

MANIFIESTA INCONVENIENCIA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA TRADICIÓN POR LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL CONSTITUTIVA EN MATERIA INMOBILIARIA¹

POR NELSON G.A. COSSARI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNOS DE LOS TEXTOS DEL ANTEPROYECTO Y SUS FUNDAMENTOS.- III. DESNATURALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES QUE SE EJERCEN POR LA POSESIÓN.- IV. INUTILIDAD DE LA ADOPCIÓN DE UN REGISTRO CONSTITUTIVO SUBSISTIENDO LA USUCAPIÓN CONTRA TÁBULAS.- V. DESPROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE POR BOLETO DE COMPRAVENTA.- VI. LA PRETENDIDA SEGURIDAD POR LA REGISTRACIÓN CONSTITUTIVA NO ES TAL. LA INTRODUCCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES. VII. EL ADECUADO FUNCIONAMIENTO DE NUESTRO ACTUAL SISTEMA DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES.- 1. LA INFLUENCIA DE LA CODIFICACIÓN ALEMANA.- 2. LAS SUPUESTAS INCOHERENCIAS DEL SISTEMA ACTUAL.- 3. LOS RECIENTES PROYECTOS DE REFORMA Y LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL.- 4. LAS XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL.-VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Como es conocido, el decreto presidencial 191 del 23 de febrero de 2011 creó la “Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, integrada por tres notables juristas. Este Anteproyecto se encuentra aún en fase de elaboración. Sin embargo la sensación es que en determinados aspectos se han tomado decisiones trascendentales que se apartan abiertamente del sentir de la doctrina nacional, y de lo que es deseable y prudente.

Con ocasión de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil sorprendió a los profesores que integraban la comisión de derechos reales la noticia acerca de que la comisión tenía decidido establecer en materia

¹ (*) Aclaración del autor: Este trabajo fue realizado en diciembre de 2011 con los datos existentes hasta ese entonces. Posteriormente en el anteproyecto elevado al P.E.N. la comisión suprimió la inscripción constitutiva y mantuvo la tradición en materia inmobiliaria. No obstante sostiene la Comisión en los Fundamentos que la inscripción constitutiva y la supresión de la tradición -como modo para los inmuebles- es el desiderátum al que habría que llegar. Afirman los Fundamentos del Anteproyecto que sin embargo “Más a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación, el Anteproyecto mantiene el sistema vigente en el cual la inscripción constitutiva solamente se incluye como excepción para la adquisición, transmisión, etc. de ciertos objetos (por ej. automotores) mas no para todas las cosas cuyo dominio es registrable, especialmente los inmuebles para los cuales mantiene la tradición posesoria como modo suficiente.” Se omite pues el decisivo pronunciamiento de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Tucumán, y concordantes notas doctrinarias posteriores, que en un amplísimo número se pronunciaron en contra de la modificación del régimen vigente, como las razones medulares de esta oposición. Por ende entendemos que este escrito no ha perdido vigencia.

inmobiliaria (en rigor en relación a todas las cosas registrables) la inscripción registral constitutiva sustituyendo como “modo” a la tradición. Muchos nos enteramos allí y otros habían conocido esa circunstancia en forma reciente. Ello motivo un amplio debate en la comisión que concluyó en un pronunciamiento sobre el que luego volveremos.

Contando con textos parciales del anteproyecto y de los fundamentos que dan una primera idea de lo que se pretende reformar², haremos un primer balance. Adelantamos que nuestra conclusión es que debe mantenerse, en el tema que abordamos, el régimen actual del Código Civil actualizado por la ley 17.711 y complementado por la ley 17.801.

II. Algunos de los textos del anteproyecto y sus fundamentos

Sintéticamente el anteproyecto³ adopta las siguientes pautas:

a) Se dispone la necesidad del título suficiente y el modo para la transmisión de los derechos reales. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas no registrables. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables. (11 Artículo** - Títulos y modos suficientes). Por tanto también en materia de inmuebles se sustituye la tradición por la inscripción constitutiva. Esta postura ya fue sustentada por la Dra. Elena Highton –integrante de la comisión reformadora- en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en La Plata (1981).

b) Según los fundamentos del anteproyecto se mantendrá la misma norma del artículo 4 de la ley 17.801 en el sentido de que la inscripción en el registro no es convalidante. Expresan textualmente los fundamentos:

“De conformidad con el art. 4 de la ley 17801 la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes. Este es el mismo efecto que se otorga a la inscripción constitutiva en este Anteproyecto.”

c) Se mantiene la prescripción adquisitiva “*contra tabulas*” es decir la larga o extraordinaria que el Código Civil actual prevé en el art. 4015.

² Agradecemos al Dr. Eduardo Molina Quiroga habernos enviado con posterioridad a las Jornadas Nacionales el texto al que hacemos referencia en este trabajo y al cual nos atenemos. Por otra parte el mismo coincide con el que más tarde nos hicieran llegar otros juristas.

³ El anteproyecto se ocupa en el libro V de los Derechos Reales. Provisoriamente los artículos contienen un número arábigo colocado antes de su texto, que enumeran los mismos por Título, a la espera de integrar las múltiples piezas que componen el articulado. Nuestro tema está fundamentalmente tratado en el Título I del libro V y a la enumeración de esos artículos nos referimos salvo indicación en contrario.

