

# LA ADQUISICIÓN “A NON DOMINO”

Por **Juan José Guardiola**<sup>1</sup>

**SUMARIO- I. LA PROTECCIÓN DEL SUBADQUIRENTE, LA APARIENCIA Y SUS LÍMITES. II. COMO JUSTO TÍTULO PARA PRESCRIBIR . III.- LA FE PUBLICA REGISTRAL. LA BUENA FE. EL ESTUDIO DE TITULOS. IV. LAS OTRAS PUBLICIDADES: LA POSESORIA Y CARTULAR. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

## RESUMEN:

El presente trabajo trata sobre las adquisiciones a non dominio, el alcance de la protección al tercero, la buena fe y el estudio de títulos y sus implicancias notariales y jurídicas en general.

## ABSTRACT

This paper deals with non, domain acquisitions, the scope of third party protection, good faith and the study of titles and their notarial and legal implications in general.

PALABRAS CLAVE: adquisicion. buena fe. estudio de titulo.

KEY WORDS: acquisition. good faith. title study.

## I. La protección del subadquirente, la apariencia y sus límites

A) La reforma del año '68 por ley 17.711 al Código de Vélez agregó un párrafo final al art. 1051 que generó dispares interpretaciones y grandes discusiones en la doctrina. Originariamente expresaba “Todos los derechos reales y 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” y con lo incorporado quedó “salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”

Bibiloni<sup>2</sup> en su Anteproyecto había expresado “la disposición del art. 1051, es ciertamente la primera que debe reformarse en el Código. La reipersecución de bienes en poder de personas de buena fe, que los han adquirido de quienes tenían el derecho aparente a ellos, es incompatible con las ideas modernas, y obstáculo fundamental, para el establecimiento de un sistema eficaz de crédito real. Es además, en la mayor parte de los casos, una verdadera iniquidad. Que, porque una persona se dejó engañar, o porque

<sup>1</sup> Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín Pcia. de Bs. As. Argentina. Abogado .Escribano. Profesor Titular Ordinario de Derechos reales, Registral e Intelectuales Facultades de Derecho UNNOBA (Universidad Nacional de Noroeste de la Pcia. de Buenos Aires) y UNLZ (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Pcia. de Bs. As. Ex Jefe de Gabinete de la Secretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia de la Nación. Ex Secretario de Investigaciones de la Facultad de Derecho UNLZ. Ex Director del Instituto de Derecho Registral del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

<sup>2</sup> Anteproyecto To. 1 p. 122 nota al art. 396.

un juez o un gobierno -como en muchos casos ha ocurrido- creyó poder autorizar una enajenación, que después se declaró ilegal, se despoje a los adquirentes que ignoraban el engaño, o creían en la legitimidad de los actos autorizados, es cosa que jamás se podrá aprobar"

Es que, con anterioridad, la adquisición de un inmueble no garantizaba que el último adquirente (mientras no hubiera mediado la prescripción liberatoria de la acción respectiva o la adquisitiva del derecho real) no debiese restituirlo como consecuencia de que en una de las transmisiones antecedentes, celebrada quizás muchos años atrás, fuese anulada por un vicio oculto e insospechado, como por ejemplo el error, el dolo o la violencia.

La doctrina (Fornieles, Rayces, Tezanos Pinto, Borda, Llambías, Arauz Castex, Ovejero, Allende, Spota, Carneiro, etc.) y la jurisprudencia, con toda lógica se preocuparon por esa injusta solución, y se esforzaron en proteger a ese subadquirente de buena fe, con el agregado de la onerosidad, sobre la base de la expresión "en virtud del acto anulado" para concluir que en los casos de actos anulables (arts. 1045 y 1046 CC) no debía aplicarse la retroactividad para las transmisiones operadas antes de la anulación.

Con la reforma - claramente enrolada en este aspecto en la seguridad jurídica dinámica, la del tráfico, en contraposición a la seguridad estática, de conservación de la propiedad- se receptaba como fuente de adquisición originaria, *ex lege*, la teoría de la apariencia en su función legitimante para un supuesto mucho más abarcativo de los que ya Vélez Sarsfield había previsto como excepción al tradicional principio del "*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*"<sup>3</sup> (art. 3270 CV<sup>4</sup>, con el CCyCN art. 399<sup>5</sup>)<sup>6</sup>, perdiendo todo interés la cuestión de la irretroactividad o no de la anulabilidad, ya que expresamente consignaba como comprendidos los actos nulos y los anulables<sup>7</sup>.

El tutelado es el tercero ajeno al acto nulo, por lo que supone una anterior adquisición (la inválida) y una posterior adquisición de buena fe y a título oneroso. Este último requisito es generalmente exigido para que opere la apariencia jurídica (además del régimen del BGB – arts. 873,891 y 892- que al basarse en el acuerdo abstracto de registración prescinde de la causa de la mutación, encontramos como excepción el sistema sobre publicidad inmobiliaria francés – art. 30 del Decreto ley del 4 de enero de 1955- y el derogado art. 2962 de CC Quebec, en lo que se exige únicamente la buena fe) ya que lo contrario no resultaría justo, pues implicaría el sacrificio del verdadero propietario para amparar el lucro o ganancia de ese tercero<sup>8</sup>.

Se formularon reparos a la inclusión de los "actos nulos", señalándose que en tales casos faltaría la buena fe. Esa crítica partía de la base de identificar "nulo" con "nulidad manifiesta" y "anulable" con "nulidad no manifiesta". Si bien esas categorías comúnmente

3 D.50,17,54 (Ulp.46 ad ed.).

4 "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y reciprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

5 "Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas."

6 Alguno de cuyos ejemplos clásicos es el del "heredero aparente" (arts. 3430 CC; 2315 CCyCN)

7 Lo distintivo en esta clasificación es la índole rígida (de derecho, con una imperfección definida, insusceptible de más o de menos) o fluida (dependiente de la apreciación judicial) de la causa de invalidez (Llambías Jorge Joaquín, Parte General TratadoTo. II n° 1884 y 1888).

8 El Proyecto de la Comisión Federal de 1993 en su propuesta de reforma al art. 1051 eliminaba la imposición de onerosidad.

No comparto esa postura, el carácter excepcional de la adquisición legal de los derechos de los subadquirentes (art. 1894 CCyCN) exige un sacrificio económico de su parte, más allá de la seguridad en la adquisición sustentada en su buena fe, que justifique la ruptura de la regla general de la invalidez y los efectos de arrastre sobre los actos ulteriores nulidad.

coinciden, obedecen a criterios distintos<sup>9</sup>. Como explica Rivera<sup>10</sup>, en el acto nulo lo patente del defecto se hace presente al momento en que el juez resuelve, pudiendo no ser ostensible para los terceros o las partes al tiempo de realizarse el acto.

