

**SISTEMA DE PREFERENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN O
TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES SOBRE
INMUEBLES POR ACTOS ENTRE VIVOS EN EL NUEVO CCCN
LEY 26994**

Por José Ignacio BERROTARAN¹

SUMARIO: I.-Los antecedentes del nuevo sistema de preferencias - II.- La aparición en sistema argentino de constitución o transmisión de los derechos reales de los registros constitutivos - III.- La reforma de la Ley 17711 y la registración perfeccionadora de los contratos de derechos reales sobre inmuebles - IV.- La inscripción “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmuebles en el viejo CC. - V.- La inscripción “perfeccionadora” del derecho real de hipoteca desde los orígenes del CC – Ley 340 - VI.- Un caso sin aclarar en el viejo CC.: Las servidumbres negativas - VII.- El doble sistema de preferencias en el viejo CC.: el primero en la tradición o el primero en la registración - VIII.- ¿Existió en el viejo CC. un “Jus Preferendi” para derecho personales? - IX.- El sistema de constitución, transmisión y preferencia de los derechos reales en el nuevo CCCN – Ley 26994 - X.- La inscripción declarativa y el requisito de la buena fe para el que recibió primero la posesión de la cosa - XI.- Conclusiones sobre el actual sistema de preferencias en la adquisición y constitución de derechos reales sobre inmuebles

* Profesor Adjunto de Privado V (Derechos Reales) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

I.-LOS ANTECEDENTES DEL NUEVO SISTEMA DE PREFERENCIAS:

1.2.- El nuevo CCC de la Nación (Ley 26994) ha sistematizado nuevamente las reglas que rigen la preferencia de derechos en caso de conflictos entre quienes pretenden estos derechos.

El anterior Código Civil (Ley 340 del 25/09/1869) tenía como disposiciones centrales los arts. 577 y 3265.

La regla básica era que “todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona sólo pasan al adquirente de esos derechos por tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones.” (art. 3265 CC Ley 340).

Con esta enunciación parecería que “todos los derechos de una persona”, lo que incluiría tanto derechos personales como reales, sólo podían transmitirse por título y modo.

Con mayor razón desde que la única excepción explícita en el art. 3265 era la referida al régimen sucesorio.

1.3.- Sin embargo, en una correcta interpretación integradora, había que correlacionar el art. 3265 con el 577 (CC Ley 340) que aclaraba acabadamente que “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre la misma ningún derecho real.”

Quedaba así definido que el sistema de “título y modo” solamente era operativo para la adquisición de los derechos reales.

La ubicación metodológica del art. 577 en el libro Segundo del viejo CC., que trata de “Las Obligaciones”, o más técnicamente,

de “Los Derechos Personales en las relaciones Civiles”, entre los Títulos VI y VII, marcaba además, y muy didácticamente, la dinámica de la transmisión de los derechos reales por actos entre vivos: El título debía ser un contrato, del cual resultarían obligaciones, entre ellas la de la entrega de la cosa, de cuyo cumplimiento recién resultaría la transferencia del derecho real.

1.3.- Por actos entre vivos, solamente cuando se sumasen el título y el modo, el derecho real habría sido transmitido o constituido.

1.4.- Otras reglas se aplicaban para la transmisión por causa de muerte, o para la adquisición originaria de los derechos reales.

II.- La aparición en sistema argentino de constitución o transmisión de los derechos reales de los registros constitutivos.

1.1.- En 1943 se dictó el decreto 17160, después convalidado por la ley 12913 de 1946, que estableció un registro constitutivo de derechos reales para las palomas mensajeras de carrera.²

1.2.- Más tarde, en 1958, se dictó el Decreto Ley 6582 (después ratificado por Ley 14467) que establecía, también para la adquisición de los derechos reales sobre automotores, su inscripción constitutiva: “La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o

² Todavía no había terminado la segunda guerra mundial, y quizá el legislador consideró la importancia de estos animalitos en los conflictos bélicos recordando el papel que cumplieron en la primera gran guerra. Recordemos, a modo de ejemplo, que luego de la batalla de Verdun el gobierno francés condecoró a una paloma mensajera que había tenido un desempeño destacado en las comunicaciones de su ejército que defendió esa localidad.

privado, y sólo producirá efecto entre las partes y con relación a terceros desde su inscripción en el Registro Nacional del Automotor” (art. 1 Dec. Ley 6582/58).

1.3.- El título, en este caso, era el acuerdo de voluntades entre el transmitente y el adquirente del derecho real, cuya forma era el instrumento público o el privado (en la práctica éste último requería un instrumento público complementario (la autenticación de las firmas de los contratantes), y el modo era la inscripción registral.

1.4.- Este modo – inscripción era constitutivo de los derechos reales sobre los automotores.