Dice el anteproyecto : “18 ARTICULO **.- Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte (20) años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o invalidez del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.”

d) Como se da una primacía –en principio absoluta- a la publicidad registral se prevé la inscripción del boleto de compraventa en los registros para darle oponibilidad. “27 ARTICULO**.- Publicidad... A requerimiento del comprador del vendedor, o de otro interesado pueden inscribirse los boletos de compraventa, a los efectos de su oponibilidad.”

En los fundamentos se esgrimen principalmente dos argumentos para sustituir la tradición –en materia inmobiliaria- por la inscripción constitutiva:

Uno tendiente a evitar discordancias entre la verdad real y lo inscripto por razones diríamos de coherencia. Se afirma: “En razón de que en el Registro de la Propiedad Inmueble se inscriben documentos, o sea títulos, independientemente de que se haya adquirido realmente el derecho real, quien no es titular de un derecho real por no habersele hecho tradición de la cosa, puede otorgar el título a un tercero. Ello por cuanto el hecho de la posesión no tiene jamás acceso al registro, pese a ser el modo suficiente para constituir el derecho real. De esa manera, quien adquiere un título puede a la vez transmitir lo que, de acuerdo a las constancias del registro, parece ser un derecho real, pese a que el mismo no existe en la realidad extrarregistral por falta de tradición posesoria. Entonces, se encuentra que en el derecho vigente y en el propiciado por el Proyecto de 1998 existe una falta de coordinación entre la tradición y la inscripción registral. Por estas razones, se considera apropiado sustituir la tradición posesoria como modo suficiente para la adquisición o transmisión por la inscripción registral, cuando se trata de cosas registrables, manteniendo la tradición posesoria cuando se trata de derechos sobre muebles no registrables.”

Otro económico: Se afirma en el anteproyecto que “Los textos que mantienen el valor de la tradición como investidura del poder no sólo no están a la altura de las circunstancias, sino que producen conflictos por su contradicción intrínseca con la exigencia de las leyes de registros. En múltiples eventos científicos de juristas se ha discutido la falta de coordinación entre tradición e inscripción. No se le ha encontrado verdadera solución convincente... Menos un inversor o un comprador que descansa en la información del Registro.”

Respetuosamente no concordamos con esos fundamentos. Y ello por varios motivos de los que nos ocuparemos seguidamente.

III. Desnaturalización de los derechos reales que se ejercen por la posesión.

Sabido es que en el sistema actual la adquisición por acto entre vivos de los derechos reales que se ejercen por la posesión necesitan de título suficiente y de la tradición que es el modo suficiente (art. 577 CC).

Siguiendo a Gatti puede sostenerse que todo derecho real es un poder jurídico de una persona sobre una cosa y que en el caso de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso, habitación prenda y anticresis ese poder reconoce como substrato el poder fáctico de la posesión sobre la cosa.⁴

El mismo anteproyecto –siguiendo proyecto de 1998- define al derecho real como “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 ” (1 ARTICULO *- Derecho real)⁵ Y luego siguiendo palabras de Gatti dirá en otra norma “10 ARTICULO *- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por concretos y determinados actos posesorios sin que su titular ostente la posesión.”⁶

Reconocido cuál es el contenido que hace que el derecho real sea tal, resulta luego francamente contradictorio que se suprima la tradición por la cual se entrega la posesión al adquirente, y se establezca la inscripción constitutiva como modo suficiente en los derechos reales.

Se aceptarían dentro de la vida jurídica derechos reales totalmente vacíos de contenido y alguien podría ser titular del derecho real sin obtener

⁴ GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1975, p. 272

⁵ El texto es el mismo que el del artículo 1815 del Proyecto de 1998: “Definición. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.”

⁶ Afirma Gatti (op. cit. p. 272) que luego del primer caso –donde el contenido del poder jurídico es la misma posesión- existe el supuesto que el poder jurídico sobre la cosa reconoce como substrato el poder fáctico de determinados actos posesorios sobre la cosa, sin su posesión (caso de las servidumbres positivas) o que el poder jurídico sobre la cosa no tenga el substrato de ninguno de esos poderes fácticos (caso de las servidumbres negativas y la hipoteca).

la posesión del mismo lo que contradice la propia naturaleza de los derechos reales que hemos mencionados.

Si tal tesitura es justificable –aunque con dificultades y dando lugar a múltiples inconvenientes- en el caso de los automotores como modo de poner coto al tráfico de automotores hurtados o robados; y sin importancia, para la inmensa mayoría de la población, en un supuesto totalmente marginal como el de los equinos pura sangre de carrera; impuesto a los inmuebles –cosa registrable por antonomasia- resulta totalmente inconveniente y crea muchos más problemas que los que se pretenden solucionar.

Al anteproyecto le preocupa que en la actualidad el registro inscriba cuando quizás no exista derecho real por ausencia de tradición. Y ante la posible discordancia entre lo que existe en la realidad y lo inscripto opta por que sea verdad lo inscripto, acomodando la naturaleza de las cosas a la norma y no al revés. Recuerda Gonzales Barrón que un buen sector de la doctrina de los ordenamientos jurídicos latinos consideran a la inscripción constitutiva como contraria a la naturaleza de las cosas.⁷

Una interesante paradoja será que un derecho real, que se ejerce por la posesión, podrá existir sin entrega de la cosa y un contrato real no.⁸

Sin embargo como no hay dudas que actualmente nuestro registro inmobiliario es un registro de títulos y no de derechos,⁹ nadie puede llamarse a error sobre qué es lo que se está publicitando. La inscripción constitutiva, en cambio, crea la engañosa perspectiva de que es verdad lo que dice el registro aunque ello no sea así. Y no solo porque la inscripción no convalida los títulos nulos,¹⁰ sino porque existen otros factores que descalabrarán el sistema registral, como veremos en el próximo apartado. Por lo pronto reténgase la idea de que para que una publicidad inmobiliaria sea eficiente debe ser reflejo de la realidad, y suprimir la tradición es ir contra la propia esencia del derecho real, el carácter constitutivo es solo teórico dado que se logra suprimiendo aquella¹¹. En suma se recurre a una ficción sin provecho alguno.

⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther, *Derechos Reales*, Jurista editores, Lima, 2005, p. 783

⁸ Si es que esa categoría de pactos se deja subsistente en la reforma.

⁹ La doctrina –afirma Coghlan- en pacífica en que el Registro inmobiliario es de títulos o instrumentos y no de derechos reales (COGHLAN, Antonio, *Teoría General del Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1984, p. 55.

¹⁰ Disposición que, como adelantamos, afortunadamente se proyecta mantener. Lo contrario pondría al verdadero titular en el trance de perder sus legítimos derechos e incrementaría el número de juicios por responsabilidad del Estado con inciertas perspectivas de cobro de quien ha sido privado de sus bienes.

¹¹ conf. COGHLAN, op. cit. p. 58.

IV. Inutilidad de la adopción de un registro constitutivo subsistiendo la usucapión *contra tábulas*.

Un sistema constitutivo necesita que previamente, o en un corto lapso de tiempo, los registros estuvieren reflejando la realidad de lo que tiene inscripto y que esto se mantenga en el tiempo. Que quien tiene inscripto a su nombre un derecho real sea el verdadero titular. Pero, esto no es así -ya sea por obra de la usucapión o por otros motivos- cuando nos vamos alejando de las zonas urbanas más valiosas de las grandes ciudades del país o de los ricos campos de la pampa húmeda. Entonces los títulos se van volviendo menos perfectos, la realidad registral comienza a alejarse de la material y en innumerables casos se separa totalmente.

Nótese que en materia de automotores en la década del noventa se debió hacer un re empadronamiento con cambio del sistema de identificación de los vehículos para que el registro llegara a coincidir con la realidad de quienes detentaban los rodados forzándolos a estos a regularizar la situación para poder seguir circulando. Hoy en día cuando no hace veinte años de tal regularización nuevamente muchos automotores se encuentran poseídos por quienes no son los titulares registrales sin demasiadas soluciones a la vista.¹²

El esfuerzo ciclópeo y económico que ello significaría, en materia de inmuebles, se descalabraría en un tiempo más o menos corto por obra de la posesión. Sobre la fuerza de la posesión es sumamente expresiva la cita de Nuñez Lagos:

“La posesión -que es, además, la base de la usucapión- es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro de la Propiedad.... De ahí el rechinar constante de todas las piezas de ambos sistemas al ponerse en contacto... la posesión es el ‘daemonium’ para el Registro de la Propiedad. Además, femenino, archidiabla, soberana princesa del imperio de la duda, del error y la confusión, en maridaje con el tiempo, engendraba un trasco¹³ espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del registro y los dogmas de sus pontífices”¹⁴

¹² En ese sentido se valora favorablemente en anteproyecto cuando dispone “Prescripción adquisitiva larga.... También adquiere el derecho real el que poseyó durante diez (10) años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribió a su nombre pero la recibió del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevean en el respectivo régimen especial sean coincidentes.” (18 ARTICULO **)

¹³ Trasco, conforme al Diccionario de la Real Academia significa duende (espíritu fantástico).

¹⁴ NUÑEZ LAGOS, "Realidad y registro", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* -abril de 1945-, Instituto Editorial Reus, ps. 2,4, Madrid, 1945 citado por ALTERINI, Jorge, su voto como vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 21 de noviembre de 1978, autos “Todros,

El sistema alemán, para guardar coherencia, acorrala al trasgo y minimiza la prescripción *contra tabulas* y esto es un requisito para el funcionamiento de un sistema constitutivo que da preeminencia a lo registrado sobre la realidad material.

El § 927 del BGB dispone: “Procedimiento de convocatoria edictal. 1. El propietario de una finca puede ser excluido de su derecho mediante el procedimiento de convocatoria edictal, si la finca ha sido poseída en concepto de dueño por otro desde hace treinta años. El tiempo de la posesión se computa de la misma forma que el plazo de la usucapión de una cosa mueble. Si el propietario se encuentra inscrito en el Registro Inmobiliario, el procedimiento de convocatoria edictal sólo es admisible si éste ha muerto o desaparecido y desde hace treinta años no se ha practicado una inscripción en el registro inmobiliario de las que requieran el asentimiento del propietario. 2. Aquel que ha provocado la sentencia de exclusión obtiene la propiedad al hacerse inscribir como propietario en el Registro Inmobiliario. 3. Si antes de dictarse la sentencia de exclusión, ha sido inscrito un tercero como propietario o ha sido practicado un asiento de contradicción contra la exactitud del Registro Inmobiliario a causa de la propiedad de un tercero, la sentencia no es eficaz frente al tercero”.