En este sentido subrayaba Guastavino<sup>11</sup>: “Con abstracción de la tipificación de cada especie de nulidad y de la utilidad o no de las múltiples divisiones de las nulidades en nuestro código, debe afirmarse que la clasificación de actos nulos y anulables podría coincidir con la de nulidades manifiestas y nulidades dependientes de juzgamiento en el tramo final cuando quien aprecia globalmente la situación cuenta con todos los elementos de juicio. Antes de ese momento cabe la hipótesis de un acto nulo cuyo vicio sea hasta ese entonces no manifiesto para los terceros quienes consecuentemente podrán invocar buena fe”. Un ejemplo de ello sería el de quien contrató con un demente con enfermedad no notoria, declarado tal judicialmente (art. 1041) en otra provincia en la que no obra inscripción de la incapacidad. Las hipótesis como dice Cifuentes<sup>12</sup> pueden multiplicarse pues basta que en cualquiera otras el adquirente transmitiera a su vez el derecho a un tercero subadquirente de buena fe y a título oneroso para que éste se viese protegido. Es dable señalar que con el nuevo CCyCN la categoría nulo-anulable desapareció normativamente, aunque conserve vigor como expresión de doctrina<sup>13</sup>. Claro está que la “nulidad inoponible a terceros es la no manifiesta” párrafo que sugirió agregar el Dr. Martínez Ruiz<sup>14</sup> en el seno de la Comisión reformadora del '68, y que fue desestimado por la obviedad de que en tal caso no puede existir buena fe.

Se perfilaron dos corrientes de opinión acerca de si están incluidas las nulidades absolutas. La cuestión se debatió intensamente en las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza, 1978)<sup>15</sup> El argumento central de quienes las excluían giraba en torno a la índole de los intereses protegidos y en que no son pasibles de confirmación, renuncia o prescripción. Algunos autores<sup>16</sup> de esta tesitura consideraron que por ello las adquisiciones a non domino, al ser de nulidad absoluta, no estaban alcanzadas por el precepto.

La postura contraria<sup>17</sup> hizo hincapié en que la norma no calificaba la nulidad, no siendo ello una omisión no premeditada ya que expresamente la reforma aludió a esa categoría en el art. 1058 bis. Me parece mucho más de peso como fundamento de esta tesis a la que adscribo lo que explica Zannoni<sup>18</sup>: no se trata de transformar al conjuro del precepto los actos en válidos, sino de una excepción al *nemo plus iuris* por imperio de la ley en mi-

9 El vicio en las nulidades manifiestas está patente en el acto mientras que las no manifiestas está oculto, requiriendo una investigación para ponerlo de relieve (Llambiasidem n° 1887).

10 Rivera Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte GeneralTo. II n° 1532.

11 Guastavino Elías P. La protección a terceros adquirentes de inmuebles JA Doctrina 1973 n° 8 p. 100.

12 Cifuentes Santos en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, de Belluscio-ZannoniTo 4 Astrea p. 731.

13 Ventura Gabriel B. Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos 05/07/2020 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

14 Martínez Ruiz Roberto Las críticas a la reforma del código civil LA LEY 140-935.

15 Sobre el punto hubo dos dictámenes: A) Los actos nulos y anulables de nulidad absoluta están incluidos en el artículo 1051 del Código Civil (Andorno, Belluscio, Goldenberg, Mosset Iturraspe y Pérez del Viso) B) los actos nulos y anulable de nulidad absoluta no están incluidos en el artículo 1051 del Código Civil (Bendersky, Caseaux, Cifuentes, Trigo Represas).

16 Cortés Hernán Los efectos contra terceros de la nulidad de los actos jurídicos y la reforma de la ley 17.711 LA LEY 139-906/912; Gurfinkel de Wendy Lilian Clasificación de las nulidades frente al art. 1051 del Código CivilDepalma p. 1113/1116; Ventura Gabriel B. Ley 17801.Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada Hammurabi p.123.

17 Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1969, Tema I): 4. Es irrelevante que el acto sea nulo o anulable y que la nulidad pueda estimarse absoluta o relativa. En cualquier caso, el tercero está protegido siempre que el vicio no sea visible.

18 Zannoni Eduardo A., Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante a non domino (inaplicabilidad del art. 1051 CC),LA LEY 1982-I, p. 781.nota 7.

ras a la teoría de la propiedad aparente. La misma ha sido implícitamente receptada por el CCyCN toda vez que al fijarse las consecuencias de la nulidad absoluta (art. 387) nada se dice al respecto por lo que ninguna razón existe para excluirlas del ámbito del art. 392.

También se planteó si la protección al subadquirente podía ser extendida a supuestos de ineficacia por causas ajenas a la nulidad<sup>19</sup>, como la revocación o la resolución. Alterini<sup>20</sup> señaló con todo rigor que debiendo constar las cláusulas en el título de quien transmite el derecho (como lo decía la nota de Vélez al art. 2663) los terceros no pueden dejar de conocerlas a través del estudio de títulos (publicidad cartular o instrumental), por lo que fallaría el presupuesto de buena fe.

B) Pero la gran discusión se dio en relación a si el art. 1051 CC reformado 1) alcanzaba o no a las adquisiciones en las que no había participado el titular del derecho real, las denominadas adquisiciones a non domino, que encuentran su explicación en las escrituras falsificadas o con sustitución de personas; y si ello 2) implicaba en los hechos consagrar la fe pública registral, en tanto al haber mediado "adquisición", es decir tradición o un sucedáneo como elemento necesario para co-integrar la misma<sup>21</sup>, la publicidad posesoria se reveló ineficaz ( esto ya despeja muchos de los problemas que suscita el régimen consensualista), y en los casos de adecuada matricidad escrituraria también la instrumental.

1) La opción era y es de hierro ante un interés jurídico a sacrificar en holocausto de otro: se deja a salvo el derecho de propiedad del *versus domino* que ninguna participación tuvo en la secuencia transmisiva o el de ese subadquirente, consagrando una suerte de expropiación por un estandarte enfervorizado de la apariencia jurídica (*error communisfacitjus*).

Pero como apuntó Venini<sup>22</sup> "toda la temática de la apariencia tiene que manejarse con extremo cuidado, ya que en muchos casos una laxitud o extensión extrema de esta doctrina tan sugestiva y, en algunos aspectos tan convincente, puede lesionar el derecho de propiedad tal como está garantido en nuestra Constitución"

Y en este sentido todavía sigue siendo un principio de nuestro derecho la regla que expresó Pomponio (Digesto 50,17,11): "Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro" y que en similares términos recogieron Las Partidas (Partida VII, Regla XII): "La cosa que es nuestra no puede pasar a otro sin nuestra palabra y sin nuestro hecho".

Muy diferentes son las situaciones en las que falta autoría de aquellas en las que existen causas de invalidez o ineficacia del acto cumplido. A tal punto ello es así que un sector importante de la doctrina y jurisprudencia, como se verá, fundamenta la exclusión en la inexistencia del acto.

19 El Proyecto de 1998 reemplazaba la expresión por la de "acto inválido": Art. 389.- Efectos respecto de terceros. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto inválido, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, salvo contra el subadquirente de derechos reales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y a título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

20 Alterini Jorge H. El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible JA Doctrina 1971 p. 639.

21 "Para que un subadquirente pueda invocar la protección del agregado al art. 1051, es necesario que haya adquirido efectivamente el derecho real -por lo menos en su faz externa- cumpliendo los requisitos de título y modo" (del voto del Dr. Greco CNCiv. Sala G 10/5/1984 "Martins Domingos, José y otra c/ Leone Antonio" JA 1985-I-377, quien cita en aval de ese aserto a Trigo Represas Félix "Nulidad y reivindicación de subadquirentes" Ed Lex La Plata 1978 p.93).

