causas genéricas.

**CAUSA ESPECÍFICA:** Hay causa específica cuando en el título de adquisición se concretan o determinan los sujetos y el objeto de la pretensión jurídico real. Ello ocurre con antelación o anterioridad a la efectiva constitución del derecho. Por ello explica muy bien Moisset de Espanés<sup>75</sup> que cuando el adquirente pretende transformarse en titular de un derecho real, comienza por hacer nacer en su favor un crédito, un derecho personal, por el cual, el vende-

---

<sup>74</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1983, Tomo I, pág. 265, dice: “*Todos los modos, sin excepción alguna, tienen en este sentido título. Para algunos modos, como la tradición, el título consiste en un negocio jurídico, para otros como la apropiación, (el título) reside en la ley(...)*” (Lo entre paréntesis es nuestro, la frase original del Maestro López de Zavalía, seguramente por error de tipeado, consgina “*el modo*”). Justo en una cuestión tan importante el tipógrafo de la editorial le jugó esta mala pasada. Tuvimos oportunidad de dialogar personalmente sobre el asunto con el Dr. Zavalía, en el momento de evaluar nuestra tesis doctoral, en el año 2005 en la Universidad Nacional de Córdoba, y él admitió el error y lo atribuyó al tipógrafo.

<sup>75</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; en su clase de concurso para la titularidad de la Cátedra de Derecho Civil IV, Reales (1986).

dor se transforma en deudor de la obligación de entregar (obligación de dar con el fin de constituir sobre la cosa derechos reales – art. 750 CCCN) para que, una vez cumplida la entrega quede, en definitiva, constituido a su favor el derecho real de que se trate<sup>76</sup>. Siempre, como se ve, las causas específicas procuran el cumplimiento de un modo derivado.

**CAUSAS GENÉRICAS:** Todo lo contrario ocurre con las causas genéricas de adquisición de los derechos reales. Las causas genéricas prevén supuestos fácticos que una vez cumplidos, producen la constitución del derecho real. Constituyen causas genéricas todos los casos previstos en ley de manera indeterminada en cuanto a cosas y sujetos adquirentes. Cuando el sujeto cumple el supuesto fáctico legal previsto como causa genérica de adquisición se constituye a su favor el derecho real. En definitiva, la causa genérica es siempre la ley. Así, las normas previstas para adquisición por apropiación (art. 1947 del CCCN); aluvión (art. 1959 CCCN); avulsión (art. 1961 CCCN); usucapión veinteañal (art. 1897 y 1899 CCCN); etc. constituyen causas genéricas y el modo complementario, en cada caso, será la conducta de un sujeto determinado que se coloca en dicho supuesto<sup>77</sup>.

Cuando los arts. 1897 y 1899 CCCN determinan que la posesión por veinte años hace adquirir el dominio de la cosa poseída, amén de aludir al modo (tal como surge de la letra del primer artículo citado) elabora una causa genérica de adquisición. Y cuando un sujeto determinado posee durante el plazo legal una cosa también determinada, se produce el modo complementario. En definitiva, según se ve, siempre las causas genéricas de adquisición requieren modos complementarios de carácter originario. Adviértase que al concretarse el modo (posesión más tiempo) se especifican o determinan el sujeto y el objeto sobre el cual recaerá el derecho.

Podríamos remarcar las siguientes diferencias entre las causas genéricas y las específicas.

---

<sup>76</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; "Teoría de los Contratos – Parte General", Bs. As. Ed. Zavalía, 1975, pág. 69.

<sup>77</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; "Derechos Reales", Ob.cit., Tomo I, pág. 264, refiriéndose más o menos al mismo fenómeno que aquí rescatamos, llama a estas causas "títulos norma individuales" (nuestras causas específicas) y "títulos norma generales" (nuestras causas genéricas).



- a) Las causas genéricas exigen modo originario como complemento. En las causas específicas el modo será siempre derivado.
- b) Las causas genéricas preexisten siempre a la pretensión adquisitiva; mientras que las específicas nacen al momento de dicha pretensión.
- c) Consecuencia de la diferencia anterior, es que en las causas genéricas están indeterminados los sujetos y la cosa motivo de la adquisición; mientras que en las específicas, cumpliéndose con la especialidad, se encuentran determinados “*ab initio*” el sujeto y la cosa.

Cabe reconocer, sin embargo, que aunque la consideramos incorrecta, la postura que sostiene que el título y el modo solo se dan cuando el modo es derivado ha sido la mayoritaria en la doctrina de nuestros tiempos. Así, leemos por ejemplo en Clerc, refiriéndose a la dicha teoría, que “...a nuestro entender su campo de aplicación se circunscribe al único modo suficiente que es la tradición”<sup>78</sup>.

En nuestra opinión, la idea aplicar la teoría solo a los modos derivados proviene de la ilustrada Tesis del Maestro Gatti; pero éste solo se refería a que no era conveniente distinguir dichos elementos en las adquisiciones originarias, porque en ellas, tanto el título como el modo se designaban con la misma palabra; pero este autor jamás negó la existencia del título y del modo, sólo le restó utilidad práctica. Así, explicaba el prestigioso autor, que el título “apropiación” sería también el modo apropiación; el modo “usucapión” da lugar el título con el mismo nombre, etc.

Una lectura de la bellísima tesis de Gatti nos ilustra adecuadamente sobre la evolución conceptual de este asunto del título y modo. Dice Gatti, luego de concluir que la citada teoría está hoy totalmente desprestigiada, que respecto de los modos originarios “(...) *no hay distinción que hacer entre título y mo-*

---

<sup>78</sup> CLERC, Carlos M.; “El Derecho de Dominio y sus modos de adquisición”, Ed. Ábaco, Bs.As. 1982, en pág. 122.

*do, que son aquí una misma cosa, pudiendo utilizarse, indistintamente, cualesquiera de esas palabras para indicar la causa de la adquisición del derecho”.*<sup>79</sup>

Es a causa de que en los modos originarios el título y el modo se confunden por las mismas palabras que los designan, que el citado autor argumenta que carece de sentido aludir a esa teoría respecto de los modos originarios. De nuestra parte creemos que mientras el tema quedara en el ámbito doctrinario, no hubiera generado mayores cuestiones; pero que un dispositivo legal ponga freno a la lógica de nuestra ciencia, y nos vea la posibilidad de teorizar sobre el mecanismo constitutivo de los derechos reales no puede de ninguna manera ser admitido.

De nuestra parte, como habíamos adelantado, creemos que nos proporciona coherencia dentro de la dinámica adquisitiva.

### **ESQUEMA GRÁFICO**

Esquematisando esta dinámica adquisitiva, advertimos que para las causas específicas el sujeto que quiere ser propietario de una cosa, comienza por hacer nacer un crédito a su favor, una obligación de dar una cosa cierta (art. 750 CCCN). Ese crédito, una vez cumplido por el deudor, produce la constitución del derecho real.

En las causas genéricas, en cambio, el sujeto adquirente protagoniza un supuesto ya normado, y el modo complementario (la actividad de colocarse en dicho supuesto) se mezcla entre el nacimiento del derecho y la causa misma; por eso Gatti sostenía, como habíamos expresado, que no era necesaria aquí la distinción entre el título y el modo<sup>80</sup>.

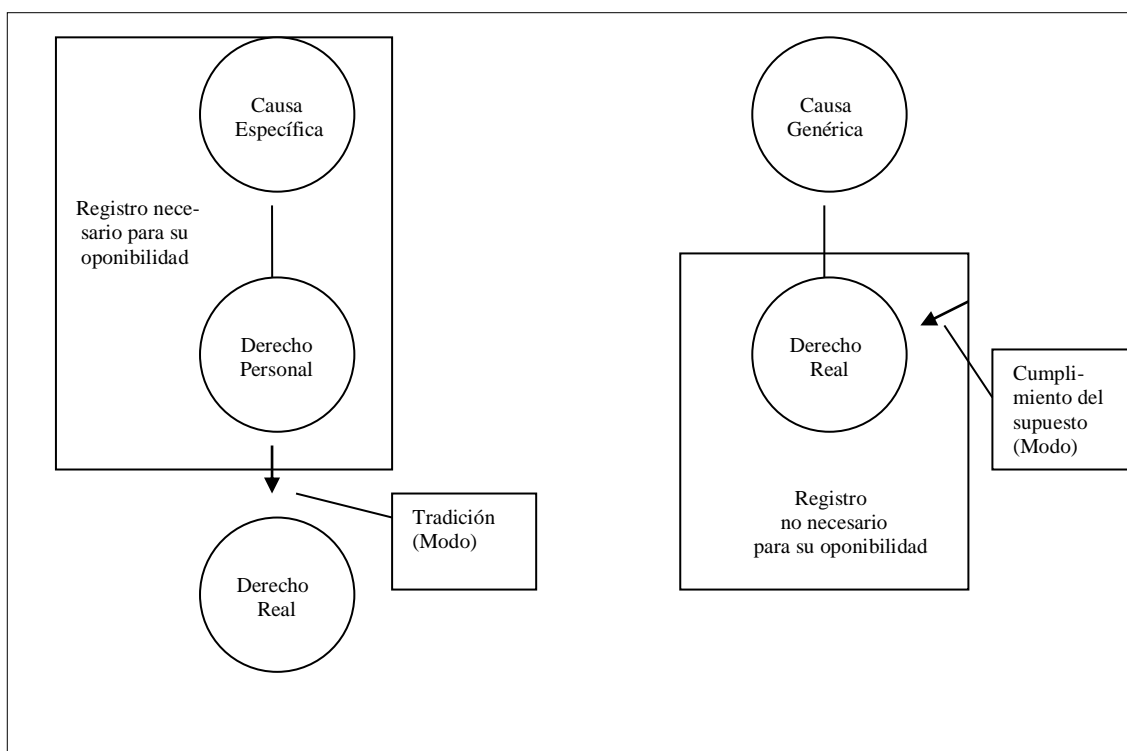
En el esquema que sigue, con un vector hemos representado al modo: la actividad del sujeto tendiente a constituir el derecho real. Dentro de los círculos se han colocado las causas unidas al nacimiento de cada derecho complementadas con la tradición. En cuanto a la registración en cada caso de adquisición derivada u originaria, la veremos vincularse en distintas instancias en este es-

---

<sup>79</sup> GATTI, Edmundo; “Derechos Reales – Teoría General”, Ed. Lajouane, Bs.As. 2006

<sup>80</sup> GATTI, Edmundo; Ob.Cit. pág. 242. Sin embargo, hemos notado en nuestras clases, lo didáctico que resulta para el alumno advertir que todo derecho real requiere título y modo. Entusiasma la coherencia del mecanismo que ilustramos en clase con el cuadro que más adelante se explica.

quema dinámico. Para las causas específicas la inscripción aparece, como necesario requisito de oponibilidad, en la primera y segunda etapa, involucrando la causa y el derecho personal que de ella habría nacido. Para las causas genéricas en cambio, la inscripción aparece involucrando la totalidad del derecho real y no tiene carácter necesario para su oponibilidad.