Como se ve la usucapión contra lo registrado queda reducida a su mínima expresión. Como explica Wolff si el registro es exacto y el verdadero propietario está inscrito es imposible la usucapión contra tabulas. La única excepción es si el propietario inscrito ha muerto o desaparecido, pero además no debe haberse tampoco desde hace treinta años practicado ninguna inscripción en el registro inmobiliario que requiera el consentimiento de propietario, ejemplificando con el gravamen de la finca o la cancelación de una hipoteca.¹⁵ Bastan meros actos formales del ejercicio de la propiedad ante el registro para que la posibilidad de la prescripción adquisitiva quede descartada. La usucapión prácticamente solo es posible cuando hay un verdadero abandono de la propiedad.

Afortunadamente el proyecto mantiene la usucapión contra lo registrado en materia inmobiliaria.

José R. y otros c. Todros, Fraser, Jorge” en *La Ley* Tomo 1979-B, p. 259.

¹⁵ WOLFF, Martin; “Derecho de Cosas” Volumen primero, en Enneccerus Ludwing, Theodor Kipp, y Martin Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Tercer Tomo, Barcelona, Ed. Bosch, 1971, tercera edición, (traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), p. 399

Por tanto lo que laboriosamente se intenta imponer –la inscripción constitutiva- se irá destruyendo por la usucapión y el registro, pese a lo que se intenta imponer, no reflejará la verdad. Ni siquiera la verdad formal.

El impacto de la usucapión se intenta minimizar al proyectar en el párrafo “24 ARTICULO *-.- Sentencia de prescripción adquisitiva... La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comenzó la posesión. El auto que confiera traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva, debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión.”¹⁶

Pero como la usucapión se consuma al momento del cumplimiento del plazo y no depende ni de que exista sentencia ni de que se interponga la demanda¹⁷ la anotación de litis no conjura los efectos de la prescripción adquisitiva, sobre el régimen constitutivo.

Lejos de nosotros propugnar que se deje de lado la usucapión para beneficiar a la inscripción constitutiva. Concordamos con Gonzales Barrón cuando afirma que sin “la prescripción adquisitiva, la propiedad podría reducirse a un conjunto de artificios técnico-jurídicos, siempre favorables a las clases detentadoras de la riqueza, que por eso mismo dominan los artificios, pero alejado del ser humano y su sentir.”¹⁸ Sólo destacamos que el sistema constitutivo que permite una usucapión contra lo registrado está condenado a ser inexacto y al fracaso y por tanto el anteproyecto suprime inútilmente la tradición sin beneficio alguno.

V. Desprotección del adquirente por boleto de compraventa.

El anteproyecto pretende amparar al adquirente por boleto de compraventa estableciendo que “... A requerimiento del comprador del vendedor, o de otro interesado pueden inscribirse los boletos de compraventa, a los efectos de su oponibilidad...” (27 ARTICULO*-.- Publicidad.)

En los fundamentos se explica:

¹⁶ La fuente del precepto debe buscarse en la ponencia del Dr. Molinario en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil

¹⁷ Ver por todos para nuestro derecho a AREAN, Beatriz, *Juicio de Usucapión*, 4º Ed. Actualizada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 377. Para el derecho comparado puede compulsarse la misma solución en doctrina italiana en BIANCA, C. Massimo; *Diritto Civile*, Tomo VI, Milano, Ed. Giuffrè, 1999, p. 816.

¹⁸ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán, “La usucapión siempre vence al registro”, ponencia en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011)

“Al indicar que se inscriben los boletos de compraventa, se protege al adquirente vulnerable. No se trata de un sistema complicado como el de la ley 19724, ni siquiera como el de la ley 14005. Simplemente, se inscribe el boleto a pedido de cualquiera de las partes o de otro interesado; se entiende que puede serlo un familiar, el intermediario, etc, deseándose que se haga de práctica en el mercado inmobiliario.”

La inscripción de meros derechos personales en el registro es criticable, pero -dejando de lado ese tema para otra oportunidad- lo que aquí importa es que se suprime la protección que al adquirente por boleto de compraventa le dispensa el art. 2355 segunda parte del actual código reformado por la ley 17.711 que troca en legítima la posesión mediando boleto. No debe olvidarse que como recuerda Borda la norma del 2355 segunda parte del código civil tiene como objeto proteger con la mayor energía posible a quien había adquirido de fe, suscribiendo con el vendedor un boleto y recibido la posesión.¹⁹

Además al eliminarse la tradición, como modo suficiente, quien se encuentra por boleto de compraventa en posesión del inmueble no puede tener la seguridad, que ahora si tiene, de que el titular registral formal no podrá constituir derechos reales a favor de terceros que se ejercen por la posesión. La imposibilidad de realizar la tradición al no existir posesión vacua impedía que el adquirente por boleto fuera privado de su derecho. Ese dique es suprimido por el anteproyecto al dejar de lado la tradición.

La inscripción del boleto, como manera de proteger al adquirente, parece destinada al fracaso. Por razones económicas y culturales la inmensa mayoría de la población no anotará los mismos. ¿Quedará desprotegido el humilde adquirente por boleto de compraventa que no lo registre? ¿Quedará sin protección aun ostentando la posesión? Si es así, si la respuesta es afirmativa, el anteproyecto nos devuelve a años antes de 1968.

Existen además un sin número de complicaciones y cuestiones que la inscripción prevista acarrea que desbordan el marco de este trabajo, pero que permiten entrever que la simplicidad no será tal y si lo fuera cualquier cosa estaría ingresando al registro tornándolo en inseguro.²⁰

¹⁹ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, 2º edición actualizada y ampliada, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1.978, p.58

²⁰ La generalización de la inscripción de boletos de compraventa por prácticamente cualquier persona como expresan los fundamentos es también preocupante.