22 Venini Juan Carlos, El artículo 1051 del Código Civil y las transmisiones "a non domino" JA To. 1982- III-712 Cita Online: 0003/1001399-1.

Si no se formula esa distinción la inseguridad jurídica<sup>23</sup> sería absoluta en tanto se estaría avalando lisa y llanamente un despojo, al no existir un hecho del perjudicado que le fuera imputable. Lo que hoy lo favorece por seguridad de tráfico se convierte apenas instalado en la posición de propietario en desprotegido frente a una situación similar de falsificación de escritura o sustitución de persona.

Nadie puede perder un derecho sin haber hecho algo para perderlo. Y no se invoque la prescripción adquisitiva para rebatir lo dicho, ya que en tal supuesto media una pérdida de la posesión de la cosa por parte del titular y la inacción por el tiempo legalmente previsto frente al ejercicio del derecho real del prescribiente, es decir permitió que otro adecue su conducta a los preceptos legislativos a los efectos de adquirir. Acá está en juego la perpetuidad del dominio, uno de cuyos caracteres es la facultad de disposición (el *iusabutendi*) que precisamente él no desplegó sino que le fue arrebatada.

Apuntala ello la relatividad de las convenciones (consagrada en los arts. 1195 CC y 1021 CCyCN), en virtud de la cual como regla a nadie se le puede oponer algo que no haya pactado; una de cuyas manifestaciones, cuya similitud con la situación en análisis es evidente, es la de venta de cosa ajena (arts. 1329,1330 CC; 1008,1132 CCyCN) que resulta inoponible para el propietario que no intervino en la operación.

Paradójicamente de considerárselo incluido se otorgaría una tutela en materia inmobiliaria superior a la que se concede a las cosas muebles (no registrables), en las que la buena fe y el título oneroso no alcanzan para evitar una reivindicación cuando la cosa es robada o perdida, que encuentra (a diferencia de la obtenida por abuso de confianza) su justificación en la falta de autoría de su propietario (arts. 2412 CC; 1895 CCyCN)<sup>24</sup>

Por lo injusto del resultado, Alsina Atienza propuso en la Comisión reformadora del '68 que se incluyera con un apartado final que expresaba "Esta excepción no será aplicable si el acto anulado se hubiere realizado sin intervención alguna del titular del derecho o consistiera en actos dolosos de terceros". El mismo señala<sup>25</sup> que si bien no fue por él redactada respondía a su preocupación y que en el texto definitivo no apareció esa salvedad. Apunta también que de los demás miembros de la Comisión el único del que le consta una posición contraria era Spota. No obstante ello, ante los términos del precepto consideraba que esas adquisiciones estaban alcanzadas.

Pérez Lasala<sup>26</sup> refiriéndose al caso de escritura falsificada<sup>27</sup> pese a considerarlo un acto

23 Vallet de Goytisolo, J. B., en Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica, Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial 1 (2002) p. 501-516, ante la pregunta "¿Qué es la seguridad jurídica?" responde que puede significar: "a) la seguridad de «algún derecho» que se tiene o que se adquiere. Es decir, la «segura» titularidad o la «seguridad» de una adquisición. b) la seguridad de que algo es ajustado o conforme al derecho". Afirmando que "Ambas acepciones se complementan, como anverso y reverso de la medalla". Así, "La seguridad de un derecho de propiedad está ajustada al derecho de propiedad; la seguridad de una adquisición resulta ajustada al denominado derecho subjetivo del adquirente y el derecho objetivo que determina su protección".

24 Alsina Atienza Dalmiro A., Los derechos reales en la reforma del Código Civil JA Doctrina Serie Contemporánea 1969 p. 457-471; Alterini artículo citado.

25 Nota 91 del trabajo precedentemente citado.

26 Pérez Lasala José Luis, La fe pública registral y las normas civiles argentinas de protección a los terceros, LA LEY 148, 1116.

27 Acquarone Maria T. fue la única que sostuvo en las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1981): La falsedad documental, uno de los casos de acto anulable (art. 989 del CC) se encontraría amparado por la doctrina de la apariencia consagrada por el art. 1051. Sin embargo, la doctrina autoral y jurisprudencial tienden a la exclusión de dicho amparo a los supuestos de falta de autoría.

Enlazada aunque no identificada con esta problemática está la visión del derecho norteamericano en cuyo sistema la seguridad dinámica está dirigida no tanto a preservar el derecho de propiedad como a proteger la integridad del valor económico de la cosa, se resguarda el valor; es decir, los adquirentes de cosas inmuebles contratan "seguros de título" para proteger el "valor económico" y no el "valor propiedad", la cosa en sí misma.

Mientras por la primera vía será el Estado o una institución pública quien deberá reparar el perjuicio, por la otra será un costo adicional que asume el mercado inmobiliario en cada operación individual. Pueden funcionar en forma concurrente..

anulable de nulidad absoluta y por ende comprendido en la fórmula amplia del art. 1051 sostuvo "que en la actual etapa de nuestra legislación no sería deseable llegar a una interpretación tan amplia del precepto contenido en el art. 1051, por las enormes injusticias a que puede dar lugar. En las legislaciones en la que el Estado indemniza a los verdaderos propietarios despojados de sus derechos como consecuencia de proteger a los adquirentes que contratan basándose en la apariencia jurídica, las consecuencias negativas para el verdadero titular se hacen sentir con menos intensidad<sup>28</sup>. Lo mismo ocurre en aquellos países en que se forma un fondo especial, integrado por un porcentaje que grava las operaciones inmobiliarias. Pero en la legislación argentina no hay nada de eso, agravándose aun más el problema por la inexistencia de una legislación registral adecuada. Por todo ello llegamos a la conclusión que corresponderá a la jurisprudencia limitar el alcance protector, excluyéndolo en los casos en que el titular inscripto no haya tenido intervención alguna en el acto en que interviene el tercero"

Dejando a salvo la opinión de algunos autores<sup>29</sup> que además de interpretar incluidas las adquisiciones a non domino en la norma consideraban justa esa solución, la tendencia abrumadoramente mayoritaria optó por excluir esos casos del art. 1051 CC.

Las V Jornadas de Derecho Civil (1971, Universidad Nacional de Rosario) concluyeron: "1º) Que debe mantenerse el principio inspirador del artículo 1051 in fine del Código Civil pero no en forma absoluta, sino con las limitaciones y en los términos que se tratarán más adelante, u otras que pudieren resultar necesarias. 2º) Que el principio mencionado en el punto precedente no debe cubrir aquellos supuestos en los que no medie un acto que emane del titular del derecho de que se trate, sino sólo una falsedad instrumental, a menos que se arbitre una compensación para dicho titular. 3º) Que el artículo 1051 in fine del Código Civil admite ser interpretado en el sentido de que su salvedad es inaplicable cuando no existe título que emana del titular del derecho (como en el caso de falsedad de escritura pública)...". Las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, con la única disidencia de Mossetlurraspe, sentaron "Están excluidos de la protección del artículo 1051 in fine del Código Civil, aquellos casos en que no exista título que emane del verdadero propietario (Andorno, Belluscio, Bendersky, Cifuentes, Cazeaux, Goldenberg, Pérez del Viso, Trigo Represas). Y a idéntica conclusión arribaron las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1981), con el voto de Goldenberg, Bueres, Sivori, Diaz Reyna, Daich, Esteguy, Espel, Zago, Pendon, Cerowsky, Moisset de Espanés - solo Acquarone suscribió otro despacho -.