### LA TRADICIÓN COMO MODO

Para conceptualizar el modo tradición, debemos acudir a la parte del código en que se regulan las relaciones de poder o relaciones reales. En efecto a partir del art. 1922, se legisla sobre la adquisición de las expresadas relaciones de poder, y concretamente en el art. 1924 se define la tradición como modo de adquirir.

Dice la norma citada que *“Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la*

*cosa, los que no se suplen con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla”.*

Dos aspectos deben destacarse de la norma al procurar remarcar la diferencia con el concepto acuñado por Vélez en el dispositivo equivalente del Código derogado; es decir en el art. 2377. En primer lugar la nueva norma omite expresar, estimamos que inadvertidamente, que la entrega debe ser voluntaria, al igual que la recepción de la cosa, tal como decía el citado art. 2377 de Vélez (*“Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese”*). De nuestra parte no creemos que esta omisión genere ningún trastorno, pues el entregar lleva insita la idea de actuar voluntario; pero no faltará quien admita, por ejemplo, que también hay entrega cuando la acción sea consecuencia de un acto viciado de violencia moral (la denominada “vis compulsiva”).

Otra diferencia que debemos destacar entre el 1924 del CCCN y la norma derogada del 2377 de Vélez, es a favor del nuevo dispositivo. En efecto para el viejo Código la mera declaración de las partes no generaba efecto alguno, mientras que por imperio del 1924 del CCCN, hoy se produce el efecto traslativo entre las partes. En nuestra opinión ese ha sido un importante avance, como más adelante detallaremos.

### **DISTINTAS MODALIDADES DE TRADICIÓN – “LA TRADITIO CARTAE”**

Un tema interesante de las viejas normas de Vélez, era el principio consagrado en el art. 2378 de su código. Concretamente nos referimos a la negativa a otorgar valor a la llamada “traditio cartae” o “tradición escrituraria”, es decir la “entrega de la cosa” solo virtualmente mediante la sola declaración de las partes por vía contractual.

En la práctica ocurre con frecuencia, que en el momento de la transferencia por escritura pública, el enajenante declare que hace entrega de la cosa, y el adquirente manifieste que la recibe o que la tiene con anterioridad al acto.

Creemos pues, que esta cláusula, aun cuando en algunas oportunidades hubiere sido menospreciada por alguna doctrina y jurisprudencia, realmente

operaba la transferencia del dominio con efecto entre partes, y como consecuencia coadyuvaba enormemente a la idea de la cesión tácita de la acción reivindicatoria<sup>81</sup>.

Recordemos que Vélez, temeroso de caer en la costumbre romana de sustituir la verdadera *traditio* por símbolos (el puñado de *gleba* o el golpe de la *tegula*<sup>82</sup>), como había ocurrido en el devenir histórico del derecho romano, negó exageradamente toda eficacia a la sola declaración en el artículo 2378 del Código de su autoría, que literalmente expresaba que: *“La tradición se juzgará hecha, cuando se hiciera según alguna de las formas autorizadas por este Código. La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales”*.

Sin embargo y a pesar de la contundencia del art. 2378 del Código derogado, la jurisprudencia, en algunas oportunidades, ya había resuelto que, entre partes, la mera declaración tiene plena validez, pues se habría operado una tradición por “constituto posesorio”. Esta situación (el llamado “constituto posesorio”) está expresamente reglado hoy, en el nuevo CCCN, en el artículo 1923, respecto de la posesión, y en el artículo que estamos anotando, en su tercer párrafo, respecto de los derechos reales en general. Esta modalidad de tradición se da cuando un propietario transmite la posesión pero, al mismo tiempo que declara transferir, queda ocupando la cosa en carácter de tenedor, o como dicen las normas, constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

### **LAS TRADICIONES ABREVIADAS**

La ya citada “constituto posesorio”, junto a la tradición por indicación y la “traditio brevi manu”, son modalidades abreviadas de tradición. La primera ya fue explicada en los párrafos precedentes. En cuanto a la *“traditio brevi manu”*

---

<sup>81</sup> En nuestras clases enseñamos que, en su afán de instrumentador seguro, el notario no debe servirse de las figuras tácitas; ellas solo deben hacerse aplicables ante patologías u olvidos al momento de la redacción. En caso de transferirse un inmueble que se encuentra ocupado por un tercero contradictor, la cesión de la acción recuperativa debe redactarse en términos expresos y claros. Ver respecto a la transmisión de inmuebles ocupados por terceros contradictores, nuestro “Los Títulos Notariales y la Posesión”, en Anuario de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba, Tomo VIII, año 2003, pág. 37 a 62.

<sup>82</sup> El puñado de “gleba” (tierra) simbolizaba la entrega de un terreno baldío, mientras que se daba un simbólico golpe con una “tegula” (teja) cuando lo transferido era un inmueble construido.

se da justamente en el caso inverso; es decir cuando un tenedor adquiere el dominio sobre la cosa ocupada, y se transforma por dicha virtud en poseedor. Obviamente también aquí el legislador, por la lógica de los hechos y para evitar desgaste inútil, considera efectivizada la tradición sin necesidad de exigir una alteración fáctica de la situación. Ejemplo del supuesto se da cuando el locatario adquiere el dominio; pues bien el legislador no obliga al tenedor a abandonar la cosa en manos del vendedor para luego volver a ingresar. En ese caso la tradición se da por ya efectivizada, pero de manera abreviada.

Otro tanto ocurre en la tradición “por indicación”, que se da cuando quien tenía la cosa a nombre del poseedor comienza a ocuparla a nombre de un nuevo poseedor, obviamente porque el primero transfirió el dominio al segundo. En tal caso, como en los hechos ya está ocupando quien debería estarlo, bastará con la notificación informando sobre la mutación jurídica para considerarse producida la tradición de la cosa. Todos estos supuestos están previstos en las normas que aluden a la adquisición de los derechos reales en el art. 1892, del CCCN, tercer párrafo, y se reiteran luego en el 1923 al regularse la adquisición de las relaciones de poder.

Es importante tener presente, tal como de nuestra parte hemos explicado, que la tradición debe considerarse efectivizada, aun cuando se produzca por estas modalidades abreviadas, caso contrario se altera el mecanismo de la dinámica adquisitiva de los derechos reales. Sin embargo, las normas que las contienen, presentan el error conceptual de considerar que son supuestos de excepción a la necesidad de la tradición. Esta situación ya la advertíamos en la norma de Vélez que preveía los supuestos (art. 2387 CC). En efecto, tanto el artículo 1892, tercer párrafo, como el 1923 en materia de relaciones de poder, expresan respecto de estas modalidades, que “*no es necesaria la tradición...*”, cuando en verdad también en estos supuestos es menester el modo constitutivo tradición; pero este se manifestará de una diferente manera.

Decimos que no es la forma correcta de expresarlo, reiterándose el error de la vieja norma de Vélez, porque en nuestra opinión, lo que en verdad se ha querido decir es que no es necesario el traspaso material de la cosa, pero la tradición, aunque de manera abreviada, se produce. Se quiere evitar el absurdo de pretender que en los casos de “*traditio brevi manu*” el ocupante tenedor, para poder adquirir el dominio, deba desocupar la cosa para luego volver a in-

gresar, en presencia del transmitente; o en el “constituto posesorio” que el transmitente entregue físicamente la cosa, para tomarla nuevamente al instante, pero ya con “*animus detinendi*”. Ello constituiría toda una parodia que, en honor a la seriedad del sistema, se ha pretendido evitar. Pero reiteramos que la tradición se produce, solo que de una manera abreviada.

Para más, hay que tener en cuenta que el tema no era trivial en la vieja legislación, considerando el caso tan frecuente en los negocios inmobiliarios en los que el transmitente queda ocupando el bien un tiempo para preparar su mudanza o adquirir otra vivienda (“constituto posesorio”), protagonizando un verdadero contrato de comodato, por el cual el nuevo dueño presta al vendedor el inmueble por treinta o sesenta días. El comodato era en el código derogado un contrato real, según lo decía expresamente el art. 2255<sup>83</sup>, y como tal, exigía la entrega de la cosa para quedar perfeccionado. Pues bien, con motivo de la aplicación del “constituto posesorio”, varios resolutive judiciales equivocadamente en nuestra opinión, habían determinado que el comodato no habría quedado constituido por falta de tradición, lo que obviamente no había sido un efecto querido por la ley. Hoy esta situación, al menos respecto del comodato, ya no presenta ese riesgo, puesto que en el art. 1533 se define el comodato como contrato consensual.