VI. La pretendida seguridad por la registraci3n constitutiva no es tal. La introducci3n de conflictos sociales.

El par3grafo 27 del anteproyecto dispone lo siguiente: “Publicidad. Satisfechos los requisitos de t3tulo y modo, seg3n los casos, el derecho real es oponible a todos. Se considera publicidad suficiente la inscripci3n registral o la posesi3n. A requerimiento del comprador del vendedor, o de otro interesado pueden inscribirse los boletos de compraventa, a los efectos de su oponibilidad. No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos ni aqu3llos que conoc3an o deb3an conocer la existencia del t3tulo del derecho.”

La norma no es clara. Puede entenderse que se dispone que la posesi3n sea publicidad suficiente para las cosas no registrables y la inscripci3n para las cosas registrables. S3lo aquellos que conoc3an o deb3an conocer el t3tulo del derecho no podr3an prevalecerse de la falta de publicidad. Como en el sistema del anteproyecto modo, inscripci3n registral y publicidad coinciden en materia de cosas registrables, nada tendr3a que hacer la existencia de la posesi3n por parte de un tercero para calificar como de buena o mala fe un adquirente.

Esto es lo que se desprende del articulado, pero en los fundamentos del anteproyecto se expresa: “Esta regla en cuanto al modo **no implica suprimir la totalidad de los efectos publicitarios de la posesi3n.**” Y m3s adelante “De todos modos, la posesi3n sigue subsistiendo a todos sus efectos legales actuales. Se suprime la tradici3n, no la posesi3n. La tradici3n es acto oculto, clandestino, desconocido para todos, especialmente para el escribano. Subsisten todos los efectos de la posesi3n o del componente posesi3n como contenido del derecho real que por este medio se ejerce: la adquisici3n de cosas muebles, la prescripci3n adquisitiva, las acciones posesorias, las acciones reales, **la publicidad**, todo el r3gimen de obligaciones y derechos inherentes a la posesi3n, el r3gimen de frutos, productos, gastos, mejoras, riesgos, indemnizaciones, compensaciones, seg3n la buena o mala fe, etc.”²¹

Como se ve la posesi3n –por lo menos a tenor de los fundamentos– conservar3a funciones publicitarias, que no son suprimidas totalmente. El alcance de esta aseveraci3n es sumamente impreciso y crea incertidumbre. ¿Qu3 significa no suprimir totalmente los efectos publicitarios de la posesi3n? ¿Se refiere solo a las cosas no registrables o tambi3n a las registrables? En ese 3ltimo caso: ¿qu3 efectos publicitarios perder3a la posesi3n y cu3les subsistir3an en el nuevo r3gimen?

²¹ Las negritas son nuestras.

Por nuestra parte entendemos que difícilmente se pueda calificar de adquirente de buena fe a quien pretende obtener un derecho real que se ejerce por la posesión y se despreocupa del estado posesorio de la finca. No puede ser de buena fe quien no realiza una previa verificación de la ocupación del inmueble sobre el cual adquiere derechos. No es de buena fe quien pretende convertirse en titular de un derecho real vacío de contenido.

Cómo considerar de buena fe, incluso, a quien adquiere un derecho real que no se ejerce por la posesión y que no constata quien ocupa el inmueble sobre el que pretende adquirir derechos. ¿Podrá ser considerado de buena fe el adquirente por sólo estudiar los títulos y obtener la constancia de inscripción registral? Recuérdese el voto de Jorge H. Alterini en una señera sentencia “la buena fe contemplada en el art. 1051 del Cod. Civil no es compatible con la negligencia de los acreedores hipotecarios que se contentaron con las manifestaciones efectuadas en la escritura que instrumentó la venta a favor de constituyente de la hipoteca, en el sentido que se le otorgaba la tradición, sin haber requerido una certera constatación del estado del inmueble, que de haberse efectuado habría demostrado la imposibilidad de la adquisición posesoria de aquel”²²

Entendemos que la respuesta de nuestra jurisprudencia terminará siendo negativa. Quien se despreocupa por constatar el estado del contenido del derecho real que adquiere no puede ser considerado de buena fe.

En el régimen actual es indudable que no se puede alegar buena fe por quien adquiere un inmueble en tales condiciones. Al respecto escribió acertadamente Elena Highton:

“El futuro adquirente no debe ser tan confiado (o negligente) como para contratar con quien exhibe un título de propiedad inscripto, sin averiguar si este potencial enajenante o transmitente de un derecho a su favor tiene o no la posesión de la finca. En razón de que en nuestro régimen jurídico sigue rigiendo la teoría del título suficiente y modo suficiente en materia de adquisición o constitución de derechos reales que se ejercen por la posesión por actos entre vivos, y que el único modo suficiente es la tradición posesoria consideramos norma elemental para ser considerado de buena fe, que el adquirente, vea el inmueble y contrate con quien además de tener un título, demuestre estar en posesión del mismo.”²³

²² ALTERINI, op. cit. en *La Ley* 1979-B p. 259.

²³Highton, Elena; “Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil” en *La Ley* 1980-D, p. 290.