Para sustraerlo de su ámbito de aplicación se utilizaron diversas vías. Me permito recurrir sintéticamente a la exposición que de las dos más seguidas hizo el Dr. Greco en fallo citado en nota 38:

28 Reflexiona Vallet de Goytisoló en obra citada: "La sustitución de la seguridad jurídica propiamente dicha por la seguridad económica de recibir, en su caso, una indemnización en dinero, no sólo no reparará en bastantes casos el daño en su debida medida, sino que puede redundar en un detrimento, cada vez mayor, de la titulación constituyente del contenido de los registros inmobiliarios. De este modo, al incrementarse en lo sucesivo ese detrimento, por razón de inscribirse títulos defectuosos, serían cada vez más numerosos los fallos de la seguridad jurídica propiamente dicha, que el seguro tendría que remediar".

29 Spota Alberto G. El art. 1051 del Cod. Civil comprende al denominado acto "inexistente" EL DERECHO Año 1984 To. 106 p. 657 y "Sobre las reformas al Código Civil" Depalma 1969 p.85/6; Mosset Iturraspe Jorge en disidencia en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza 1978); Laquis Manuel A. Estado de la interpretación del art. 1051 "in fine" LA LEY 1985-A-730: la protección "es comprensiva tanto de los actos nulos como de los anulables, sea que no haya intervenido el verdadero propietario en la primera enajenación o bien que hubiere habido falsedad de la escritura pública". Se suele incluir a Adrogué Manuel I. Bases para la formulación de normas uniformes de registros jurídicos de bienes y El artículo 1051 del Código Civil y su influencia sobre el régimen de los derechos reales, ambos en Temas de Derechos Reales Ed. Plus Ultra 1986 v. p. 278/9 y 287 punto 17 en esta tesis; sin embargo el autor (punto 12 del último trabajo) también señala "Pensamos que cuando el enajenante adquiere su emplazamiento registral creándose falsamente-con prescindencia del aspecto subjetivo-una legitimación directa o indirecta, a consecuencia de la cual enajena a un tercero de buena fe y título oneroso, éste no será amparado por el ordenamiento jurídico...".

*“Una dirección bien definida “lo hace porque considera jurídicamente inexistente el acto por ausencia de un elemento esencial como es el sujeto. Enrolan en esta tendencia Llambías -quizá el paladín de la categorización de la inexistencia como racionalmente autónoma de la nulidad y la anulabilidad-... Ernesto CordeiroAlvarez,... Borda...;Belluscio...; Elena I. Highton...; Abelenda...”*

*Otra dirección, sobre las enseñanzas de René Japiot (“Des nullités en matiere d’actes juridiques. Essai d’une théorie nouvelle”, París, 1909, Arthur Rousseau Editeur, p. 19 y nota 4 -al pie, p. 20 y nota 2- al pie, ps. 514 y ss.), desarrolladas luego por Daniel Bastian (“Essai d’une théorie générale de l’impossibilité”, París, 1929, Librairie du Recueil Sirey) y trasladadas a nuestro medio según mi información- por Roberto Martínez Ruiz (“Distinción entre acto nulo y acto inoponible”, JA 1943-IV-335), entiende que en la enajenación “a non domino”, por no haber autoría o intervención del “verus dominus” en la configuración del estado aparente, se da un supuesto de inoponibilidad (Allende... Jorge Horacio Alterini<sup>30</sup>...; Trigo Represas...; Goldenberg... En consecuencia, lo obrado por quien sustituye ilícitamente al vendedor en el acto notarial falso juntamente con quien en él aparece como comprador no puede esgrimirse contra el propietario, por definición ausente en ese acto, ni da fundamento a la protección de adquirentes sucesivos.*

*Cabe agregar que, aun para autores que no admiten en la hipótesis ni inexistencia ni inoponibilidad y la encasillan en la categoría de nulidad absoluta, tampoco resulta aplicable el nuevo dispositivo del art. 1051 ...*

*...La tendencia doctrinaria abrumadoramente mayoritaria, cuya mención aquí dista de ser exhaustiva, ha tenido recepción -en este ámbito sí en forma unánime- en la jurisprudencia hasta ahora conocida. Preferentemente por inclinarse por la inexistencia, o bien evitando pronunciarse sobre esa cuestión teórica por considerarlo innecesario, los fallos resuelven el conflicto entre el titular del dominio que no participa en el acto de enajenación y el subadquirente de buena fe a título oneroso que asienta su pretendida adquisición en un acto “a non domino”, en favor del primero (1ª instancia firme. LL 140-193/6, fallo del Dr. Cifuentes (3); sala F, LL 1980-D-290 y ss., con múltiples referencias en el voto del Dr. Yáñez, publicado con la nota de Highton ya mencionada; sala A, ED 106-657, con voto del Dr. Di Pietro, publicado con la nota de Spota cit.; Sup. Corte de la provincia de Bs. As., 10/10/1978, autos Roldán Ramos v. Scacco, DJBA 116-3452, diario del 27/02/1979, en esp. voto del Dr. Ibarlucía.”*

Además de la tesis de la *inoponibilidad* que fue la mayoritaria en las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho y la de la *inexistencia* defendida en esa oportunidad por Cordobera de Garrido y Garrido, también en ese simposio se dijo en el Despacho B del punto 2, suscripto por Zannoni, Bueres, Sívori y Zago, que “la obligación de restituir nace de la acción reivindicatoria de carácter autónomo, que ejerce el verdadero propietario víctima del despojo. La nulidad del acto de transferencia a “non domino” es consecuencia de la reivindicación triunfante”.

---

30 En el fallo de la CNCiv Sala C del 21/11/1978 “Todos José R. y otros c/ Todos Fraser Jorge” IJ-LI-802, (en el supuesto muy especial de una hipoteca constituida existiendo poseedor ex boleto de compraventa de fecha cierta anterior; ver conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Tucumán 2011 punto II Despacho A ap. 3B) Alterini desechó la aplicación del art. 1051 por considerarlo un supuesto de inoponibilidad, en tanto en su voto de adhesión Cifuentes entendió que la hipoteca era nula luego de efectuar consideraciones sobre el campo operativo de la inoponibilidad.