Por ello siempre hemos sostenido que en estos casos de tradiciones abreviadas la norma debería decir: “Hay también tradición 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...”. Solo se quiere evitar la parodia de la que hablábamos más arriba, pero no la exigencia de la tradición, que no presenta excepción dentro de la dinámica adquisitiva, tanto en el Código de Vélez (art. 577), como en el nuevo CCCN (art. 750).

En el ámbito notarial hemos dado en designar a esta parte de las estipulaciones como “cláusula traditoria”<sup>84</sup>. Sea que se entrega la cosa en la realidad

---

<sup>83</sup> Art. 2255 del Código Civil derogado: “Habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla”.

<sup>84</sup> En el Código Civil Español, art. 1462, la “*traditio cartae*” tiene sanción legislativa y funciona de manera automática, tanto entre las partes como respecto de terceros. En la norma citada se prevé que si el acto traslativo ha sido formulado en escritura pública, esta escritura hace las veces de tradición, salvo que se hubiese estipulado expresamente que no se hace tradición. Remarquemos que hoy, en el nuevo art. 1924 del CCCN, tal como explicamos en el texto, la

de los hechos en el mismo acto notarial, sea que se la posponga por un plazo determinado, siempre estaremos en esta parte del acto que denominamos de esa forma.

Pues bien, hemos expresado que el negar todo valor a la mera declaración constituía una verdadera exageración por parte del Codificador en el art. 2378. En efecto, tanto doctrina como jurisprudencia perfilaron algunos efectos para las tales declaraciones.

En primer lugar es evidente que la posibilidad expresamente reglada de las tradiciones abreviadas, solo puede funcionar en el mundo de las palabras, de las declaraciones de las partes, por lo que no sería dable negar todo efecto a las mismas. Tal como explicábamos párrafos más arriba, en lo fáctico el vendedor quedó ocupando la cosa y el comprador no tuvo contacto con ella. No podemos pretender la salida de la casa por el “tradens” y la entrada del “accipiens”, para luego dejar ingresar nuevamente al vendedor, ahora devenido en tenedor de la cosa. Ya remarcamos lo absurdo de una regulación que así lo exigiera. Esta tradición sería solo virtual, aunque no podemos negar que no tendría efecto alguno respecto de terceros.

En un segundo lugar, es evidente que “*inter partes*” el efecto de las declaraciones será pleno. Los contratantes no podrán negar su voluntad de considerar entregada y recibida la cosa, entre vendedor y comprador respectivamente. Es la llamada “teoría de los propios actos” que impide negar lo que previamente se ha afirmado, o se ha inducido a hacer creer<sup>85</sup> (“*venire contra factum proprium nulli conceditur*”). Este natural efecto jurídico, tal como afirma Borda, no está fuera de la esfera del principio rector de buena fe<sup>86</sup>, consagrado de manera contundente en el nuevo CCCN, en el art. 9.

Por otra parte, reafirmando lo expresado, también hace lo suyo en cuanto a impedir la negación de lo afirmado (que la cosa se entregó y que se recibió respectivamente) el llamado “principio de incolumidad”. Este principio se encontraba ya consagrado en el art. 992 del Código de Vélez, y hoy aparece en el

---

declaración de las partes tiene plenos efectos entre ellas, mas no respecto de terceros, como había reiteradamente resuelto la jurisprudencia.

<sup>85</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La Doctrina de los Actos Propios”, en Comercio y Justicia, Córdoba, Nº 13607, 1978: “...repugna al más elemental sentido de justicia el que un litigante pretenda maliciosamente negar lo que antes ha afirmado...”.

<sup>86</sup> BORDA, Alejandro; “La Teoría de los Actos Propios”; Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 2000, pág. 59 a 64.



art. 297 del CCCN, que dice: *“Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia”*.

Básicamente podemos aproximarnos a este principio, aplicando el sentido que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española sobre la palabra “incólume”, que significa “Sano, sin lesión ni menoscabo”; lo que relaciona al supuesto normado, viene a expresar que el documento no sufre daño alguno, en cuanto a su valor probatorio, frente al hecho de que los testigos o el oficial público autorizante se desdigan de lo dicho en él. La norma, en definitiva, impide que se modifique o contradiga en alguna medida lo que se ha expresado en el instrumento público.

Lamentablemente este principio aparece en el nuevo Código con la misma falencia con la que ya lo encontrábamos en el de Vélez. Se menciona a los testigos del instrumento público y al oficial público que lo autoriza, pero se omite a las partes, que son los principales protagonistas del acto instrumentado. Por ello creemos que la norma debe ser objeto de una adecuada interpretación, con la ayuda de la nota que incluyera Vélez al pié del dispositivo equivalente, el art. 992 de su código, que aludía expresamente a las partes.

Efectivamente, en la segunda parte de la nota al citado artículo, Vélez expresaba que *“...cuando las partes hacen extender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que más tarde no venga a ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de orden público, está la sanción de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan forma al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes”*.

Por otra parte debe entenderse que si la norma veda al notario y a los testigos variar o contradecir lo declarado en oportunidad del otorgamiento del instrumento público, con mayor razón (“a fortiori”) les estará prohibido a las partes involucradas en el acto hacerlo; ya que éstas asumen un papel más protagónico que los nombrados en el dispositivo.

En definitiva, conforme a lo expresado, la norma no debe aplicarse solo a los sujetos mencionados en el dispositivo, sino a cualquiera de los presentes en el acto, sean partes o simples presentes.

Se entiende que quien efectúa una declaración formal por instrumento público, advierte la seriedad de su declaración, y no sería dable admitir una actitud impulsiva de suscribirlo sin el conocimiento acabado, como para tolerar luego el arrepentimiento de su declaración. En su explicación, Vélez exalta adecuadamente la importancia de la forma, pues coloca a los sujetos contratantes en alerta respecto de la importancia del acto que están protagonizando. En nuestro caso, si el vendedor dijo que entregaba y el comprador que recibía, no es aceptable que luego nieguen estas manifestaciones; ello aun cuando involucren aspectos que no están amparados por la fe pública, tal como ocurriría con las cláusulas enunciativas indirectas (art. 296 del CCCN, inc. b)<sup>87</sup>.

Por nuestra parte consideramos que, si bien es cierto que debe exteriorizarse la tradición posesoria -excepción hecha de los supuestos abreviados a los que ya nos hemos referido- debe también atenderse al principio de la buena fe de las partes y obligárselas en consecuencia, al menos entre ellas, al total cumplimiento de las estipulaciones que en el acto se hubiesen previsto.

La exteriorización posesoria, efectuada por hechos materiales del traspaso de la posesión, era una exigencia establecida sólo como defensa de intereses ajenos al contrato, no para regular la relación entre las propias partes. Si una de ellas manifestaba de manera expresa que había entregado la posesión de la cosa, y luego se advertía que seguía en la misma situación de hecho, esa relación fáctica no podía ser más que de mera tenencia, en atención a su declaración de cambio en el ánimo posesorio inserta en un instrumento público.

Al venderse y afirmarse en la escritura de venta que se había entregado la posesión, con ello se estaba tácitamente efectuando un “constituto posesorio”<sup>88</sup>, si se continúa luego en relación de hecho con la cosa vendida.

---

<sup>87</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2016, nota al art. 297, pág. 262 a 264.

<sup>88</sup> Raymundo M. SALVAT, “Derechos Reales”, Ob. Cit. Tomo I, Nº 123, p. 107. Cam. 2ª La Plata, fallo del 9 octubre 1961, L.L. 65-47: “La cláusula de la escritura traslativa del dominio por la cual el adquirente declara hallarse en posesión

No era necesaria una declaración formal que estipulara o estableciera el “constituto posesorio”, y tampoco se hacía menester un documento separado, distinto del acto de transmisión. Entre las partes, pues, dicha manifestación implicaba haber efectuado la tradición por vía del “constituto posesorio”, siempre que esa circunstancia no perjudicara a terceros y que en el momento de efectuarse la declaración el que entregaba la posesión estuviese efectivamente en dicha relación real con la cosa.

El artículo 2378 del Código derogado, al eliminar en términos categóricos y demasiado generales, todo efecto a la tradición escrituraria, debía entenderse que lo hacía solo en cuanto a que el que la efectuaba carecía de posesión y no podría así, por vía de una mera declaración, entregar aquello que no tenía (artículo 3270 del Código derogado y art. 399 del nuevo CCCN) en perjuicio de terceros que eran los que estaban poseyendo, y con respecto a quienes debería exteriorizarse el intento de transmisión posesoria<sup>89</sup>.

En el nuevo Código Civil y Comercial la duda ha sido zanjada definitivamente, puesto que, como ya hemos expresado, el art. 1924 que define la tradición, expresamente admite la plena eficacia de la sola declaración entre las partes del contrato.

### **LA TRADICIÓN EN LAS SERVIDUMBRES ACTIVAS**

Al igual que en el Código de Vélez (art. 2977) en el art. 1892 del CCCN, quinto párrafo, se establece que el primer uso que se haga de las facultades que conceda la servidumbre, sea predial o personal, hará de tradición. Quiere decir, conforme a la exigencia de los dos elementos constitutivos que, aunque se hubiere ya dado la causa o título constitutivo de la servidumbre, hasta que no se produjo el primer uso, no ha quedado constituida.

Lo dicho no es solo una lucubración teórica; presenta una consecuencia práctica importante. Por ejemplo, si imaginamos una servidumbre pactada pero aún no utilizada ni una sola vez, y luego el titular del fundo sirviente impide su

---

del inmueble, es suficiente para acreditar entre las partes que se ha hecho la tradición, pues importa una confesión del hecho a que se refiere”.