Hoy no hay dudas de que quien pretende adquirir un derecho real, para poder alegar buena fe, debe revisar el estado de ocupación de la finca, siendo negligente en caso contrario. Si bien *mutatis mutandi* creemos que también terminará predicándose lo mismo en el nuevo ordenamiento, a medida de que en la vida de los Tribunales se vea la inconveniencia de la tesitura contraria, lo cierto es que la ficción legal de la inscripción constitutiva, introducirá un elemento de conflicto no solo legal sino también social. Veremos a quien esgrimiendo una escritura inscrita trate de expulsar a quien ocupa la tierra por largos años habiéndose incluso operado la usucapión. O a quien pretenderá hacer valer su título inscripto contra un poseedor por boleto de compraventa que no ha publicitado éste como pretende la reforma. Es evidente que serán los débiles jurídicos quienes saldrán perjudicados.

La posesión cumple una función social.²⁴ El introducir la posibilidad de que la posesión se disocie de la titularidad formal del derecho real se creará un indudable elemento de conflicto que puede llegar a enfrentamientos violentos entre quienes poseen efectivamente un inmueble y quien ostenta un derecho real por haberlo adquirido conforme a lo proyectado mediante título suficiente e inscripción registral. Se trata de un conflicto que puede y debe evitarse manteniendo la tradición y el carácter declarativo de la inscripción registral.

VII. El adecuado funcionamiento de nuestro actual sistema de constitución de derechos reales sobre inmuebles.

1. La influencia de la codificación alemana.

La inscripción constitutiva causó luego de la sanción del código civil alemán un gran deslumbramiento en el mundo jurídico.

En nuestro país esa influencia hizo que los proyectos de Bibiloni, de 1936 y de 1954 escogieran ese sistema y que los Congresos Nacionales de Derecho Civil de 1961 y 1969 se mostraran partidarios del mismo, incluso recomendando la sustitución de la tradición por la inscripción registral como pretende el anteproyecto.

El sistema diseñado por la ley 17711 complementado, y en alguna manera corregido, por la ley 17801 fue visto en un inicio como defectuoso e imperfecto. Sin embargo, cuarenta y tres años de vigencia mostraron como el sistema se adoptó correctamente a la idiosincrasia argentina y los

²⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La función social de la posesión*, Ed. Alianza, Madrid 1969.

autores fueron valorando el papel de la tradición, la eficacia publicitaria de la posesión, y delimitando las funciones del Registro.

Lopez de Zavalía -por ejemplo- propugnó en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil en el año 1969 sustituir la tradición por la inscripción constitutiva, pero años después en 1982 escribiría sobre el ordenamiento alemán “constituye el más finamente elaborado de los sistemas, el técnicamente más perfecto; tiene una estructura maravillosa; es un delicadísimo organismo de relojería y al mismo tiempo es muy complicado (tan complicado que no es del gusto latino; tan complicado que acabo de descubrir que tampoco es del gusto de muchos alemanes, que lo califican de antivital...) Si a los alemanes no les gusta, ¿Cómo les va a gustar a los latinos?”²⁵ El encandilamiento había concluido y además las reformas de 1968 funcionaban adecuadamente no había ya necesidad de trasplantar institutos exóticos a nuestro derecho.

El sistema alemán es idealista, pretende que sea verdad lo publicado en el registro aunque ello fuera falso. Nuestro sistema es realista sin tradición que otorgue la posesión no puede haber derecho real.

2. Las supuestas incoherencias del sistema actual

Afirman los fundamentos del anteproyecto que como “en el Registro de la Propiedad Inmueble se inscriben documentos, o sea títulos, independientemente de que se haya adquirido realmente el derecho real, quien no es titular de un derecho real por no habersele hecho tradición de la cosa, puede otorgar el título a un tercero... De esa manera, quien adquiere un título puede a la vez transmitir lo que, de acuerdo a las constancias del registro, parece ser un derecho real, pese a que el mismo no existe en la realidad extrarregistral por falta de tradición posesoria.”

El argumento tiene más de efectista que de verdad. Por ser precisamente un registro de títulos y no de derechos lo que se trasmite no es el derecho real sino el título suficiente, y todo el sistema permite que el verdadero propietario que se encuentra en posesión no sea despojado. Por otra parte quien adquiere el derecho será informado por el escribano interviniente que para alcanzar el derecho real necesitará la tradición de la cosa.

Si se acepta la tesitura del anteproyecto en muchas ocasiones se creará que se adquiere un derecho real, cuando ello no es así, como cuando se operó la usucapión a favor de un tercero no inscripto. El Registro seguirá

²⁵ LOPEZ DE ZAVALÍA, Curso p. 130

siendo de títulos y no de derechos, como tampoco es un registro de derechos el registro de automotores. Asiste razón a Cornejo cuando afirma que es el registro de derechos solo es posible en sistemas como el alemán que adopta el acto abstracto de enajenación, separando la causa del negocio del efecto transmisivo que es lo único que se registra.²⁶

Lo importante de la tradición es que ésta es “el camino para acceder a la relación directa con la cosa que es la esencia del derecho real y, entonces, al tiempo que le confiere contenido y significado a este último, también pone en evidencia una eventual relación real extrarregistral obstativa a la realización de la tradición de inmuebles”.²⁷ El modo de la tradición asegura el derecho de quien está en poder de la cosa y pone una advertencia a quien pretende adquirir derechos sobre el inmueble basado solo en documentos e inscripciones y no en lo que realmente acontece en el mundo exterior.