Zannoni<sup>31</sup> con reflexiones muy persuasivas cuestiona que se lo considere un acto inexistente cuando "el negocio 'existió', 'ocurrió' en el plano de la realidad, no es una 'nada'... ¿No es palmario que en el plano del ser, la 'transferencia' se realiza, que 'existe' un adquirente, de buena o mala fe, que 'existe' una inscripción registral del dominio...?" Y también el fundamento de la inoponibilidad, ya que la misma "deja subsistir [el acto] en la medida de lo posible y respeta los efectos que produce inter partes poniendo a los terceros al abrigo de lo que pueden perjudicarlo... caso típico: la acción revocatoria o pauliana" (...)"Cuando se predica 'inoponibilidad' de la venta de cosa ajena al verdadero propietario, se está aludiendo a la inoponibilidad del negocio de obligación, es decir del acto jurídico que obliga a transmitir el dominio de la cosa" y aquí se trata "de un acto de disposición consumado mediante la escritura falsificada o mediante sustitución de persona", absteiniéndose de calificar la ineficacia del mismo "porque irremediamente deberá concluir que el mentado acto es nulo y confesarlo implica volver, de rondón, al encuadre que se quiere explícitamente rechazar. Afirmaba, vale aclarar con normas que no han sido reproducidas por el CCyCN, "que el ámbito de la reivindicación a que refieren los arts. 2776, 2777 y 2778 CCiv. no es necesariamente coincidente con el ámbito del art. 1051. Este prevé los casos en que la reivindicación contra terceros adquirentes -o subadquirentes- procede, o no, como consecuencia de la declaración de nulidad. Mientras tanto, la reivindicación del verdadero propietario, supuesta una enajenación a non domino, es el objeto autónomo de la acción real que entabla contra los otorgantes del acto, o terceros adquirentes, a través del cual se ha consumado el despojo. La nulidad de ese acto será consecuencia de la reivindicación triunfante. Dicho en síntesis: el art. 1051 regula la situación de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso ante la reivindicación que es consecuencia de la declaración de nulidad del acto originario. En cambio, la reivindicación del verdadero propietario es la que provoca la nulidad del acto de transferencia a non domino. Pero esta reivindicación, en el caso, es el prius y su ámbito normativo está contemplado en los arts. 2776, 2777 y 2778, segunda parte del CCiv<sup>32</sup>. En el ámbito del art. 1051, la reivindicación contra subadquirentes a título gratuito o a título oneroso de mala fe es, racionalmente, el posterius de la declaración de nulidad".

Lo cierto es que cualquiera de las tesis que se adoptara (nulidad absoluta, inexistencia, inoponibilidad, acción reivindicatoria autónoma) como resultado teníamos que en adquisiciones a *non domino* el subadquirente, aunque fuera a título oneroso y de buena fe con título inscripto, estaba expuesto a la reivindicación del *verus domino* y recién adquiriría el derecho real por la prescripción adquisitiva breve, cuyos requisitos son posesión por 10 años, buena fe y justo título aquí claramente existente (art. 4010 y su nota CC). Ello al margen de que, por sucesivas enajenaciones, reuniéndose los requisitos de buena fe + buena fe + título oneroso (arts. 2777 y 2778 CC), los terceros (sub-subadquirentes) que confiaron en el derecho real putativo de aquel se convirtieron en titulares<sup>33</sup>.

31 Artículo citado.

32 Estos artículos establecían: ART. 2776 – Si la cosa fuere inmueble compete la acción contra el actual poseedor que lo hubo por despojo contra el reivindicante. ART. 2777 – Compete también contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como el comodatario. ART. 2778 – Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado; y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor.

Conforme interpretación taxativa o a contrario de los dos últimos preceptos, ampliamente predominante, la reivindicación prospera en los siguientes supuestos: [mala fe + buena fe + título oneroso] y [buena fe + buena fe + título gratuito]; deteniéndose cuando existe [buena fe del enajenante + buena fe del adquirente + título oneroso].

33 Ver Alterini Jorge Horacio Acciones realesps. 64 y ss. y El art. 1051 y el acto inoponible citado y Alterini-Corna- Angelani- Vázquez, Teoría general de las ineficacias Ed. La Ley p. 22.

Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro, 1981): Si el transmitente es de buena fe y el subadquirente es de buena fe y adquiere a título oneroso, la acción de reivindicación del verdadero propietario no procede por imperio de lo normado en los arts. 2777/2778 (Goldenberg, Sivori, Pendon, Esteguy, Espel, Cerowsky).

2) Algunos autores<sup>34</sup> entendieron que a través de la reforma al art. 1051 se había introducido de rondón y sin una reforma de la ley registral<sup>35</sup> con alcances restringidos el principio de fe pública registral, al amparar a quien ha confiado en las constancias del registro. Esta postura parte del error de considerar que la protección que brinda al tercero se satisface con una buena fe objetiva, cuando ni del precepto ni de la ley registral resulta que sólo hay que atender, con automatismo, a lo que informa el Registro. De esa manera sin sustento normativo se infería como lógica derivación de la fe pública (inexistente) la validez de las adquisiciones a non domino, o inversamente de la inclusión de éstas en el campo de aplicación del art. 1051 el principio de fe pública registral, por el culto excesivo que se profesa a la exactitud irrefutable de la publicidad registral o la seguridad de tráfico.

Pero la doctrina y jurisprudencia en forma generalizada rechazaron esos razonamientos. En meduloso voto del Juez Yañez<sup>36</sup> se expresó: “El Código Civil argentino no contempla el denominado “acto abstracto de enajenación” del Código Civil alemán de 1900 ni guarda relación con el sistema Torrens de Australia, en donde sí podría jugar a ultranza la denominada “buena fe registral” o “fe pública registral”, instituciones que son ajenas a nuestro derecho positivo. Frente a la existencia de la confección de un asiento registral sobre la base de un título falsificado, ni siquiera podría invocarse la función publicitaria de dicho asiento. Por ello, con mayor razón todavía, el certificado que describe el asiento fundado en un título falso tampoco adquiere eficacia publicitaria, y a todo evento, no se trataría de un caso de error registral cometido en la expedición de un certificado. De acuerdo con el art. 4 de la ley nacional registral 17.801, la inscripción reflejada en el certificado no convalida un título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera, cuando resulta que ese título antecedente es falso, entonces el certificado no tiene ni siquiera eficacia publicitaria”

Por su parte las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Nacional de Rosario, 1971) concluyeron: “Que el agregado del artículo 1051 in fine del Código Civil no implica consagrar el principio de la fe pública registral”.

C) El CCyCN, haciéndose eco de la aconsejado por las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1999, Univ. Nac. del Litoral)<sup>37</sup> y replicando en esta parte al art.389 del Proyecto del '98, receptó normativamente la consolidada posición de excluir de protección al subadquirente si el acto se ha realizado sin intervención del titular. Así lo expresa en su parte final el art. 392 que vino a reemplazar al art. 1051 CC.

Y para no dar margen a ninguna resistencia por la incidencia de lo registral, al ocuparse del alcance de la acción reivindicatoria en el párrafo final del art. 2260 insiste en la solución con los siguientes términos: “El subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho.” El instituto jurídico (básicamente inexistencia o inoponibilidad) como fundamento de esta norma de clausura o cierre como ex-

34 Adrogué, El artículo 1051 ...punto 3; Spota de manera categórica.

35 Pérez Lasala José Luis, Transmisiones inmobiliarias e la reforma de la legislación civil LA LEY To. 131 Año 1968 p. 1133 y ss., quien critica que de esa forma no se adoptaron los recaudos registrales necesarios (vgr. notificación a titulares anteriores) para evitar posibles despojos por falsificación de títulos u organizar un fondo que permita reparar los perjuicios a la víctima del sistema.