<sup>89</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B.; “La Tradición Escrituraria”, en Zeus, Tomo 40, J-50.

ejercicio, ante esta situación el adquirente de la servidumbre no tendrá la acción confesoria que naturalmente se le concedería como titular de una servidumbre impedida (art. 2264 del CCCN), pues no hay derecho real le dé legitimación a esos efectos. Ese adquirente solo tendrá la acción personal emanada del contrato (art. 959 del CCCN) y de las obligaciones de él nacidas (art. 724 CCCN).

Si nos atenemos a la letra del nuevo CCCN y a la intención de los legisladores, solo podríamos hablar de modo tradición respecto de las servidumbres, pues no aparecen en él la constitución por destino del padre de familia (arts. 2994 a 2996 del Código de Vélez). Tampoco pareciera tolerar una usucapión, respecto de una servidumbre; pues como ya hemos criticado en su oportunidad el art. 1891 y su mal hadado segundo párrafo, al parecer el ejercicio de una servidumbre no implica poseer el inmueble sirviente.

Sin embargo, en nuestra opinión, ambas posibilidades podrían darse. En efecto, creemos que correspondería considerar el destino del padre de familia como modo constitutivo; es decir cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado a servidumbre, en los hechos, una de las parcelas a la otra, y luego enajena una de las fracciones sin hacer mención alguna a la citada servidumbre. Aun en estos casos, decíamos, a pesar del silencio de la nueva ley, por aplicación del artículo 1 del CCCN, se hacen aplicables los usos, prácticas y costumbres, cuando la situación no está reglada expresamente. Nadie puede negar que el Código de Vélez ha dado lugar a los usos y prácticas que menciona el dispositivo.

En cuanto a la usucapión de una servidumbre activa por la utilización durante el plazo legal de veinte años (art. 1899 CCCN), advertidos del error del segundo párrafo del art. 1891, según ya hemos explicado, no podríamos en nuestra opinión, negar el efecto de la posesión generando el derecho por usucapión. Por otra parte podemos aplicar el mismo fundamento que el que hemos explicado para la constitución por destino del padre de familia, ya que el art. 3017 del Código de Vélez, modificado por ley 17.940 expresamente preveía el supuesto cuando la servidumbre fuera continua y aparente.

## **EL MODO EN LOS BIENES CON REGISTRACIÓN CONSTITUTIVA**

En el cuarto párrafo del art. 1892 CCCN, se regula el modo exigido cuando se trata de derechos reales que recaen sobre bienes registrables; es decir las previstas en el art. 1890, al que ya nos hemos referido. Pues bien si el registro resulta constitutivo sin dudas el recaudo de la inscripción sustituye lisa y llanamente a la “*traditio*”. Ello ocurre al punto tal que hasta se llega a hablar de “*traditio inscriptoria*”. En consecuencia cuando la registración es constitutiva se haya hecho o no entrega del bien, si el registro es constitutivo no se habrá operado el traspaso del derecho. Se encuentran en este sistema, según ya dijimos en su oportunidad, los automotores y los caballos pura sangre de carrera. Remitimos para completar este punto a lo ya expresado en oportunidad de analizar el art. 1890, en esta misma obra.

### **LAS ADQUISICIONES POR CAUSA DE MUERTE**

Finalmente, el último párrafo del art. 1892 se refiere a las adquisiciones por sucesión hereditaria o por vía de legados testamentarios. La norma remite para la regulación de estos casos al libro quinto, a partir del art. 2277.

En los casos de adquisición “*mortis causae*” no será menester pues la exigencia del título y del modo. Es menester recordar que los herederos ocupan el lugar del causante desde la muerte de éste, y son propietarios, acreedores o deudores de todo lo que el causante era propietario, acreedor o deudor. Ya lo decía así el Código de Vélez en el art. 3417, y hoy hace lo propio el art. 2280 del CCCN, complementado con el art. 2337 del mismo cuerpo legal. Adviértase que hasta podría el heredero ignorar qué bienes pertenecían a su causante, y ello no le impedirá hacerse propietario. Por ello consideramos acertada la remisión de la norma; la adquisición en estos casos no opera por título y modo, sino automáticamente por modificación del sujeto titular.

Obviamente, una vez declarados judicialmente, según exigencia del art. 2337 del CCCN, los herederos pueden transferir los bienes de la herencia, justamente por ser propietarios desde la muerte del causante. Es por ello que, también el sistema registral posibilita efectuar dicha transferencia sin haberse-

les adjudicado los bienes, mediante la modalidad del tracto abreviado prevista en el art. 16 inc. b) de la ley 17.801<sup>90</sup>.

**ARTÍCULO 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.

Concordancias con el Código derogado: Art. 594, 2505, 3134, 3135, 3136, Art. 1 Dto. Ley 6582, Art. 9 Ley 13512, Art. 5 Ley 25509, Art. 1, 2, 3 y 20 Ley 17801.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

### **LA PUBLICIDAD SUFICIENTE**

En nuestra opinión, tanto vale decir: “ese derecho no me es oponible” como: “el acto jurídico por el cual ese derecho habría nacido, para mí no existe”. Por ello Moisset de Espanés, refiriéndose al Registro Inmobiliario, aclara que “(...) si falta la inscripción los terceros interesados podrán actuar como si la titularidad todavía no se hubiere transferido”<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Tracto Abreviado Registral”, ob. cit. Pág. 220.

<sup>91</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La Transmisión del Dominio y otros Derechos Reales en la Reforma del Código Civil”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, España, Madrid, 1981, Nº 544, pág. 397.

De ello concluimos válidamente que, la oponibilidad o inoponibilidad de los derechos, producirá, para un sector de la comunidad, la existencia o no de los mismos con sus lógicas consecuencias sustanciales.

En un sistema registral de derechos sobre bienes, sea con efectos constitutivos o declarativos, la plenitud y eficacia misma del derecho real dependerá pues de su registración.

Pero en el art. 1893 del CCCN se regulan en forma general los efectos de la publicidad; por ello aparecen en su contenido tanto la publicidad posesoria como la registral. La diferente naturaleza de estos dos sistemas publicitarios exige normas concretas que den solución a los posibles conflictos que puedan plantearse cuando ellas difieran; es decir cuando uno sea el derecho pregonado en los asientos registrales, y otro sea el efectivamente poseído.

Ocurre que el esquema que hemos esbozado al anotar la norma precedente, en el que juegan el título y el modo dentro de la dinámica adquisitiva de los derechos reales, aparece la necesidad de la publicidad para su plena oponibilidad, la situación se vuelve más complicada. Ya son tres los elementos que pueden llegar a entrar en colisión: el título, el modo y la publicidad. Como podemos advertir la norma acuña una nueva expresión técnica “publicidad suficiente” que, a la manera de otras (“título suficiente”, “modo suficiente”) exige un acotado concepto como toda expresión técnica.

La norma mejora considerablemente el sistema que había quedado conformado en el Código derogado luego de la reforma por ley 17.711 y de la sanción de la ley 17.801, pues el art. 2505 solo nos hablaba de publicidad registral. Recordemos que para Vélez, por los motivos expuestos en la nota al Título XIV de la hipoteca (mal llamada nota al art. 3203)<sup>92</sup>, el único derecho real registra-

---

<sup>92</sup>Decimos “mal llamada” porque en verdad la nota había sido destinada al final del título XIV. MOISSET DE ESPANES, Luis.; “Publicidad Registral”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 356, explica que cuando Vélez insertó la nota al título catorce, unió un pliego en el que de su puño y letra había agregado su opinión sobre la publicidad registral, “(...) separándola del resto del título con una raya colocada en la cabecera de la primera página de ese pliego”. Pues bien esa raya colocada al comienzo de una hoja a cambio del final de la anterior, pasó desapercibida por los tipógrafos de las primeras ediciones y es así como todavía en las últimas ediciones del Código de Vélez podían apreciarse distintas versiones sobre la verdadera ubicación de la nota. Creemos que luego de estas investigaciones de Moisset de Espanés y habiendo personalmente también corroborado en los manuscritos la línea al comienzo del pliego que comenta este autor, no puede ya dudarse que el destino de la nota fue explicar, al final del título catorce, los motivos de Codificador al pronunciarse por la negativa a establecer un sistema de publicidad registral en el País.

ble era la hipoteca, pues al no exigirse en éste la entrega de la cosa (art. 3108 del Código derogado), no se generaba la necesaria publicidad.

En el nuevo CCCN, en cambio, se coloca casi en paridad, la posesión y la registración. Sin embargo hay una natural tendencia a hacer prevalecer la posesión por sobre la registración. En efecto, hasta en los boletos de compraventa, por ejemplo, el tan frecuente conflicto entre el adquirente por boleto privado y una medida cautelar es resuelto en el art. 1170 del CCCN a favor del titular por boleto, si se cumplen las condiciones exigidas en la norma, entre las que se encuentra la publicidad del boleto, sea registral o sea posesoria. Así, la medida cautelar debidamente registrada, cede pues ante el adquirente por boleto con posesión.

Más allá de la situación puntual del adquirente por boleto de compraventa de un inmueble, que estimamos se ha salido de quicio y se le ha otorgado excesiva protección<sup>93</sup>, estamos de acuerdo si, en que, en general, frente al conflicto entre posesión e inscripción debemos estar proclives a favor de la posesión. Lo menos que puede pedirse a un adquirente honesto, es verificar el estado de la cosa antes de la suscripción de cualquier contrato referido a ella. Sin embargo el criterio que ha prevalecido en cuantos encuentros se han dado sobre el tema es considerar la prioridad temporal de cualquiera de ellas. Concretando prevalecerá la que se hubiere dado antes en el tiempo, sea la posesión o la inscripción.

Obviamente si la registración, por la naturaleza de los bienes, tiene efectos constitutivos, ésta no solo cumplirá un fin publicitario, sino que, como vimos al anotar la norma anterior, lisa y llanamente sustituye el modo. A ello obedece el tercer párrafo de la norma bajo análisis.