Antes de la registración, el contrato entre las partes solamente generaba obligaciones, pero recién al inscribirse la transferencia se producía la transmisión o la constitución del derecho real sobre los automotores.

1.5.- Como lo ha dicho la doctrina, en el caso de estos bienes registrables (los automotores, y también palomas mensajeras y caballos pura sangre de carrera), la mutación de su situación jurídica de dominio solamente se realiza dentro del registro, cuando se produce la inscripción de una transferencia, y no como en el caso de las demás cosas muebles e inmuebles, que no eran registrables en aquella época, y para los que la transmisión del derecho real se producía fuera del registro.

Comenzaba el tiempo de los derechos reales sobre muebles registrables.³

³ Gabriel Ventura incluye este fenómeno dentro de otro más amplio: la tendencia a registrar las relaciones jurídicas en general: “Es así como vemos aparecer en el tiempo, de manera escalonada, distintos registros jurídicos: de automotores, de caballos de carrera, de buques, aeronaves, de derechos intelectuales, de marcas y señales de ganado, etc. Todos estos fenómenos de registración han sido precedidos por otros sistemas registrales, como los registros personales de estado civil,

III.- La reforma de la Ley 17711 y la registración perfeccionadora de los contratos de derechos reales sobre inmuebles.

1.1.- Al reformarse el CC (Ley 340) en 1968 por Ley 17711, se sustituyó el art. 2505, que establecía genéricamente que los derechos reales se adquirían o se perdían por los actos o hechos previstos en aquél código, por una nueva norma que establecía específicamente que “La adquisición o transmisión de los derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda..” (art. 2505 Ley 1771).

En 1968 comenzaba el tiempo de la registración de todos los derechos reales sobre los inmuebles.

Este registro era declarativo.

1.2.- Recién en 1973 se crearía otro registro constitutivo, que ya he mencionado anteriormente, para los caballos pura sangre de carrera, por Ley 20378.

primero a través de los asientos parroquiales, asientos bautismales, matrimoniales, defunciones y otros. Pero lo que distingue éstos de aquellos, es la finalidad misma que les da origen. Pues mientras aquellos procuran tutelar la seguridad de la propiedad, tanto en su faz estática como dinámica, éstos en cambio persiguen fines más relacionados con los llamados derechos personalísimos, como el estado de familia, el nombre, la capacidad, etc. Sin embargo no debemos desconocer que, en ocasiones, aun los registros de bienes pueden obedecer a otros fines que no sean la tutela dominial y del tráfico de ciertas cosas, sino que su objetivo apunta a intereses puramente tributarios, sociológicos, preventivos o estadísticos. Pues bien, los registros que aquí nos interesan, por relacionarse más directamente con el tema que nos atañe, los automotores, son los atributivos del dominio que, sin descartar aquellos fines genéricos que vemos como algunos de sus objetivos, centran sin embargo su atención en la dinámica constitutiva y de circulación dominial de los bienes que se asientan.” (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 14).

En este trabajo me he limitado al estudio los registros de derechos reales.

Pero a diferencia de los automotores, y de las palomas mensajeras, y de los caballos de carrera, para los que el legislador estableció la registración constitutiva, para los inmuebles la inscripción registral no era constitutiva sino meramente declarativa.

1.3.- Esto significaba, que aunque no estuviera inscripto el contrato, el mismo producía efectos entre las partes; pero cuidado: para que el adquirente recibiera el derecho real, debía efectuarse también la tradición.

1.4.- El sistema de título y modo posesorio del art. 577 continuaba vigente.

¿Qué había aportado de nuevo la reforma de 1968?

Mucho: se había incorporado al sistema legislativo el registro declarativo de todos los contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles.

1.5.- El texto del art. 2505 incluido por la reforma de la Ley 17711 al viejo CC., disponía ahora que “Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.” (art. 2505 CC Ley 340, segunda parte).

1.6.- Implícitamente, y a diferencia del régimen de los automotores, donde sin registración la transmisión del derecho real no existía ni siquiera para las partes, se establecía que, en materia de inmuebles, para las partes y para algunos terceros, el contrato si era válido, y que, cumplida la tradición posesoria, el derecho real se habría transmitido.

1.7.- De otras normas surge que, tratándose de contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles, para quienes hubieran conocido o debido conocer los actos causales, la transmisión también era válida y oponible.

Pero esta exigencia de publicidad para la oponibilidad de los derechos reales sobre inmuebles era solamente para una clase especial de terceros, los terceros interesados, o sea aquellos que eran acreedores del enajenante.