36 CNCiv Sala F 27/8/1979 “Sigfrido SA en Erdman del Carril Elisa c/ Lozada Mario” LA LEY 1980-D-290.

37 De legeferenda ...2.- Fin a los debates existentes en el derecho vigente. Es necesario que una futura reforma legislativa ponga fin a los debates existentes en el derecho vigente en torno de numerosos aspectos que involucran a las acciones reales. La Ley respectiva debe establecer de manera expresa: ...c) Que la protección por seguridad dinámica, que se confiere al subadquirente a título oneroso y de buena fe, no opera cuando el acto antecedente se realizó sin intervención del verdadero titular.

cepción a la excepción de la apariencia podrá seguir siendo discutido doctrinariamente, pero carece ya de relevancia práctica, ante la expresa (y plenamente justa) solución legal, ajena a lo registral.

## II. Como justo título para prescribir

Expresaba en ponencia presentada con Marcelo E. Urbaneja a las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe 2019):

"El CCyCN señala en el artículo 1902 que el justo título es "el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto". Esa definición es conceptualmente equivalente a la que traía el Código Civil en el artículo 4010, para el que se trataba de "todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana".

La diferencia con el título suficiente (artículo 1892, CCyCN) es evidente: en el justo título el transmitente carece de legitimación o capacidad (artículo 1902 del CCyCN). Por lo tanto, deberá cumplir con el resto de los recaudos del título suficiente (1892, 750, 761, 875, 885, 878, 1017, inc. a, 1922, 1923, 1924, 1926, 2260, CCyCN): la capacidad en el adquirente, la forma, la naturaleza de la causa y la coincidencia del objeto con el del modo suficiente.

De esta manera, quedan descartados el boleto de compraventa y el título putativo (que el CCyCN ya no define pero su noción es conceptualmente subsistente) como supuestos de justo título. El primero, porque carece de la "finalidad de transmitir un derecho real"; el segundo, porque su objeto no coincide con el del modo (v. gr., se entregó un objeto y se contrató sobre otro)."

La ausencia de titularidad en el transmitente es uno, quizás el más relevante, supuesto de falta de legitimación. Es que la falta de legitimación no solo abarca los defectos de representación (en sus tres variantes del artículo 358 del CCyCN) sino también a los de titularidad. La nota al art. 4010 del Código anterior brindaba una apoyatura irrefutable ("Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir") a la que fue una interpretación uniforme.

Aisladamente se afirmó que, como en el texto de la escritura pública se indicará un nombre distinto al que firma, se trata de un defecto de forma y por lo tanto quedará desplazado su carácter de justo título<sup>38</sup>. Este argumento parece respaldarse en el artículo 309 del CCyCN (anteriormente, 1004 del Código Civil), según el cual hay invalidez de la escritura cuando no contengan el nombre de los otorgantes y sus firmas. El razonamiento no se comparte. La invalidez formal señalada no está dirigida al error en la manera de individualizar al compareciente; antes bien, la norma se endereza a impedir la validez y eficacia de un instrumento en el que se indica la presencia de alguien que no firma. Este temperamento se compadece con las regulaciones notariales locales que permiten que los que sí han firmado realicen las manifestaciones que estimen corresponder<sup>39</sup>.

38 Moisset de Espanés Luis "Notas sobre el justo título y la prescripción adquisitiva decenal", Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, número 34, año 1977, páginas 33 y siguientes.

39 V. gr., decreto-ley 9020/1978, regulación orgánica de la función notarial en la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 147.

Por el otro, también se dijo que “legitimación” es una expresión que no abarca la titularidad, por lo que en el supuesto de sustitución de personas el derecho real requerirá indefectiblemente la prescripción adquisitiva larga<sup>40</sup>.

Estimamos ello inexacto. Cuando hablamos de legitimación, aludimos a la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro, o para otro. Es decir que se incluye en este concepto la legitimación en sentido amplio o capacidad, y la legitimación en sentido estricto o poder de disposición.<sup>41</sup> Si llamamos “legitimación a la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base o que condiciona su eficacia”<sup>42</sup>, el requisito más importante es que el otorgante sea sujeto de la relación matriz, como bien se encargaba de ejemplificar Vélez en la nota, por lo que mal puede quedar excluido el supuesto típico independientemente de que alcance también otros aspectos que confluyen a la disponibilidad (v.gr., autorización judicial de representantes necesarios o de órganos de deliberación y gobierno en el caso de representantes de personas jurídicas, asentimiento conyugal, etc.).<sup>43</sup>

Desde otra perspectiva reducir la legitimación a la representación implicaría una incomprendible incongruencia del CCyCN, pues en el tratamiento de la representación no utiliza la expresión “legitimación”. El artículo 1050 del CCyCN proporciona también otro sustento: a su tenor, la prescripción adquisitiva del adquirente extingue la responsabilidad por evicción, la que justamente se presenta cuando existe una “turbación de derecho (...) que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición” (artículo 1044, inciso ‘a’, CCyCN). La falta de titularidad en el transmitente es una turbación de derecho que impide la transmisión válida y eficaz (artículo 398, CCyCN). Como el precepto no diferencia, la “prescripción adquisitiva” puede ser la breve que, como se dijo, cobija al supuesto de ausencia de titularidad en el transmitente.

Las XXVII Jornadas nacionales de Derecho Civil mencionadas concluyeron por unanimidad “1°) Prescripción Breve: Están comprendidas las transmisiones a “non domino” en el justo título.”<sup>44</sup>

Es más, estas adquisiciones sólo podrán quedar eventualmente consolidada mediante la prescripción adquisitiva Es que lamentablemente, frente a la inexistencia en el nuevo ordenamiento de una directiva similar a la del art. 2778 CC [buena fe enajenante + título

40 Etchegaray Natalio Pedro, “Ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Código”, La Ley 2012-F 1161; Saucedo Ricardo Javier, “El estudio de títulos y las transmisiones en materia inmobiliaria en el derecho privado vigente y en el proyectado”, Revista Jurisprudencia Argentina, 2013-II, n° 9, 29/05/2013, p. 31.

41 Conf. Alterini, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1966-III-251 y ss.

42 Sanahuja — Soler, cit., por NERI, Argentino I., Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial, vol. 2, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 477. Leemos también sobre legitimación en Pelosi Carlos A., El documento notarial, 4ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, ps. 162/163), que “Entre los autores que más la han estudiado sobresale Betti, quien la define como ‘competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que ha aspirado y resulta de una posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular’... Estima LadariaCaldentey que capacidad es aquel modo de ser del sujeto en sí del cual depende el efecto jurídico del acto, por lo que es un concepto estrictamente subjetivo. La legitimación, en cambio, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición respecto del acto. No es como la capacidad, una cualidad, sino una posición. La define como ‘el reconocimiento otorgado por el derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión’. Para Barbero, mientras la capacidad de obrar alude a la idoneidad del sujeto para un tipo de acto y reconoce limitaciones que, en términos generales, toman en cuenta el desarrollo psíquico, la legitimación para obrar significa proporción de idoneidad para un acto singular con mesura a favor de circunstancias particulares del caso y distintas en cada caso.