### **INCIDENCIA DE LA BUENA O MALA FE**

Corresponde igualmente destacar que los tres citados elementos que constituyen y dan plena eficacia a los derechos reales: título, modo y registración, resultan todavía incompletos para determinadas situaciones, pues debe-

---

<sup>93</sup> VENTURA, Gabriel B.; “El boleto de compraventa frente al embargo del vendedor”, en JA, 2012 – III, Fascículo 6 (8/8/2012).



rán conjugarse también con un elemento mucho más subjetivo, y por ende de difícil probanza, que es el principio de buena fe. El adquirente y el transmitente pues, deben haber obrado con absoluta probidad y creencia respecto de la legitimidad del derecho del que se trate. Este principio de buena fe tiene tanta entidad, tanto en el Código derogado, como en el nuevo CCCN, que prácticamente podríamos decir que llega a modificar, en algunos casos, la misma dinámica adquisitiva. En efecto, aun con título y modo un “propietario” deja de serlo por el solo hecho de saber o haber podido saber que otro sujeto tenía una mejor posición. Va de ejemplo ideal para explicar este el viejo art. 594 del Código de Vélez que expresaba: *“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”*.

Es la aplicación del sabio brocardico romano *“malitatis hominum non est indulgendum”* y aparece en el cuarto párrafo de la norma analizada. En efecto, mejorando en mucho la norma del art. 20 de la ley 17.801, respecto de la publicidad registral, incluye de manera expresa, no solo a las partes, al instrumentador y los testigos del acto, sino también a toda persona que hubiere tomado conocimiento del acto no registrado. Elogiamos esta ampliación que, aunque la doctrina ya lo había destacado<sup>94</sup>, requería, para mayor seguridad, la expresa contemplación legal.

El conocido registralista español González y Martínez explica esta situación muy didácticamente, cuando dice que la protección registral *“(...) carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud o deficiencia del Registro*

---

<sup>94</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Dominio de Automotores y Publicidad Registral”, Ed. Hammurabí, Bs.As. 1981, pág. 205. “Nos podemos preguntar si no sería extensiva esta oponibilidad, pese a la falta de registración, contra todos los terceros que tienen conocimiento efectivo del acto, aunque no hayan intervenido en él, basándonos en el principio de la buena fe, que debe inspirar a todo ordenamiento jurídico.” MOISSET DE ESPANÉS; Luis y VACCARELLI, Horacio; “Sistema Registral Inmobiliario”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1994, pág. 160. “(...) tampoco podrá prevalecerse de la falta de publicidad cualquier persona que tenga conocimiento efectivo del acto, pues la enumeración allí contenida no es taxativa”. CORNEJO, Américo A., “Derecho Registral Inmobiliario”, Ed. Astrea, Bs.As. 1994, Pág. 39. VENTURA, Gabriel B. “La comunicación de subasta y el tercero registral”, Lexis Nexis, Córdoba, N° 7, Octubre de 2006, pág. 667 y 668. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble...”, Ob. Cit. Pág. 341.

*y, lejos de haber sido inducido a error por sus declaraciones, trata de conquistar la ventajosa situación del titular inscripto*<sup>95</sup>.

## **EL TERCERO INTERESADO EN MATERIA DE PUBLICIDAD REGISTRAL - EL TERCERO REGISTRAL**

Un punto que merece especial comentario, es la referencia al “tercero interesado” al que alude el primer párrafo del art. 1893 CCCN; pues en verdad, no creemos que se refiera al tercero que ya se mencionaba, tanto en el art. 2505 del Código derogado, como en los arts. 2 y 22 de la ley registral 17.801.

En el ámbito registral, en general, había acuerdo doctrinario en cuanto a denominar “tercero registral” al sujeto al cual hacía referencia el viejo art. 2505 del Código Civil, modificado por ley 17.711<sup>96</sup>, hoy previsto en el primer párrafo del art. 1893 del CCCN. Remarcamos que aquí nos estamos ateniendo solo a la publicidad registral, dado que la posesoria, también mencionada en la norma bajo análisis, trabaja con otros mecanismos, atendidos más a la cuestión puramente fáctica.

Creemos que se trata de un tercero bien diferente del que surgía de las normas del Código Civil e incluso del concepto de tercero que campea en el nuevo CCCN. Con el calificativo de “registral” agregado al tercero, se intenta perfilar el verdadero sentido que debemos atribuirle a dicha expresión. Ya en doctrina se venían esgrimiendo distintas posturas.

De nuestra parte seguimos opinando, a pesar de que el art. 1893 lo designa como “tercero interesado”, que no es el tercero del que nos hablan los

---

<sup>95</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo; “Principios Hipotecarios”, Editorial de Asociación de Registradores de la Propiedad”, Madrid, 1931, pág. 188.

<sup>96</sup> No es exacto que el término “tercero registral” haya sido acuñado por Adrogué, como pareciera surgir de la obra de Cornejo, (Derecho Registral Inmobiliario, ob. Cit., pág. 37). La doctrina española, refiriéndose a idéntico supuesto, trata el tema del “tercero hipotecario”, por supuesto que con distintos efectos que en nuestro sistema. Por otra parte, el propio Adrogué, Manuel, en su obra “El Tercero Registral”, en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs.As. 1979, pág. 290, explica que el tema ha sido estudiado por numerosos autores extranjeros, entre ellos cita a Fernando Campuzano y Horma, “Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria”, Madrid, Ed. Reus, 1925, pág. 479 y Angel Cristóbal Montes en “El tercero registral en el derecho venezolano”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas 1967.

arts. 1021 y 1022 del CCCN que establece el principio que determina que “nadie puede contratar por otro” (“*stipulare alteris nemo potest*”), que los contratos no pueden perjudicar ni obligar a terceros (“*res inter alios acta*”). Este concepto de tercero, perfilado en las normas citadas, es el que campea en general en toda la legislación cuando solo se expresa lacónicamente la palabra “tercero”, aquel sujeto ajeno por completo a una relación jurídica.

Llegamos a esta conclusión partiendo, amén de la norma que estamos analizando, la del artículo precedente, y de los arts. 2, 20 y 22 de la ley 17.801. Solo mediante el análisis integral de los citados dispositivos, a las que debe agregarse, aunque no tenga contenido registral ni posesorio, la que determina efectos sustantivos al exigir el ejercicio de los derechos de buena fe (art. 9 del CCCN), llegaremos a brindar el justo concepto de tercero al que apunta el primer párrafo del art. 1893.

Una primera idea, efectuando una apreciación muy superficial, sería sostener que el tercero del art. 1893 del CCCN podría ser cualquier miembro de la comunidad, salvo, por supuesto, por expresa exclusión legal, los precisos sujetos previstos en la misma norma.

El “tercero” que propugna esta postura, que no se diferencia en nada del simple tercero del CCCN, es un tercero pasivo. Basta pues con que no haya participado del acto, para protagonizar el supuesto. No se le exige ninguna diligencia formal ni especial de ningún tipo; con no haber participado de la mutación del derecho de que se trata ya, respecto de él el acto se tornaría inoponible.

Creemos que sostener esta tesitura hace carecer de sentido y fundamento los sistemas de registración declarativos<sup>97</sup>. Si hasta no estar registrado el derecho no es oponible a ningún miembro de la comunidad (excepción de los previstos en el art. 1893 del CCCN y 20 de la ley 17801) ¿cómo sostener que el derecho ya existe? Se habría transformado la inscripción en un elemento constitutivo del derecho, y ya hemos expresado que salvo para los casos expresamente previstos (automotores y caballos pura sangre de carrera) las inscripciones en nuestro País son solo declarativas.

---

<sup>97</sup> CORNEJO, Américo A. “Derecho Registral Inmobiliario”; Ed. Astrea, Bs.As. 1994, pág. 37.

¿No es acaso esencial del derecho real, como todo derecho absoluto, la oponibilidad “erga omnes”? Pues bien, si el derecho no será oponible a toda la comunidad tiene poco o nada de derecho real. Por otra parte esta idea resulta también contraria a la unánime opinión respecto a que en un registro declarativo el derecho nace fuera del registro, sólo con el cumplimiento del título y el modo. De aplicarse esta solución el derecho real no registrado resultaría un derecho vacío y carente de uno de los elementos esenciales de todo derecho: la oponibilidad (“*Omnia iura oppositum est*”).

Una segunda opinión sobre el tema, que hoy seguiría la letra de la ley, sostiene que el tercero al que alude el art. 1893 del CCCN no sería cualquier tercero, sino el “tercero interesado”, asimilándose al simple tercero del que nos hablaba ya el Código Civil y reitera hoy el CCCN, pero que tiene una especial prerrogativa (el interés) sostenida en la mutación jurídica de cuya oponibilidad estamos hablando. Así concluiremos que, para esta postura, sostenida entre otros por Alterini<sup>98</sup>, el derecho real no inscripto no será oponible a quien de buena fe desconozca las falencias registrales: inscripción errada o situación no inscripta, y que se vería perjudicado si el sistema pretendiese oponérsela.

El tercero registral será entonces, siguiendo este criterio, todo tercero que no conozca la mutación jurídico real o medida precautoria y que tuviese una expectativa que se frustraría si prevaleciera el derecho no inscripto. Así, podemos mencionar a manera de ejemplo un sucesor particular de un derecho no inscripto; titulares de otros derechos reales; o los acreedores de la masa en los concursos o quiebras.

Por último, hemos sostenido junto a destacada doctrina<sup>99</sup>, que el tercero registral es aquel que, ignorando la situación real (error registral o falta de registración) ha obtenido “colocación registral”. Esa colocación o emplazamiento registral puede estar dado por la inscripción de un dominio u otro derecho real, como así también por cualquier tipo de medida precautoria. Respecto de ese tercero pues, y sólo a su respecto el derecho o medida no inscriptos no existen

---

<sup>98</sup> ALTERINI, Jorge H. “Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil” en E.D., 43-1181.