1.8.- De conformidad a la reforma introducida en 1968 (Ley 17711), para que el derecho real sobre inmuebles, adquirido por título y modo, fuera oponible a terceros interesados, el contrato causal debía registrarse: “Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.” (art. 2505 CC Ley 340, última parte).

IV.- La inscripción “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmuebles en el viejo CC.

1.1.- La inscripción que exigía el art. 2505 era perfeccionadora, porque hacía oponible el contrato, y el derecho real sobre inmueble que podía resultar de la consiguiente tradición de la cosa, a esta clase especial de terceros acreedores, para quienes, antes de la inscripción, ni el contrato, ni la modificación de la situación jurídica real de la cosa, eran oponibles.

1.2.- Podríamos decir que la oponibilidad era consecuencia del perfeccionamiento del contrato por su inscripción registral, o que al adquirir el contrato esta oponibilidad, el derecho real constituido por título y modo, se había perfeccionado por la adición de esta cualidad de la que antes carecía.

1.3.- Antes de la inscripción, el derecho real transmitido entre vivos por título y modo, existía, pero no tenía oponibilidad frente a los terceros acreedores del enajenante.

Es decir, no producía efectos frente a estos terceros.

1.4.- Sin embargo, debo señalar que, con la mera inscripción del contrato no se adquiría el derecho real sobre los inmuebles; ni para las partes, ni frente a los demás terceros.

Subsistente el art. 577 en el viejo CC., para que el adquirente recibiese el derecho real, debía haber tradición de la cosa.

1.5.- Para que la transferencia del derecho real existiese, tanto para los muebles no registrables, como para los inmuebles, debía haber tradición.

La exigencia de la tradición para la constitución del derecho real fue entendida por Vélez Sarsfield como una necesidad de sentido común, que éste explica, siguiendo el pensamiento de Freitas, en la nota al art. 577: “No se concibe una sociedad que esté obligada a respetar un derecho que no conoce.” (Nota al art. 577 del viejo CC).

1.6.- Advertimos así, que en el sistema proyectado por Vélez Sarsfield, la tradición posesoria era constitutiva e indispensable para adquirir el derecho real sobre un inmueble, lo que era, a la vez, una necesidad y una consecuencia inmediata del carácter absoluto de los derechos reales, que debían ser oponibles “erga omnes”: “El dominio es por esencia un derecho absoluto y sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos..” (Nota al art. 577 del viejo CC).

1.7.- Si todos debían respetar los derechos reales de otros, estos derechos debían tener una publicidad que diera a todos los miembros de la sociedad, la posibilidad de conocer su existencia, sus modificaciones y su extinción.

Esta publicidad era la publicidad posesoria.

Sin embargo, en el Código de Vélez había derechos reales que no tenían esta publicidad posesoria.

V.- La inscripción “perfeccionadora” del derecho real de hipoteca desde los orígenes del CC – Ley 340.

1.1.- Aquí debemos hacer un alto en nuestras reflexiones históricas sobre el viejo CC. para reseñar que el derecho real de hipoteca fue excluido en el mismo de la exigencia de tradición de la cosa hipotecada, en razón de que, precisamente, este derecho no se ejercía por la posesión: “La hipoteca es un derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.” (art. 3108 CC Ley 340).

1.2.- Consecuencia de esto era que la tradición no era requerida para la constitución de una hipoteca.

1.3.- Parecería de la norma citada que sólo el deudor podía constituir una hipoteca, pero seguidamente el viejo CC aclaraba que este derecho real también podía ser constituido por un tercero que no quedaba obligado personalmente: “No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente.” (art. 3121 CC Ley 340).

1.4.- La identificación del posible constituyente como “un tercero” que se hace en el art. 3121 antes citado despeja cualquier duda sobre la legitimación de un “no deudor” para constituir una hipoteca en garantía de una deuda ajena.

Entonces la hipoteca podía ser constituida tanto por el deudor como por un tercero, siempre y cuando que el

constituyente fuera capaz y propietario del inmueble hipotecado (art. 3119 CC Ley 340).

Aparece así, en el CC. original proyectado por Vélez Sarsfield, mucho antes de la reforma del art. 2505 por la Ley 17711, el concepto “registro declarativa” y de la “oponibilidad” de la hipoteca frente a terceros por su inscripción: “La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a esos efectos..” (art. 3135 viejo CC.).

1.5.- Se refiere el sistema original del CC. Ley 340 también a los terceros interesados, ya que se exige en la norma que estos terceros puedan “ser perjudicados” por la hipoteca, y solamente estarían en este caso los acreedores del constituyente.

1.6.- También aparece en el CC de Vélez la idea del perfeccionamiento de este derecho real por su inscripción registral, ya que el mismo existe frente a todos sin necesidad de su inscripción: “Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada..” (art. 3135 citado, segunda parte).