43 Ver Pelosi, Horacio L., “La prescripción decenal del artículo 3999 del Código Civil”, Revista del Notariado, nro. 864, p. 109.

44 Ver también XXIX Jornada Notarial Bonaerense (2015, Mar del Plata): “...4. El art. 392 CCyC primer párrafo mantiene la norma del art. 1051 CC (ley 17711) de inoponibilidad del acto nulo al tercer subadquirente de buena fe y a título oneroso. Las adquisiciones “a non domino” constituyen supuestos de justo título en los términos del art. 1902 CCyC”.

oneroso+ buena fe adquirente], los sucesivos adquirentes del subadquirente comprendidos en las adquisiciones a non domino, incluso aunque todos sean de buena fe, no pueden detener el efecto reipersecutorio de la acción real del afectado, por lo que deben recurrir también a la prescripción corta, beneficiándose sólo de la unión de posesiones (art. 1901 CCyCN). El retaceo de esta última solución al sistema anterior en mi opinión es disvaliosa.<sup>45</sup>

### III.- La fe pública registral. la buena fe. el estudio de títulos

A) Fijemos algunas premisas en relación a la fe pública registral:

\*Nuestro Registro es de títulos (en rigor instrumentos) no de derechos reales, los que nacen fuera del mismo en tanto tratándose de adquisiciones derivadas exigen la concurrencia de título y modo: tradición material y sus sucedáneos- arts. 577 CC y 1892 CCyCN- (sólo en materia de hipoteca y servidumbre negativa es suficiente aquel).

El deslumbramiento por los sistemas alemán y Torrens de índole constitutiva que tuvo su expresión en diversos proyectos de reforma y un vano intento de subsistencia en la primigenia iniciativa de Anteproyecto de la Comisión 191/11 que derivó en la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) quedaron en mi parecer definitivamente sepultados por una abrumadora postura mayoritaria contraria en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) que supo reconocer las ventajas y buen funcionamiento de la publicidad de corte declarativo en materia inmobiliaria que el legislador del año 1968 consagró con las leyes 17.711 y 17.801 a partir del régimen velezano de la tradición (art. 577) y los alcances del registro que estableció limitado a las hipotecas (arts. 3135 y 3136). Excede notablemente la finalidad y extensión de este aporte dedicarme a la cuestión<sup>46</sup>

A ello debemos sumar en las adquisiciones originarias el supuesto especialísimo de la prescripción. La relación e incidencia entre posesión y registro es puesta de manifiesto con la conocida y lúcida reflexión de Rafael Nuñez Lagos<sup>47</sup>: "La posesión que es además, la base de la usucapión es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro de la Propiedad; de igual forma que la hipoteca como derecho real es el fallo absoluto de la posesión como sistema inmobiliario sin registro. 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, engendra un rasgo espantable llamado usucapión que haría totalmente estériles los asientos del registro y los dogmas de sus pontífices".

En consecuencia la posibilidad de "inexactitud registral" entendida en sentido amplio<sup>48</sup>

45 Ver Guardiola Juan José, La prescripción adquisitiva en Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, SJA 06/05/2020, 45, JA 2020-II Cita Online AR/DOC/545/2020 y La usucapión en el nuevo Código RCCyC 2016 (marzo), 19 Cita Online: AR/DOC/566/2016

46 Conclusiones XXIII JNDC "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... La protección de los intereses legítimos de los poseedores hace aconsejable la conservación de la tradición material como constitutiva del derecho real inmobiliario. El registro debe continuar cumpliendo su función de registración de títulos, con carácter meramente declarativo y no convalidante...". Ver Urbaneja Marcelo Desafortunada pretensión de suprimir la tradición e incorporar la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria. Derivaciones nocivas del "fetichismo registral" y nociones sobre derecho comparado EL DERECHO To. 246 año 2012 p. 8032777 y ss.

47 Nuñez Lagos Rafael Realidad y registro Revista General de Legislación y Jurisprudencia abril de 1945 Reus p. 2 Madrid, 1945

48 Art.39 LHE Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

y externo es una realidad innegable cuando publicita -sin responsabilidad alguna- situaciones jurídicas registradas (asientos) que no responden a la realidad extra-registral. También está el caso en que se tome razón de un documento errado (vgr. copia de una escritura de venta que no se corresponde con la matriz, falsificada), en cuyo caso se trata de una inexactitud interna que no le es imputable<sup>49</sup> y en relación a la cual la eficacia publicitaria basada en esa mera apariencia depende de si el sistema consagra o no la fe pública registral.

Lo anterior en nada va en desmedro de la eficacia probatoria que como instrumentos públicos los asientos registrales tienen en lo que se refiere a la plena fe de los actos cumplidos o pasados ante el oficial público (arts. 289 inc. b y 296 inc. a CCyCN).

El funcionamiento y el alcance de la fe pública registral varía de acuerdo a los diferentes sistemas legislativos<sup>50</sup>

La ley argentina no incorporó ni expresa ni implícitamente este principio, que da una protección al tercero en sentido positivo, por la presunción de exactitud del Registro: aquello que éste publicita se considera verídico con abstracción de la realidad jurídica externa, de manera tal que la información que brinda hace fe.<sup>51</sup> Claro ejemplo de una legislación que si la ha establecido es la española, con la necesaria suavización en sus efectos de la buena fe del adquirente, a tenor del art. 34 de la Ley Hipotecaria (LHE)<sup>52</sup>

\* El sistema argentino no es convalidante, ya que el art. 4 LRI dispone “La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes”. Mientras el efecto convalidante de un registro determina la validez del acto nulo por el solo hecho de su registración (subsana la adquisición de quien inscribe), el llamado principio de fe pública registral considera válido el acto nulo cuando se produjo una mutación conforme a lo pregonado erróneamente por el Registro (protege a quien adquiere del titular inscripto, aunque ese título sea defectuoso, salvo que la inexactitud resulte del propio registro o sea conocida por el tercero)<sup>53</sup>.

Tanto para que la convalidación como para la fe pública cumplan el fin propuesto de veracidad o exactitud, resulta imprescindible el control más absoluto sobre la validez de los actos que contienen los instrumentos a registrarse, de notoria mayor amplitud en la función calificadora que el examen de legalidad que disponen los arts 8 y 9 LRI.

\* Que el Registro no sea convalidante ni otorgue fe pública registral, con lo cual no se lo pueda presumir exacto, no impide que se lo pueda presumir íntegro o completo, ya que de nada valdría la publicidad registral si paralelamente no se la reputara tal. Claro está que frente a la posibilidad de mutaciones reales operantes extrarregistralmente no

49 Alterini Jorge Horacio- Lloveras Néstor Luis Responsabilidad civil por inexactitudes registrales EL DERECHO To. 62 Año 1975 p. 547 y ss.

50 Comejo Américo Atilio Derecho RegistralAstrea N° 129 p. 230

51 Lloveras Néstor Luis-Coghlan Antonio R., El artículo 1051 del Código Civil: Fe pública registral o estudio de títulos EL DERECHO To. 103 Año 1983 p. 992 y ss.