<sup>99</sup> ADROGUE, Manuel I., Ob.Cit., pág. 300 a 302. VENTURA, Gabriel B. “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 81 y ss. VENTURA, Gabriel B. “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble...” Ob. Cit. Pág. 339 y ss.

por lo que no le son oponibles<sup>100</sup>. Advertimos así que, amén de ser tercero interesado, conforme a la postura anteriormente esbozada, exigimos que dicho interés quede probado no sólo con el derecho en expectativa que deberá probar, sino que esa prerrogativa debe haber “dejado huella” en la hoja registral, mediante un asiento cualquiera.

Podemos ejemplificar con el acreedor hipotecario o un adquirente del dominio que, por circunstancias determinadas no ha registrado el derecho real de que se trate; así, un tercero que embargue, ejecutará su crédito ignorando el gravamen o la mutación real generada pero sin reflejo registral. Creemos, a pesar de la letra de la ley, que es esta la postura correcta por adaptarse más lógicamente con la integridad de nuestro sistema registral<sup>101</sup>.

El derecho nace pues fuera del registro con sólo título y modo y, con esos elementos constitutivos, ya es oponible “erga omnes”, salvo frente a quien, de buena fe, amparado por la fe pública que emana de los asientos registrales y la presunción de exactitud de éstos, basa su expectativa jurídica en lo que el registro pregona, y logra así la colocación de la misma en los asientos registrales.

Así, por ejemplo, el acreedor hipotecario que acepta en garantía un inmueble que en realidad el deudor o constituyente ya había transferido, pero dicha transferencia no surgía de ningún asiento registral, sería pues un tercero registral si de buena fe, es decir desconociendo la maniobra del titular registral, logró inscribir su derecho real hipotecario. A ello alude García Coni cuando expresa que “(...) *el tercero referenciado por la ley nacional de registros inmobiliarios, tanto para ser preferido como para ser desplazado (o postergado) es alguien que por vía de la rogatoria penetra en la intimidad del registro*”<sup>102</sup>. De nuestra parte agregamos también la necesidad de que dicha rogatoria quede plasmada en un asiento.

---

<sup>100</sup> LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1989, Tomo 1, pág. 162. Expresamente manifiesta su oposición a esta interpretación: “El art. 2505 para nada establece ese requisito, y creemos preferible la doctrina a tenor de la cual lo no inscripto es inoponible al tercero, trátase o no de un tercero registral”.

<sup>101</sup> PEREZ LASALA, José L. “Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Depalma, Bs.As. 1965, pág. 25. Dice: “El tercero para nuestra ley tiene que ser necesariamente aquel que se relacione con el acto o contrato inscrito, no sólo por haber adquirido derechos reales, sino por ostentar derechos de crédito con repercusión registral (...)”. Debe tenerse presente que esta opinión la manifiesta el autor, antes de la sanción de la ley 17.801.

<sup>102</sup> GARCÍA CONI, Raúl R. “¿Qué inscriben los registros inmobiliarios?”, en “Estudios de Derecho Civil” (Homenaje a Moisset de Espanés), Ed. Universidad, 1980, pág. 690.

En síntesis, en nuestra opinión, conceptuamos al tercero registral, en los siguientes términos: Es tercero registral quien, de buena fe, desconociendo la mutación extra registral, opera sobre el bien (lo embarga, acepta una hipoteca o lo compra) ateniéndose al contenido del asiento y su pretensión logra colocación registral. El sistema tutela su actuación por haberse amparado en las constancias registrales de buena fe y permite que prevalezca su derecho por sobre los que no se han registrado oportunamente, en aplicación del art. 22 de la ley 17.801. Sólo a estos supuestos se debería referir, en cuanto a publicidad registral respecta, el art. 1893 del CCCN, el art. 2 y 20 de la ley 17801<sup>103</sup>.

### **EL TERCERO INTERESADO EN MATERIA DE PUBLICIDAD POSESORIA**

Tal como habíamos adelantado, el nuevo Artículo 1893 del CCCN, a diferencia de lo que se legislaba en el Código de Vélez, coloca la publicidad registral casi en paridad con la posesoria, y las considera a ambas como “publicidad suficiente”, erigiendo así estas palabras en su conjunto en una expresión técnica acuñada por la ley. En atención a ello, corresponde ahora que analicemos el concepto de “tercero interesado” aludido, pero ahora relacionándolo con la publicidad posesoria, tal como lo hemos hecho en los precedentes párrafos respecto de la registral.

Creemos que en materia posesoria si quedan todos los supuestos comprendidos en la expresión “tercero interesado” y no se hace menester ninguna otra aclaración, pues la posesión, al concretarse en el mundo de los fenómenos, no exige su reflejo registral. En efecto, conforme a la definición del art. 1909 CCCN que la define, la posesión es el ejercicio de un poder de hecho, y como tal no admite, ni sería conveniente exigirle un reflejo virtual en algún asiento o registro, ella se pone de manifiesto por la sola realidad fáctica.

### **CONFLICTO ENTRE LA PUBLICIDAD POSESORIA Y LA REGISTRAL**

Han sido muchas las opiniones vertidas en torno a la publicidad de los derechos reales cuando entran en pugna la publicidad posesoria, generada por

---

<sup>103</sup> VENTURA, Gabriel B. “Tracto Abreviado Registral”, Ob.Cit. pág. 81.

el solo hecho de la ocupación de la cosa, y la publicidad generada por la registración

En general siempre se ha sostenido mayoritariamente que, cuando entran en conflicto la posesión y la inscripción, la primera que haya tenido lugar en el tiempo es la que debe primar. Obvio es que hace un importante aporte a esta afirmación la exigencia del título y modo que ha quedado suficientemente regulada en el art. 1892 CCCN.

Si la publicidad posesoria ya se ha efectivizado porque el transmitente ya ha entregado la cosa, es obvio que un adquirente posterior no puede tener un mejor derecho, pues jamás habrá podido tomar contacto con ella; y esa circunstancia impide que pueda esgrimir un derecho real a su favor. Esa sola circunstancia ya debilita su posición, pues recordemos que en el ámbito de los derechos reales impera el “ius preferendi” típico de su naturaleza, que le hace superar axiológicamente a cualquier derecho personal que con él entre en pugna (Ver sobre el punto nuestra nota al art. 1886).

Ese era, en general, el criterio de Vélez al regular este tipo de conflictos ya que, aunque con una metodología un tanto dispersa, lo expresaba en los arts. 592 a 596 del Código derogado.

Hoy podemos ver idéntico criterio en el art. 756 del CCCN que regula el conflicto planteado entre diferentes adquirentes que se disputan una posición preferencial. Esta norma nos merece un particular elogio, pues en cuatro incisos efectúa un aporte fundamental a los problemas que pueden plantearse cuando un vendedor ha prometido la cosa a varios<sup>104</sup>.

Esa pugna de cada adquirente por reclamar su derecho frente a los otros, está regulada en el CCCN de manera precisa y gradual, en un solo dispositivo que, creemos, aportará mucho desde el punto de vista práctico, a solucionar de manera clara y justa cualquier litigio.

Si bien el 756, en algunos incisos regula la situación previa al nacimiento del derecho real, pues se trata de la obligación de dar para constituir el derecho, y por ello debería guardar relación solo con los derechos personales, será

---

<sup>104</sup> Habíamos propuesto similar solución en la XXIIIª Jornada Nacional de Derecho Civil, reunida en Tucumán (2011), en la que presentamos ponencia titulada “Incidencia del principio de buena fe en la posesión y en la registración de derechos reales sobre inmuebles”. Este trabajo puede consultarse en

sin embargo una norma fundamental también en los casos en que el juez deba pronunciarse sobre el conflicto de prioridades. La norma apunta en verdad a solucionar el conflicto que aparece cuando hay dos o más acreedores de la obligación de entregar que tiene el transmitente de un inmueble. Sin dudas este transmitente ha obrado de mala fe, puesto que ha pretendido transferir la cosa dos o más veces.

La norma, como decíamos, brinda reglas muy claras para determinar quién, de entre varios acreedores, tendrá mejor derecho a recibir en definitiva la cosa, posibilitando la constitución del derecho real a su favor. Obviamente quien ya tenga efectivizada la tradición, ya tiene un derecho real, según lo determina el art. 750 CCCN, y por ello se encontrará, como regla general, en mejores condiciones quien solo litigue con un derecho personal.

Dice el art. 756 del CCCN:

*Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles. Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho:*

- a. el que tiene emplazamiento registral y tradición;*
- b. el que ha recibido la tradición;*
- c. el que tiene emplazamiento registral precedente;*
- d. en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.*

Como puede apreciarse, el legislador teniendo en cuenta los elementos jurídicos que campean en la dinámica adquisitiva de los derechos reales: título, posesión y registro<sup>105</sup>; determina una jerarquía de actores según ostenten todos o algunos de esos elementos. En definitiva tiene aquí aplicación nuestra clasificación de las distintas titularidades (real, cartular y registral) que habíamos explicado al anotar el artículo 1892 CCCN.

En aquella oportunidad habíamos dejado sentado que la posición ideal del propietario era ostentar las tres situaciones juntas (la titularidad real, cartular y registral); pero no era muy extraño encontrar supuestos en que éstas, se encuentren dispersas o disociadas entre distintos protagonistas. Pues bien la

---

<sup>105</sup> VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica de la Constitución de los Derechos Reales...” ob.cit. pág. 195 a 197.



norma en cuestión, con un criterio que compartimos, determina qué sujeto tendrá mejor derecho en los casos de titularidades diversas.

Como puede advertirse, el criterio del legislador en la norma que estamos analizando, es ir de mayor a menor.