La inscripción de la hipoteca, en el viejo CC. Ley 340, era declarativa.

1.7.- En el sistema original del viejo CC. aparece otra idea fuerza, que es la del título suficiente: no sólo debe haber un contrato válido, entre personas capaces y donde el titular de un derecho real de dominio sobre un inmueble lo hipoteca, sino que este contrato también debe estar revestido de la forma solemne

escritura pública para existir como tal y tener eficacia (arg. art. 1184 inc. 1 del viejo CC).

1.8.- Sin escritura pública, el contrato constitutivo de hipoteca solamente podría valer como promesa de hacer esa escritura, si pudiera valer como tal, es decir si el constituyente hiciera esta promesa a título oneroso (arts. 1184 inc. 1 y 1810 inc. 1 CC Ley 340).

1.9.- La reforma de 1968 del CC vino a aclarar que, si un tercero prometiese, por instrumento privado, constituir una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, para garantizar la deuda de un tercero gratuitamente, para beneficiar al deudor, este promitente benevolente no estaría obligado por esta promesa de hipoteca (arg. art. 1810 inc. con la reforma introducida por la Ley 17711 excluyendo la aplicación del art. 1185 para el caso de donaciones sobre inmuebles).

En el sistema jurídico argentino vigente, tanto los registros declarativos como los constitutivos son causales: del asiento deben resultar, tan sintéticamente como se pueda, todos los elementos del derecho real publicitado.⁴

⁴ “El registro causal toma la causa generadora o título del derecho como elemento fundamental del asiento registral. Las causas de adquisición, en realidad un extracto o resumen de ellas, van archivándose en orden cronológico en diversos protocolos, conforme a los derechos que hacen nacer o a las medidas judiciales que disponen. Así tendremos protocolos de dominios, de usufructos, de hipotecas, de embargos, de inhibiciones, etc. En cierta forma hay una especie de sistema de transcripción a la manera francesa, pero se sintetizan las causas colocándose en los asientos, sólo los elementos esenciales que requiere el tráfico. Cabe advertir, sin embargo, que sea cual fuere el sistema adoptado, todos los elementos de la relación jurídico real deben surgir del asiento. Como es obvio, habrá más precisión o método en la especialidad o determinación del elemento que se haya tomado por base de imputación; pero, en definitiva, todos los elementos deben surgir de la registración. (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 18).

VI.- Un caso sin aclarar en el viejo CC.: Las servidumbres negativas.

1.1.- El viejo CC no aclaraba la situación de las servidumbres negativas, como la servidumbre de no edificar, que como la hipoteca, tampoco se ejercen por la posesión, por lo que no existe la tradición, y cuya registración no fue prevista, pero para la que creo aplicable, por un motivo elemental de analogía, el régimen hipotecario de registración declarativa perfeccionadora.

VII.- El doble sistema de preferencias en el viejo CC.: el primero en la tradición o el primero en la registración.

1.1.- Llegamos así a una primera conclusión: Para los derechos reales sobre inmuebles, en el viejo CC., luego de la reforma de la Ley 17711, éstos se continuaban adquiriendo por título y modo (art. 577), pero sólo se hacían oponible a terceros interesados por su inscripción registral (art. 2505 T.O. Ley 17711).

1.2.- Cuando hay conflicto de intereses, ya sea porque A vende dos veces un mismo inmueble de su propiedad, contratando primero con B y luego con C, o porque A le vende a B, pero es embargado por su acreedor C, el sistema del viejo CC, luego de la modificación del art. 2505 por la Ley 17711, daba una solución alternativa: la preferencia la tenía el que primero inscribió o el que primero recibió, de buena fe, la posesión por tradición.

1.3.- En el sistema originario del viejo CC., en el caso de la doble venta, cuando A no hubiera entregado la posesión ni a B ni a C, la preferencia la tenía el acreedor cuyo título tuviese una fecha cierta más antigua.⁵

⁵ Esta solución, de preferir al poseedor más antiguo, se remonta en el tiempo y su persistencia en los distintos sistemas legales en el tiempo parece legitimar sus bondades. Tómese por ejemplo lo dispuesto por el Código Civil Español de 1889 en su artículo 445, y la valoración que de él hace Joaquín Eschiche: “Confirma el

1.4.- Con la reforma de la Ley 17711, que imponía la inscripción registral declarativa, deberíamos tener en cuenta además, el caso de que tampoco se hubiese inscripto el contrato - título a nombre de ninguno de los dos compradores.

1.5.- En ambos casos la preferencia la tendría el acreedor cuyo título tuviese una fecha cierta anterior.