3. Los recientes proyectos de reforma y las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Los más recientes proyectos de reforma: el de 1987, el de 1993 y el de 1998 mantuvieron el papel de la tradición y el carácter declarativo de la inscripción en el Registro.²⁸ Por eso puede decirse que el anteproyecto retrocede varias décadas en el reloj de la dinámica jurídica de los derechos reales conforme la práctica argentina.

No coincidimos con los fundamentos del anteproyecto en cuanto afirma que en “múltiples eventos científicos de juristas se ha discutido la falta de coordinación entre tradición e inscripción” y que “no se le ha encontrado verdadera solución convincente”

No podemos acordar con ello dado que los mismos han ido convergiendo en la solución dada por las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) que en pronunciamiento reiterado a la letra –treinta años después- por las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán) establecieron que:

²⁶ CORNEJO, Américo Atilio, *Derecho Registral*, Ed. Astrea, Bs. As. 2001, p. 151.

²⁷ COGHLAN, op. cit. p.51

²⁸ Debe recordarse que los considerandos del decreto 191/2011 se tienen en cuenta el “Proyecto de Unificación proveniente de la Honorable Cámara de Diputados en el año 1987, preparado por una Comisión honoraria integrada por diversas personalidades del ámbito jurídico... Que asimismo, en el año 1993 la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, elaboró a su vez otro Proyecto de Unificación, integrada también por juristas de renombre... Que además, el PODER EJECUTIVO NACIONAL a través de los Decretos Nros. 468/92 y 685/95, creó Comisiones con idéntico fin...” Es decir, se tuvieron en consideración los proyectos de reforma a partir de la década del 80 del siglo pasado, ninguno de los cuales adoptó la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria.

“Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe”. Por tanto, el anteproyecto de 1998 que también se critica tangencialmente en los fundamentos por adoptar esa solución, no hizo más que seguir el uso legal de nuestro país y la doctrina y jurisprudencia que se consolidó luego del dictado de las leyes 17.711 y 17.801.

Es cierto que el conflicto se resuelve probando situaciones fácticas – como dice el anteproyecto-, pero es que el derecho no puede dejar de lado los hechos para contentarse con una verdad formal, que forzosamente violentará la naturaleza de las cosas. Las reglas están suficientemente claras. La única discusión que puede considerarse subsistente hoy en día, es la relativa al conflicto poseedor – acreedor hipotecario, que el proyecto de 1998 resuelve –no a nuestro gusto- en el art. 1844 último párrafo.²⁹

Es cierto también que tener que compulsar el estado posesorio puede resultar molesto al “inversor o a un comprador que descansa en la información del Registro” al que aluden los fundamentos, pero la inscripción constitutiva no resuelve la cuestión:

a) Porque de ninguna forma lo pone a cubierto de la usucapión;

b) Porque difícilmente pueda ser de buena fe quien no compulsó el estado posesorio aun con la declamada suficiencia como modo de la inscripción;

²⁹ Art. 1843 último párrafo del Proyecto de 1998: “Sin embargo, la publicidad posesoria, salvo que exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido, no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión”. Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reflejan la disparidad de criterios en este tema aun cuando la opinión mayoritaria viene perfilándose claramente en sentido contrario a lo dispuesto por el Proyecto de 1998. Declararon las XXIII Jornadas Nacionales “Conflicto entre el poseedor y el acreedor hipotecario o acreedor embargante. Despacho a. El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descriptas [esto es que la oponibilidad a terceros de la posesión de un inmueble fundada en un boleto de compraventa o negocio equiparable no inscripto requiere: a) Posesión y boleto de fecha cierta (o certidumbre fáctica de su existencia) anteriores a la registración del documento que invoca el tercero – adquirente, acreedor inhibiente, embargante, etc. -; b) Buena fe. La buena fe requiere que el poseedor haya adquirido del titular registral o a través de una cadena regular de transmisiones] triunfa en el conflicto de oponibilidad frente al acreedor hipotecario y el acreedor embargante. La buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble (Mayoría). Firmantes: Alterini, Jorge H.; Luna; Villanustre; Rojas Torres; Pepe; Corna; Morales; Ventura; Padilla; Hirsch; Orelle; Pereyra; Pérez; Fernández; Zencic; Salas; Cornejo; Castruccio; Palomanes; Vázquez, Gabriela A.; Anis; Farina; Colombo; Toledo; Barbaglia; Cossari, Nelson G. Despacho b. En el conflicto con el acreedor hipotecario, no constando su conocimiento del estado posesorio anterior, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición posesoria. La solución que da el Proyecto de 1998 al respecto es correcta de lege data (Minoría). Firmantes: Puerta de Chacón; Pujol de Zizzias; Bressan; Casal; Rossetti; Guardiola; Casabé; Sierz.”

c) Por resultar injusto inclinar el fiel de la balanza en contra de la parte más débil de la ecuación a favor de los inversores.

Los fundamentos del anteproyecto afirman que “los pleitos son y seguirán siendo interminables de mantener el sistema actual”, pero además de no existir la litigiosidad que se pregona, los juicios seguirán siendo exactamente los mismos e incluso más salvo que la judicatura cierre los ojos y decida en pro del inversor perjudicar al pobre y al débil.

Como bien se ha dicho “desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora, que cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral”³⁰

La tradición, y la publicidad resultante de la posesión que le sigue a la misma, constituida la primera en modo necesario para la constitución del derecho real contribuyen a hacer más seguro y justo el sistema al basarlo en la realidad y no en simples inscripciones en registros alejados de la mirada del hombre común.

4. Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil son sin dudas el evento más importante del derecho privado argentino. Puesto a debate el tema acerca de la sustitución de la tradición por la inscripción registral constitutiva tanto el discurso inaugural del Dr. Jorge H. Alterini, como la intervención del día posterior del Dr. Luis Moisset de Espanés fueron -con sólidos motivos- absolutamente contrarios a adoptar un sistema de inscripción inmobiliario constitutivo y a dejar de lado como modo suficiente a la tradición.

La votación fue absolutamente terminante sobre cuál es el pensamiento de la abrumadora mayoría de la doctrina argentina.

Mientras una minoría de cuatro votos postuló la sustitución de la tradición por la inscripción en el registro de la propiedad.³¹ Una mayoría de cuarenta votos sostuvo que debía mantenerse la tradición y una inscripción con efectos mere declarativos.

³⁰ ALTERINI, su voto citado, en La Ley 1979- B p. 229

³¹ Formaron la minoría los Dres. Carlos Clerc; Lily Flah; Molina Quiroga y Navarro Zavalía

Dijo la mayoría respecto del régimen de adquisición de los derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión:

“La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática.”³²

A su vez parte de los juristas que firmaron ese despacho propusieron un agregado que explicitaba el principio general enunciado, adición que también obtuvo mayoría y que declaró que:

“1.- Una futura reforma del Código Civil debe mantener la coexistencia de las publicidades posesoria, cartular y registral.

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

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

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

a) el avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y b) graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar. De acuerdo a los Arts.14 bis, 75 incisos 19, 22 y 23 CN y a la constitucionalización del Derecho Civil, es reprochable constitucionalmente un sistema de registración constitutiva.”³³

³² El despacho mayoritario fue suscripto por los Dres. Pepe; Rojas Torres; Villanustre; Bressan; Luverá; Luna; Puerta de Chacón; Pujol de Zizzias; Alterini, Jorge H.; Fernández; Corna; Morales; Ventura; Padilla; Hirsch; Orelle; Casabé; Casal; Pereyra, José R.; Pérez; Zencic; Salas; Cornejo; Sierz; Rossetti; Daguerre; Castruccio; Anis; Farina; Palomanes; Encabo; Guardiola; Vázquez, Gabriela A.; Barbaglia; Colombo; Toledo; Chocobar; Cossari, Nelson y Martínez, Víctor

³³ Firmaron la ampliación: Pepe; Rojas Torres; Villanustre; Bressan; Luverá; Luna; Puerta de Chacón; Alterini Jorge H.; Chocobar; Fernández; Pujol de Zizzias; Hirsch; Orelle; Casabé; Casal; Pereyra; Pérez; Rosetti; Sierz; Cornejo; Salas; Zencic; Castruccio; Daguerre; Corna; Morales; Anis; Farina; Vázquez; Cossari, Nelson; Colombo; Padilla y Barbaglia.

VIII. A manera de conclusión.

El sistema inmobiliario vigente en la Argentina funciona adecuadamente. En las transmisiones de derechos reales por acto entre vivos el escribano –principalmente- será el encargado de confeccionar el título. La tradición como modo asegurará a quien pretende adquirir el inmueble que efectivamente la cosa está en manos de quien dice tener derecho sobre la misma y que ahora pasa a su poder. Si el derecho real no se ejerce por la posesión igualmente la publicidad posesoria podrá informar al adquirente si el dominio que formalmente ostenta el enajenante es tal o si por el contrario otro ocupa el inmueble y quizás sea su verdadero propietario o tenga un derecho mejor. Por último, la inscripción registral con efectos declarativos terminará por dotar al sistema de una adecuada publicidad complementando la posesoria.

La supresión de la tradición y su reemplazo por una inscripción pretendidamente constitutiva tenderá a crear la ilusión que lo asentado en el Registro coincide con la realidad material, con perjuicio frecuente para los adquirentes, quienes deberán desengañarse de que no es así; y con mayor daño hacia quienes pueden terminar con sus derechos suprimidos o desconocidos, sobre todo si vía legal o jurisprudencial el nuevo sistema constitutivo se endurece para obtener coherencia interna, limitando la usucapión o la oponibilidad de la publicidad posesoria. Todo ello impactará negativamente sobre lo más desfavorecidos de la sociedad, pero también sobre amplios sectores de la clase media argentina, creando situaciones de injusticia y violencia que se está a tiempo de evitar.

Nada se adelanta suprimiendo la tradición y adoptando la inscripción constitutiva que rige en poquísimos países y que se encuentra alejada desde siempre del sentir popular y desde hace varios lustros también del de la gran mayoría de los juristas. Habrá que aceptar humildemente que la reforma que “a la argentina” se realizó en 1968 se adoptó perfectamente a nuestras costumbres y no debe ser cambiada en pro de sistemas que pueden funcionar perfectamente en otros países³⁴, pero que como especie exótica puede destruir el ecosistema jurídico nacional en materia inmobiliaria.

³⁴ Lo que también es dudoso. Gonzales Barrón (op. cit. “La usucapión...”) recuerda las críticas al régimen alemán que “ya desde antiguo... incluso cuando solo era proyecto, sufrió comentarios negativos respecto a la transmisión de la propiedad fundada en el formalismo de una inscripción asentada en alguna oficina pública, lo que desconecta la propiedad de la vida social y de la conciencia popular”