En el inciso a) se contempla al sujeto que se encuentra en la mejor posición, pues tiene título oneroso y buena fe, que son elementos generales previstos en la norma; pero además se le ha hecho tradición de la cosa y su adquisición se encuentra registrada. Es pues, en nuestra terminología, titular real, cartular y registral.

En el inciso b) se contempla el caso en que respecto de uno de los contendientes no se ha cumplido la tradición. Luego si al otro sí se le hubiere efectivizado será él quien deberá triunfar en la acción. Sin dudas ante el conflicto entre un derecho real y uno personal, debe primar el real atendiendo al tan mentado ya “ius preferendi” típico de las figuras jurídico reales.

En el inciso c) se apunta al supuesto en que a ninguno de los dos se le haya efectivizado tradición alguna, en cuyo caso se tendrá por triunfante al que se encuentre registrado. Se trata de un litigio entre dos derechos personales, puesto que no se ha cumplido con ningún modo constitutivo que pudiera haber generado un derecho real, salvo que nos encontráramos en el ámbito de un registro constitutivo, en cuyo caso la propia registración habría significado el cumplimiento del modo.

Obviamente, en estos casos, se le exigirá también que tenga título oneroso<sup>106</sup> y que sea de buena fe, dado que estos elementos generales la norma los da por existentes para todos los incisos.

Finalmente, en el inciso d) del art. 756, se prevé el caso en que a ninguno de los contendientes se le haya hecho tradición y ninguno de ellos se encuentre registrado. Usando nuestra terminología, serán solamente titulares cartulares, mas no reales ni registrales. En tal supuesto triunfará el que tenga título de fecha anterior.

---

<sup>106</sup> En general cada vez que entran en conflicto dos adquirentes uno a título gratuito y otro a título oneroso, debe prevalecer este último, pues uno de los principios básicos de la justicia conmutativa así lo determina. El que pagó generó un desequilibrio negativo en su patrimonio, mientras que el que recibió una cosa por pura liberalidad del transmitente, solo acrecentó su patrimonio. Si luego entra en pugna ese derecho con otro que ha disminuido su patrimonio, será pues de pura justicia hacer prevalecer su posición. Se genera así el principio latino “*dona-tio cedit oneris*”.

Esta lógica mecánica de los hechos, es utilizada hábilmente por el legislador al regular también los aspectos probatorios en la acción reivindicatoria; sobre todo al referirse a los inmuebles en el art. 2256 CCCN, cuando en el inciso a), expresamente prevé que se presume ser el propietario quien primero ha sido puesto en posesión.

**ARTÍCULO 1894.- Adquisición legal.** Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

Concordancias con el Código derogado: 2710, 2725, 2726, 2571, 2572, 2573, 2583, 2584, 2587, 2588, 2591, 3573 bis, 2412, 1051.

Normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

### **SUPUESTOS DE “ADQUISICIONES EX LEGE”**

La norma cuyo análisis abordamos, enumera algunos modos que resultarán designados como de adquisición “ex lege”. Remarquemos que en la dinámica general de adquisición del derecho real, dominada por el título y el modo, lo habitual es que el derecho real nazca como consecuencia de un convenio entre un transmitente y un adquirente, un constituyente y un aceptante, etc. En definitiva estamos acostumbrados por regla general a imaginar el título como un contrato en el que, por definición (Art. 957 CCCN) las partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas. Al cumplirse con el modo pertinente, en ese mismo instante, el derecho real ha quedado constituido, modificado, etc.

Pero cuando la adquisición resulta “ex lege”, es decir dispuesta por la ley frente a un acaecimiento fáctico determinado, el derecho nace con indepen-

dencia de la voluntad de las partes; y hasta nos atreveríamos a decir a pesar de su voluntad contraria. Obviamente en todos los casos será menester la configuración del supuesto de hecho previsto en el dispositivo como causa generadora del derecho.

### **ACCESORIOS INDISPENSABLES DE USO COMÚN** **DE VARIOS INMUEBLES**

La primera adquisición legal enumerada, cuando se alude al condominio de indivisión forzosa perdurable de los accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles, no es en verdad un supuesto de adquisición legal. Los propietarios de los inmuebles lo han sido por causas no necesariamente legales. Ellos pueden haber adquirido por compra, por donación, etc., y en un determinado momento decidieron afectar partes del inmueble o elementos unidos a ellos al cumplimiento de una función de accesorios indispensables al uso común, utilizando las expresiones de la norma. Pero esta situación no se debió a la ley, sino a que, en un determinado momento del encadenamiento dominial, fue convenida expresamente entre quienes eran, en ese momento, los propietarios condóminos de los respectivos inmuebles.

Como se ve, no ha sido el legislador el que hace adquirir dichos accesorios. Es probable, que tal como apunta Causse, la norma se esté refiriendo a que la ley es aquí la causa de la indivisión, mas no la fuente del derecho mismo, y ello confundió al redactor de la norma. De ninguna manera podríamos admitir que la ley haga nacer el derecho real de condominio; lo único que el legislador podría determinar en estos casos es que dichos condominios sean de indivisión forzosa perdurable, conforme al art. 2004 del CCCN. Por ello aceptamos con agrado la oportuna expresión de Causse, la ley es aquí fuente de la indivisión, no de la generación del derecho<sup>107</sup>.

Un ejemplo de lo que venimos exponiendo, y que se presenta con frecuencia, sería el caso de la existencia de un pasillo común a dos inmuebles, para permitir otro acceso a las viviendas, para el ingreso vehicular hasta los

---

<sup>107</sup> CAUSSE, Jorge R.; Su nota al artículo 1894 CCCN, en el "Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado" Dirigido por Clusellas, Ed. Astrea y FEN, Bs.As. 2015, Tomo 6, pág. 664.

respectivos garajes. Las partes adecuan la configuración edilicia para permitir el citado ingreso, por una entrada común asentada en una parcela en condominio, y cuando así lo hacen la ley (art. 2004 CCCN) determina que tal situación genera la indivisión perdurable del citado condominio; pero como ya quedó dicho reiteradas veces, el derecho real ya había anteriormente nacido por contrato.

Remarquemos, para dejar más claro el supuesto, que los condóminos podrían sin impedimento alguno, hacer cesar esta situación voluntariamente, con lo que le quitamos lo imperativo que evoca la norma casi automáticamente. A ello se arribaría, por ejemplo, modificando la configuración de los inmuebles o su edificación, para hacer desaparecer lo que de “indispensable” tenía el objeto afectado a indivisión.

En fin, está claro, en nuestra opinión, que no es el legislador quien ha hecho nacer ese condominio, sino que, tal como apuntáramos, él solo le ha asignado el carácter de indivisión forzosa perdurable. La ley es en estos casos, solo fuente de la indivisión.

### **MUROS, CERCOS Y FOSOS EN LOS CASOS DE CERRAMIENTO FORZOSO**

Similar al supuesto anterior, es la situación de los muros, cercos y fosos, que prosiguen en la enumeración de la norma; pues todos estos casos de medianería, cuyo fin es separar dos inmuebles colindantes, se encuentran regulados en el Capítulo 5 en el que se tratan los condominios con indivisión forzosa perdurable (art. 2006 y ss.), y también constituyen, sin dudas, accesorios indispensables de dos o más inmuebles.

Sin embargo, respecto de los muros, cercos y fosos, se presentan algunas situaciones diferentes en las que la ley sí resulta ser la fuente del derecho mismo y no solo de la indivisión. Cada propietario de fundos colindantes, cuando hay obligación de cerramiento, tiene la prerrogativa prevista en la ley (art. 2007 del CCCN), de asentar el muro de manera encaballada; es decir justo sobre el límite separativo de ambas propiedades, erigiendo la mitad del muro en cada fundo. Pues bien, en tales casos, sí podríamos decir que, frente al he-

cho de la construcción del muro en esas condiciones, y de las previstas en el art. 2008, automáticamente ese muro pasaría a estar en condominio de indivisión forzosa perdurable. Ya no se trata de decir que la ley determina solo la indivisión, como veíamos respecto de los accesorios indispensables que se mencionan en la primera parte del artículo, sino que en estos casos la ley es la fuente directa del nacimiento del condominio.

Prueba de lo precedentemente expresado es que, contundentemente, el art. 2009 CCCN dice que *“El muro construido conforme a lo dispuesto en el art. 2008, es medianero...”*. Con esta expresión del legislador: “es medianero”, queda más que manifiesto que se ha generado el derecho real mismo con el solo cumplimiento del supuesto de hecho previsto. Ya es posible hablar de medianería, tal como lo hace el citado art. 2009, aun antes de que el otro condómino abone la mitad del valor del muro. Ese crédito está en el ámbito de los derechos personales; pero el derecho real de condominio, a pesar de la deuda, ya se encuentra en cabeza del condómino aunque él no haya sido el constructor de la pared. Téngase presente que este sujeto, en los hechos, hasta podría desconocer que el muro ha sido construido.

### **EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONYUGE Y DEL CONVIVIENTE**

En cuanto a los otros supuestos enumerados en la norma: El derecho real de habitación, previsto en el art. 2383 para el matrimonio, y en el 527 para la unión convivencial, constituyen sin dudas derechos reales de fuente legal, o “ex lege” como decíamos al comienzo.

En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite tendrá, por el solo imperio de la ley, derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal. Esta figura se encontraba también, agregada por ley 20798 (1974), en el Código derogado, en el art. 3573 bis. Se persigue con ella que los herederos, a veces por puro interés económico, no puedan desplazar al viudo o viuda del hábitat que fue su hogar junto a su cónyuge.

Se trata pues de una norma loable que merece toda nuestra aprobación. El legislador hace nacer el derecho real por su solo imperio ante el cumplimien-

to del supuesto de hecho. Sin dudas es una adquisición “ex lege”. Pero no debe interpretarse, sin embargo, como una imposición aun en contra del propio cónyuge al que tutela, sino que éste tiene la facultad de hacerla valer o no. Su silencio, por ejemplo, y aceptación de la venta del inmueble en condiciones de ser habitación legal, constituye sin duda alguna, una renuncia expresa a la prerrogativa legal.