1.6.- Sin tradición y sin inscripción, el viejo CC., con la reforma de 1968, para las obligaciones de entregar inmuebles para transmitir o constituir derechos reales, daba la preferencia a quién primero hubiera contratado, siempre y cuando su contrato tuviese fecha cierta: “Si la cosa fuera inmueble, y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, sin que a ninguno de ellos le hubiese hecho tradición

vigente Código Civil Español, como la generalidad de los códigos, la doctrina expuesta por Escriche en el texto.. La posesión no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueran las mismas, el que presente título, y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes (art. 445).” (Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, concordado y comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901, Pág. 370, Posesión).

Recordamos además, la vigencia de este cuerpo legal desde 1889: “El Código Civil Español se publicó por autorización concedida en el Real decreto de 6 de octubre de 1888, con arreglo a las bases aprobadas por ley de 11 de mayo anterior y comenzó a regir en 1º de mayo de 1889, en virtud de lo dispuesto por Real decreto de 11 de febrero del mismo año. Se incurrió al hacer su publicación, en diversas inexactitudes, que enobediencia la ley de 28 de mayo del repetida año 1889, fueron rectificadas por Real decreto de 24 de julio siguiente. Por Real decreto de 31 del mismo mes se hizo extensivo el Código, sin modificación alguna, a Cuba, Puerto Rico y Filipinas.” (Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, concordado y comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901, pág. 127 “Códigos y leyes civiles”).

de la cosa, será preferido el acreedor cuyo instrumento público fuese de fecha anterior.” (art. 596 CC Ley 340).

1.7.- La norma se refería a “Instrumentos públicos” y no a “escrituras públicas”, pero tratándose de contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles, del art. 1185 (CC Ley 340) podría inferirse que los mismos deberían ser instrumentados en escritura pública para tener estos efectos de oponibilidad.

1.8.- Sin embargo, la referencia explícita a la “fecha cierta” me hace pensar que, aunque no se tratase de una escritura pública, sino por ejemplo, de un boleto privado con certificación de firmas, la preferencia la tendría el contrato con la certificación de fecha anterior.

1.9.- La certificación de firmas es, como ya se ha dicho, un documento complementario de un instrumento privado, autorizada por un escribano y que se registra en el Libro de Registro de Firmas a cargo del notario, gozando de autenticidad por su condición de instrumento público –salvo querrela de falsedad- y que traslada la certeza de la fecha de la certificación al instrumento privado adjunto.

VIII.- ¿Existió en el viejo CC. un “Jus Preferendi” para algunos derechos personales?

1.1.- Se aplica aquí la regla de que el primero en el tiempo tiene un mejor derecho, aún cuando no haya habido escritura pública, y aún cuando no se haya adquirido todavía ningún derecho real por no haber habido tradición de la cosa.

1.2.- Acá aparecería en el Código de Vélez Sarsfield un quiebre de la regla de que solamente los derechos reales tienen “Jus Preferendi”, ya que en el caso de una doble venta de inmuebles, donde no se ha hecho tradición a ninguno de los

compradores, no hay ningún derecho real, pero la preferencia la tiene el acreedor cuyo contrato está documentado en un instrumento público de fecha cierta primero en el tiempo.

1.3.- Tendríamos que decir que en aquél código, a veces, los derechos personales también tenían “Jus Preferendi”.

Es de hacer notar que este caso queda restringido a derechos personales que tienen vocación de constituir, a futuro, un derecho real.

IX.- El sistema de constitución, transmisión y preferencia de los derechos reales en el nuevo CCCN – Ley 26994.

1.1.- En el nuevo CCCN vigente (Ley 26994) el sistema de constitución del derecho real por título y modo se recibe en el art. 1892: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes..”

1.2.- Al igual que en el art. 577 del viejo CC, este sistema de adquisición de los derechos reales se aplica tanto para muebles como inmuebles, salvo regímenes especiales de registros constitutivos como se dan para los automotores, caballos pura sangre de carrera (Ley 20378 de 1973) y palomas mensajeras.⁶

⁶ Dice Gabriel Ventura: “Las palomas de carrera mensajeras, aquellas que tienen la costumbre de volver al punto en que se encuentra su criador, han sido objeto de regulación expresa por decreto 17160 de 1943, convalidado por la ley 12913/46. Se establece allí la necesidad de registración no sólo del dominio del animal, sino de su posesión o tenencia. Lo curioso de este registro es, además, que se trata del primer registro con efectos constitutivos en el país. Ver un breve desarrollo del funcionamiento de este registro en FANZOLATO, Eduardo I. “El Asentimiento Conyugal”, Ed. del autor, Córdoba, 1986, pág. 194 y ss. 1” (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 8.). Quizá la importancia de la registración de la tenencia de palomas mensajeras esté relacionado con el uso militar que se dió a las mismas en la historia reciente, uso quizá superado actualmente por otros medios de comunicación, aunque eventualmente estas mensajeras pudieran ser utilizadas eventualmente como medio de comunicación militar alternativo, o para algunas actividades criminales, como el narcotráfico.

1.3.- El art. 1892 del nuevo CCCN. continúa aclarando que la tradición a la que se refiere es aquella que consiste en la entrega voluntaria de la posesión: “La tradición posesoria es modo suficiente para constituir o transmitir derechos reales..” y que “la registración es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos.”

1.4.- La norma instala la posesión como “modo suficiente” para constituir los derechos reales y da igual tratamiento a la registración.

1.5.- ¿Podríamos entender que se ha establecido en el nuevo CCCN Ley 26994 una registración constitutiva para los derechos reales sobre los inmuebles?

1.6.- Sigue vigente la Ley 17801, complementaria del viejo CC., y ahora, con algunas modificaciones, complementaria también del nuevo CCCN., pero que mantiene el art. 2 referido actualmente a los nuevos arts. 1890, 1892 y 1893 y que mantiene la anterior disposición en cuanto a que la inscripción de los documentos “Que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles..” (inc. a. art. 2 Ley 17801 T.O. Ley 26994) debe ser inscripta “para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley..” (art. 2, primera parte).

1.7.- El art. 1890 del CCCN es una norma de contenido amplio, que establece que “Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los

títulos en el respectivo registro a los efectos que corresponda.” (art. 1890 CCCN.).

1.8.- Así, los derechos reales sobre automotores se inscribirán en el Registro del Automotor (Dec. Ley 6582/58), y los derechos reales sobre inmuebles en el Registro Inmobiliario (ley 17801).

1.9.- La inscripción en el Registro del Automotor será constitutiva (art. 1 Dec. Ley 6582/58), en tanto la de los inmuebles seguirá siendo declarativa (art. 2 Ley 17801 T.O. Ley 26994).

1.10.- Si la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria es para oponibilidad de este contrato sobre derechos reales sobre un inmueble, podemos decir que es perfeccionadora, ya que el derecho real, en el sistema del nuevo CCCN. se sigue constituyendo por título y modo, y la inscripción del título sólo lo hace oponible a terceros interesados, completándolo.

IX.- El sistema de registración “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmueble en el nuevo CCCN – Ley 26994.

1.1.- El sistema de inscripción declarativa “perfeccionadora” de los derechos reales sobre inmuebles se reafirma totalmente con el texto del art. 1893 del nuevo CCCN, que dispone que: “La adquisición o transmisión de derechos reales constituídos de conformidad a las disposiciones de este código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.” (aart. 1893 CCCN.).

1.2.- En materia de automotores, si no hay inscripción no existe el derecho real.

Si no existe el derecho real no podemos hablar de oponibilidad.

1.3.- En materia de inmuebles, para la transmisión de derechos reales por actos entre vivos, el art. 1893 remite a los modos de constitución por actos entre vivos dispuestos en el CCCN, esto es, al art. 1892, que exige título y modo: es decir, contrato y tradición.

1.4.- Aparece nítido en el art. 1893 que los terceros que serán afectados por la oponibilidad serán los “terceros interesados”, esto es, terceros acreedores del enajenante o del transmitente.

Se aclara así cualquier duda que pudiera haber generado el texto del art. 1892 en cuanto a que “La inscripción registral es modo suficiente..”, porque en materia de adquisición de derechos reales sobre inmuebles, la inscripción registral no sustituye a la tradición.

1.5.- Tratándose de derechos reales que se ejercen por la posesión, el derecho solamente se adquiere, por actos entre vivos, cuando el título es completado por la tradición material de la posesión sobre la cosa.

1.6.- Para los automotores esta norma del art. 1892 es también de aplicación, pero con un sistema sustancialmente diferente, ya que la inscripción constitutiva sustituye a la tradición posesoria.

Para los automotores, la inscripción valdrá como modo suficiente y no será necesaria la tradición.

X.- La inscripción declarativa y el requisito de la buena fe para el que recibió primero la posesión de la cosa.

1.1.- Para los inmuebles, la inscripción registral tiene efectos publicitarios (art. 2 Ley 17801 T.O. Ley 26994) y afecta la buena fe de quién adquiere el derecho real después de que otro contrato sobre la misma cosa haya sido inscripto.

1.2.- Los arts. 21, 22 y 23 de la Ley 17801, disponen que el Registro Inmobiliario es público: “El Registro es público para quién tenga interés en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas..” (art. 21 Ley 17801); El registro es obligatorio ya que “La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición sólo podrán acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes.”. (art. 22 Ley 17801).