En cuanto al supuesto similar, de habitación legal previsto para la unión convivencial, el artículo 527 del CCCN lo menciona y titula como “Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes”; pero afortunadamente, en el texto mismo del artículo, se lo menciona como derecho real de habitación. De no habérselo designado así probablemente hubiera generado cuestión en la doctrina respecto a si se trata de un derecho real efectivamente, o si tan solo implica la posibilidad de solicitar la afectación prevista en el art. 244 CCCN (Afectación a Vivienda).

Sin embargo, la afectación a vivienda (art. 244) está prevista de manera latente para los dos casos. En efecto, tanto para los casos de divorcio en el matrimonio (art. 443 y 444 CCCN), como para la extinción de la unión convivencial (art. 526 CCCN), es posible que uno de los cónyuges o uno de los convivientes, solicite al juez la afectación a vivienda de los inmuebles que han resultado vivienda familiar mientras duró el matrimonio o la convivencia<sup>108</sup>.

## **LOS DERECHOS DE LOS ADQUIRENTES Y SUBADQUIRENTES DE BUENA FE**

---

<sup>108</sup> De nuestra parte hemos asumido la tesitura de considerar que las normas de los arts. 443, 444 y 526 se están refiriendo a la afectación prevista en el art. 244, que en estos casos debe solicitarse al juez de la causa; pero debemos reconocer que no hay unanimidad doctrinaria a ese respecto. Es más, destacada doctrina opina que se trata de otra figura bien diferente. Ver al respecto LAMBERT, Néstor; en el Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado”, dirigido por Gabriel Clusellas, Ed. Astrea y FEN, Bs.As. 2015, Tomo 2, nota al art. 443, pág. 362 y 363. Creemos que el único aspecto que distancia un poco el supuesto previsto en los arts. 443 y 444 de la afectación a vivienda del art. 244, es la idea de la temporalidad de la afectación; pero, de nuestra parte, no vemos entidad ontológica al obstáculo, siendo ante todo un supuesto de excepción previsto en ley y, como tal, con algunas características propias.

En cuanto a lo contemplado al final del artículo: “los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”. Este supuesto es perfectamente aplicable en materia de cosas muebles no registrables; pero resulta totalmente inadecuado si se pretende hacerlo valer para los inmuebles o para las cosas muebles registrables. En efecto, respecto de esta clase de cosas, jamás puede adquirirse el dominio si el derecho se intenta obtener de quien no está legitimado, es decir de quien no tiene el derecho que se pretende transmitir. Es lo que surge expresamente del encomiable art. 392 del CCCN “in fine”.

Dice el artículo 392 “in fine” que *“Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”*.

Haciendo un poco de historia, explicamos porqué nos resulta tan elogiabile la contundente previsión del art. 392 en el párrafo aludido.

Ocurre que un conflicto interpretativo se había generado a partir de 1968, con motivo del agregado al Código de Vélez al art. 1051. En efecto, la primera parte del art. 1051 del Código Civil expresaba que *“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual”*. La ley 17711, según decíamos, agregó al final de esta norma el siguiente texto: *“...salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”*. A partir de este agregado se generaron enconadas polémicas respecto de su interpretación. Para unos el artículo funcionaba en todos los casos, puesto que la ley no efectuaba distingo alguno (*“ubi lex nec distiuit nec distinguere debemos”*); para otros en cambio nunca podría considerarse su aplicación cuando no hubiera intervenido el “verus dominus” en el acto traslativo.

El tema fue analizado con detenimiento, en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (en Mendoza en 1978), bajo el título “El art. 1051 del Código Civil y los subadquirentes de buena fe y a título oneroso”; y de ellas pueden extraerse las cuestiones más importantes respecto de la validez de las adquisiciones “a non domino”. En efecto, sentada la idea de que la norma no planteaba dudas en cuanto a liberar del efecto de la nulidad a un acto nulo cuando la nulidad sea relativa, el tema en cambio no fue tan claro a la hora de

plantearse la posibilidad de las nulidades absolutas surtiendo idéntico efecto, o de la llamada inexistencia, sobre todo cuando no hubiere intervenido el “*verus dominus*” en el acto traslativo intermedio<sup>109</sup>.

Entre estas últimas posibilidades, las nulidades absolutas o los actos inexistentes, en general podríamos decir que la doctrina más encumbrada, sostenía que los efectos convalidatorios del artículo 1051, no podían hacerse extensivos a los actos que presentaran falencias que determinaran dichas sanciones. Sólo una pequeña minoría, entre quienes sobresalía la figura de Mosset Iturraspe, sostenía que la norma amparaba a todos siempre que haya habido buena fe en el tercer adquirente a título oneroso<sup>110</sup>, dado que la posesión juega allí un papel preponderante; pues si el propietario estuviera poseyendo la cosa, decía el Prestigioso Civilista santafecino, el tercero no hubiese podido adquirir derecho alguno sobre ella. Es a causa de la falta de vigilancia y control del *dominus* que el tercero de buena fe pudo adquirirla<sup>111</sup>.

De nuestra parte expresábamos que nunca podrían considerarse incluidas las nulidades absolutas en los efectos de la norma, dado que, como sabemos, las nulidades absolutas, tanto en el Código de Vélez como en el nuevo CCCN, devienen tales justamente por estar en juego en dicha sanción, intereses superiores que son de orden público. Siendo así pues, se debe impedir que una nulidad establecida en función de tan noble imperativo, el interés público, quede “saneada” por el solo hecho de su traspaso oneroso a otro sujeto de buena fe.

Concluíamos entonces, en que los efectos del art. 1051 del Código derogado con su agregado por ley 17.711, sólo era de aplicación a los casos de nulidades relativas; y nunca a los supuestos de transmisiones “a non domino”,

---

<sup>109</sup> Recordemos para más que la teoría de la inexistencia, no era ni es actualmente admitida por toda la doctrina. Una gran mayoría entiende que no habría diferencia entre nulidad absoluta e inexistencia; ver sobre el punto CIFUENTES, Santos; “Negocio Jurídico”, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, pág. 580 y ss.

<sup>110</sup> La base de este pronunciamiento radicaba en la exposición de motivos de la ley 17.711 que agregó el “in fine” al art. 1051. Así leemos en ella que “Uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada es la protección de los terceros titulares de los derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente los vicios no manifiestos que pudieren tener los antecedentes de tales relaciones”. Ver “Temas de Derecho Civil”, Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, organizadas por el Instituto de Derecho Civil, Comercial y Proc. Civil de San Rafael, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo SRL. Mendoza 1980, pág. 25.

<sup>111</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, su participación en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, en “Temas de Derecho Civil”, Ob.Cit. pág. 40. Ver también sobre el punto RODRIGUEZ, Agustín W. “Publicidad Inmobiliaria”, Ed. Depalma, Bs.As. 1974, pág. 157 y ss.



por tratarse de títulos falsificados o sustituciones de personas, con o sin connivencia del instrumentador interviniente. Exigíamos que necesariamente hubiera intervenido el “*verus dominus*”, caso contrario el 1051 y su efecto supuestamente “*saneatorio*” no podía funcionar<sup>112</sup>. En tales circunstancias, siempre estaba latente la posibilidad de una reivindicación por el propietario; dado que respecto de las nulidades absolutas, por no poder ser confirmadas, no opera prescripción alguna<sup>113</sup>.

Si la norma del 1894 CCCN que estamos analizando hubiese permitido que una adquisición “*a non domino*”, es decir sin la intervención del propietario, fuera factible, sin dudas se hubiese tratado de una adquisición “*ex lege*”. Ello habría significado una gran inseguridad en el tráfico inmobiliario, asimilando el régimen inmobiliario al de muebles no registrables, en el que el principio “la posesión vale título” hace prevalecer, con justificada razón para ese tipo de cosas, el derecho del tercer adquirente de buena fe a título oneroso. Pero afortunadamente los legisladores, conforme con la tesitura que estimábamos correcta respecto del art. 1051, han considerado que si no ha intervenido el propietario, la situación no puede quedar saneada por la transmisión a un adquirente o un subadquirente de buena fe. Con el párrafo final del art. 392 del CCCN se ha zanjado definitivamente la discusión doctrinaria.

Lo que nos toca ahora definir, volviendo a lo central de nuestro tema, es qué supuestos, en definitiva, quedarían subsumidos en el “*in fine*” del art. 1894. Creemos que la norma sería de aplicación solo para la transmisión de bienes muebles no registrables, caso que ya está previsto en el artículo 1895, y para las cosas inmuebles y muebles registrables; pero en estos dos últimos casos, solo cuando la falencia del título determine una nulidad relativa (388 CCCN) y haya intervenido el verdadero titular del derecho.

En verdad, si nos ponemos rigurosos frente a este mecanismo adquisitivo, no podríamos negar que los casos en que la nulidad sea relativa, pero hubiere intervenido el propietario, la adquisición no debería calificarse como “*ex lege*”. Más bien deberíamos expresar que es una adquisición asentada en el

---

<sup>112</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VACCARELLI, Horacio; “Sistema Registral Inmobiliario”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1994, pág. 162 a 165. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble...” Ob. Cit. pág. 121 a 123.

<sup>113</sup> ZANNONI, Eduardo A.; “Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos”, Ed. Astrea, Bs.As. 2da. Reimpresión, 2000, pág. 239.

título traslativo. Aunque con una causal de nulidad, el criterio del legislador habría sido evitar la inseguridad en el tráfico frente al título nulo, cuyos negativos efectos no llegarían hasta el adquirente de buena fe a título oneroso.