1.3.- Digo además que la registración declarativa de los contratos referidos a derechos reales sobre inmuebles es obligatoria, porque únicamente con los certificados expedidos por el Registro Inmobiliario podrá acreditarse la situación jurídica actual de derechos reales sobre un inmueble.⁷

⁷ La registración constitutiva y la declaratoria de los derechos reales son obligatorias porque en el caso de la constitutiva, sin inscripción, no existe el derecho; en tanto en la declarativa, sin bien el derecho existe fuera del registro, sin registración no es oponible a ciertos acreedores: “Es importante también aclarar aquí, en materia de automotores, que la obligatoriedad de la inscripción no debe confundirse con el efecto constitutivo que se le asigna al registro, puesto que, si bien todo registro constitutivo es por principio obligatorio, dado que el no registrado no es titular de derecho alguno, más que una sanción, a los efectos de la clasificación de los registros, la falta de registración haría carecer al acto de uno de los elementos integrativos de la dinámica adquisitiva. Existen otras sanciones no tan drásticas y contundentes, por ejemplo multas o la condena a la inoponibilidad a ciertos terceros en particular de ese derecho no inscripto, una especie de ineficacia relativa.” (Ventura, Gabriel en “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 16).

1.4.- Es obligatorio también porque solamente con estas certificaciones podrán autorizar los escribanos “..los documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles..” (art. 23 Ley 17801).

1.5.- Entonces, en materia de oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, el nuevo CCCN (Ley 26994) ha mantenido el sistema del viejo CC (Ley 340) y de la Ley 17801: El primero en la tradición o en la registración tendrá un mejor derecho.

1.6.- Si A vende un mismo inmueble de su propiedad a B y a C, y le entrega la posesión a B sin que la venta se haya inscripto a nombre de C, B ha adquirido el Dominio sobre la cosa y este derecho real tendrá el “Jus Preferendi” frente a C que solamente será un acreedor frustrado y que conservará las acciones personales por incumplimiento de contrato y daños contra A.

1.7.- Si A vende a B y le entrega la posesión del inmueble, y después escritura la venta a favor de C, y este segundo contrato se inscribe, la prioridad también la tendrá B, que recibió primero la posesión del inmueble, quién incluso podrá pedir que se cancele la inscripción a nombre de C para poder inscribir su contrato.

1.8.- En este caso, es de hacer notar que, si el contrato de A a favor de B no se hubiera realizado por escritura pública, este título resultaría insuficiente por defecto de forma.

1.9.- Sin embargo, y pese al defecto formal, la situación ha sido resuelta por el legislador en el art. 2256 del CCCN. en favor del contratante que primero recibió la posesión.

1.10.- Este art. 2256 está en la Sección Segunda, del Capítulo Segundo, del Título Décimo Tercero del Libro Cuarto del CCCN (Ley 26994), en la parte que trata de la prueba en la reivindicación de inmuebles: "a.) Si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quién primero es puesto en la posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título." (art. 2256 inc. a. CCCN Ley 26994).

1.11.- No se requiere que el título de quién primero fue puesto en la posesión de la cosa sea formalmente perfecto, es decir no se requiere la escritura pública; tampoco se requiere que el título de quién recibió primero la tradición sea anterior al de quién no recibió la posesión, pero se exige la tradición anterior, y muy especialmente, la buena fe de este poseedor, que al momento de recibir la tradición, debe ignorar la otra venta.

1.12.- Esto mejora el texto del art. 2791 del CC (Ley 340), que para el caso de doble venta disponía solamente que "el primero que ha sido puesto en la posesión de la heredad, se reputa propietario.", que si bien había sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en el mismo sentido que ahora resulta explícitamente del texto del art. 2256 inc. a. del CCCN Ley 26994, no daba una solución tan completa al problema planteado.

1.13.- Más aún: podrían haberse generado dudas en cuanto a que el que primero recibió la posesión con un título formalmente imperfecto, como un boleto de compraventa, adquiriría realmente el derecho real o solamente se "reputaba

propietario”, lo que hubiese obligado a desarrollar la idea de que, aquél a quién “se reputa” o se trata como si estuviera en una determinada situación jurídica es porque no está en esa situación jurídica, o no tiene la calidad jurídica que se le atribuye, pero que “se reputa” como si la tuviera para algún efecto limitado, como en el caso, poder rechazar la acción reivindicatoria de quién no recibió la posesión.

XI.- Conclusiones sobre el actual sistema de preferencias en la adquisición y constitución de derechos reales sobre inmuebles.

1.1.- En el sistema actual la preferencia en la adquisición de los derechos reales, en caso de conflicto, se reconoce a quién primero recibió la posesión de la cosa de buena fe; o a quién primero inscribió su contrato.

1.2.- Esta preferencia permite rechazar la reivindicación de quién no la tiene.

1.3.- Para el caso de una doble venta sin tradición y sin registración, el art. 756 del nuevo CCCN mantiene la solución de preferir al acreedor “..que tiene título fecha cierta anterior.”

1.4.- La nueva sistematización es, en lo esencial, muy similar a la del anterior CC Ley 340, lo que debe valorarse positivamente ya que el sistema anterior, producto de una concepción original muy acertada sobre esta cuestión, y de las reformas que, como fruto de la experiencia y del debate jurisprudencial y doctrinario, se fueron introduciendo durante su vigencia, ha demostrado la conveniencia de su mantenimiento.

1.5.- Debe destacarse en el nuevo sistema, la depuración metodológica, la completitud de los supuestos previstos y de

sus soluciones, y que no se advierten redundancias ni contradicciones.⁸

BIBLIOGRAFÍA:

Ahumada, Daniel Eduardo; “Ley Registral Inmobiliaria – Ley 5771 y Disposiciones Técnico Registrales”, Editorial Alveroni, Córdoba 2002.

Alchouron, Carlos E. – Bulygin, Eugenio; “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Astrea, Bs. As. 1987.

Bortolatto, Ana María; “Derechos Reales – Manual”, Editorial Conosur, Córdoba 1994.

Bortolatto, Ana María; “Manual Guía de Derechos Reales”, Editorial Francisco Ferreyra, Córdoba 2000.

Escriche, Joaquín D.; “Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia – Compilado, Concordado y Comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga”, Editorial Garnier Hermanos, París 1901.

⁸ En tanto en cuanto sistema de normas, el derecho debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son ejemplos de tales exigencias básicas. La eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es, por lo tanto, uno de los objetivos más importantes de la ciencia del derecho. Un papel no menos importante desempeña en la teoría jurídica la idea de completitud, que ha sido muy debatidas por los juristas y los filósofos del derecho bajo el rótulo de “lagunas del derecho”. Por último, la independencia de las disposiciones legales y la consiguiente eliminación de las redundancias es también uno de los objetivos del legislador y del científico. (Alchouron, Carlos E. – Bulygin, Eugenio; “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Astrea, Bs. As. 1987., pág. 22).

Highton, Elena; “Derechos Reales – Vol. 1: Posesión”, Editorial Ariel, Bs. As. 1979.

Kiper, Claudio; “Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26994”, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2016.

Laquis, Manuel Antonio; “Derechos Reales”, Editorial Depalma, Bs. As. 1975.

Lafaille, Héctor; “Curso de Derechos Reales – Notas Taquigráficas de Isauro Arguello (h) y Pedro Frutos”, Editorial Talleres Gráficos Ghio, Bs. As. 1925/1926.

Lafaille, Héctor; “Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales”, Editorial Ediar, Bs. As. 1943.

López de Zavalía, Fernando J.; “Derechos Reales”, Editorial Zavalía, Bs. As. 1989.

Martinez, Zenón; “La Posesión”, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1939.

Mariani de Vidal, Marina; “Curso de Derechos Reales”, Editorial Zavalía, Bs. As. 1997.

Mariani de Vidal, Marina – Abella, Adriana; “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Editorial Zavalía, Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016.

Martinez, Víctor; “La posesión en la codificación civil hispanoamericana (Concepto y Elementos)”, Editorial Banco Social de Córdoba, Córdoba 1990.

Moisset de Espanés, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998.

Moisset de Espanés, Luis; “Publicidad Registral”, Editorial Advocatus, Córdoba, 1991.

Molinario, Alberto; “De las Relaciones Reales”, Editorial Universidad, Bs. As. 1981.

Musto, Néstor Jorge; “Derechos Reales”. Editorial Rubinzal – Culzoni, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1981.

Papaño, Ricardo José; Kiper, Marcelo Claudio; Dillon, Grgorio Alberto y Causse, Jorge Raúl; “Derechos Reales”, Editorial Depalma, Bs. As. 1989.

Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)” Tomo I; Editorial F. Pereyra e hijos – Editores”, Bs. As. 1927.

• *Asistente de Magistrado. Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Investigadora. SeCyT - Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: ceciliasc2002@yahoo.com.ar*

•

Salvat, Raymundo M.; “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)” Tomo 2 – Segunda Parte Propiedad; Editorial Jesús Menendez, Bs. As. 1930.

Ventura, Gabriel B.; “El Régimen Registral del Automotor”, trabajo publicado originalmente en el “Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales”, Dirigido por la Dra. Palacio de Caeiro, Ed. La Ley, Bs. As., 2013.

Ventura, Gabriel B.; “Ley 17801 – Registro de la Propiedad Inmueble – Comentada – Anotada”, Editorial Hammurabi, Bs. As. 2009.