52 Art. 34 LHE “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.”

53 Ventura Gabriel -Moisset de Espanés Luis, Inexactitudes registrales. Subsanações, Ponencia, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (www.acederc.org.ar)

puede hablarse derechamente de integridad sino en grado de presunción *iuris tantum* y como aspiración a cuya efectivización propende la imposición de inscribir como carga del otorgante de la situación jurídica respectiva ( para ganar oponibilidad y por exigencia del tracto -arts 15 y 16 LRI- y legitimación desde lo registral) y como obligación del autorizante del instrumento en que aquella se concretó (las leyes orgánicas del Notariado así lo imponen)

\* Mientras el principio de legitimación consiste en que el titular inscripto es el titular material creando una presunción *iuris tantum*<sup>54</sup> por lo que supone una protección provisoria, el de fe pública consiste transformar la presunción en *iure et de iure* a favor del tercero que contrató con aquél confiando en esa apariencia (a esto se refiere el art. 34 de la LHE ya citado)<sup>55</sup>, siendo la protección definitiva<sup>56</sup>

En el derecho argentino el dominio y los demás derechos reales se acreditan con la respectiva escritura o testimonio auténtico, siendo insuficiente a tal efecto la certificación o el informe registral. Se transfiere (art. 23 LRI) y litiga con títulos (2789 a 2792 CC; 2249, 2256 CCyCN). De la certificación por otra parte no puede derivarse la concurrencia del modo suficiente, en tanto el título suficiente facilita la prueba de la tradición posesoria (art. 1914 CCyCN)

No enerva dicha conclusión lo que dispone el art. 29 de la LRI al remitir al art. 1011 CC (que con el CCyCN ha quedado vacío de contenido al no incluir lamentablemente una norma sustantiva similar para el caso de destrucción o pérdida del protocolo notarial) en cuanto dispone que el asiento registral sirve como prueba de la existencia de la documentación que lo originara.

\* En suma, tal como fuera expuesto en el X Congreso Nacional de Derecho Registral<sup>57</sup> (Santa Fe 1995) al tratar el Tema II Principios de presunción de exactitud, legitimación y fe pública, por el Despacho de la Mayoría<sup>58</sup>, cuya comisión redactora integró y de la que fui Relator:

### I. Principio de presunción de exactitud

Recordando que en el sistema argentino, en el ámbito inmobiliario, la génesis del derecho real ocurre fuera de la órbita registral, que la registración es de títulos y no de derechos y que la inscripción no es convalidante, el principio de exactitud, considerado

54 Artículo 38. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión los mismos. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero... y en sentido concordante dispone el art. 41 LHE "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos... basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente."

55 López de Zavalía Fernando Curso Introductorio al Derecho Registral p. 366

56 Kemelmajer de Carlucci Aída en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado AstreaTo. 13 del que es Coordinadora y Zannoni Director p. 70

57 En Revista Notarial de Córdoba. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Revista N° 70 año 1995

58 La Minoría en cambio sostuvo: I. El sistema registral argentino recepta los principios de integridad, exactitud y legitimación. II. El principio de integridad o completitud surge claramente atento a que lo no inscripto no perjudica a terceros. III. El principio de exactitud registral consistente en la ficción legal que el Registro coincide con la realidad extrarregistral, existe en el sistema argentino como una presunción *iuris tantum* por la circunstancia de ser los asientos registrales instrumentos públicos, los que se presumen exactos mientras no se pruebe lo contrario. IV. El principio de legitimación se encuentra consagrado como la presunción legal *iuris tantum* para el titular inscripto que su derecho existe en la forma publicitada por el Registro. V. Si bien el sistema registral argentino no consagra expresamente el principio de Fe pública registral, el tercero que se apoya en el Registro y que es de buena fe y a título oneroso, queda protegido frente a las consecuencias de la inexactitud registral, tanto para el supuesto de nulidad del título de su transmitente, como para el supuesto de títulos no Inscriptos.

como presunción legal de correspondencia entre los asientos e información registrales y la realidad extrarregistral, no ha sido receptado.

## II. Principio de legitimación

a) El principio de legitimación, entendido como presunción "iuris tantum" de titularidad del derecho, por parte de quien figura en tal carácter en el asiento registral, no ha sido receptado en el derecho inmobiliario argentino.

El recaudo exigido por los arts. 15, 22, 23 y conc. de la ley 17.801, en lo referente a la certificación de titularidad registral, no importa la recepción del principio antedicho.

b) La legitimación, no ya como principio en el sentido indicado, sino considerada como aptitud o idoneidad de una persona, en la esfera registral, sí constituye un recaudo exigible para la rogación, tracto y acceso a la información.

c) Extrarregistralmente, esto es, desde el punto de vista sustantivo, la legitimación para la transmisión, constitución, modificación o cesión, es dependiente de la titularidad del derecho real.

## III. Fe pública

a) El principio de fe pública registral, entendido como presunción "iure et de jure" de veracidad de las constancias registrales y de sus exteriorizaciones, no ha sido receptado en el derecho argentino.

b) La protección que brinda a los terceros subadquirentes el art. 1051 del Código Civil difiere esencialmente de la que confiere a los mismos otros sistemas, como el español o el alemán. El derecho argentino siempre exige una buena fe diligente y activa que presupone la indagación exhaustiva y crítica de los antecedentes pertinentes del derecho, no limitándose al sólo desconocimiento de la inexactitud registral.

e) La sostenida no recepción del principio de fe pública registral no significa el desconocimiento de la "plena fe" que, como instrumentos públicos, confieren las disposiciones del Código Civil a los asientos y certificaciones registrales.

IV. La presunción de completitud o integridad de las constancias registrales, vigente en nuestro derecho, y de la cual se desprende la inoponibilidad de lo no inscripto, debe ser distinguida de los principios precedentemente expuestos y no habilita a sustentar su recepción en nuestro régimen registral inmobiliario.

\*El CCyCN, con su art. 1902 sepultó definitivamente cualquier atisbo doctrinario de la teoría de la fe pública registral, al dejar expresado en forma categórica que la buena fe "requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial"

B) Desde lo registral existen dos criterios para establecer en que consiste la buena fe: uno objetivo configurado por una circunstancia exclusivamente externa al subadquirente: lo que describe el Registro, aunque ello no se corresponda - por mal funcionamiento o no del mismo- con la verdad distinta de la reflejado en el asiento o informada. El otro,

se atiene a una pauta subjetiva, en donde se identifica la buena fe con la ignorancia de la inexactitud registral, en el desconocimiento que tenga el tercero de aquello que sucede en la realidad extrarregistral en discordancia con sus constancias. Lo esencial es que el adquirente sepa a que atenerse, siendo indiferente el procedimiento por el cual llegue a adquirir el conocimiento de las condiciones de su adquisición. Desde esta perspectiva su conocimiento de la causal de la invalidez impide, pese a lo informado por el Registro, su consideración como "de buena fe". Ya Vélez Sarsfield en la nota al art. 3136, que se refería a la no prioridad de una hipoteca inscrita teniendo conocimiento de otra obligación hipotecaria constituida para la que corría el plazo de registración, decía: *"El Cód. francés, art. 1071, dispone lo contrario. Dice así: 'El defecto de inscripción no podrá ser suplido ni considerado como subsanado por el conocimiento que los acreedores pudiesen haber tenido de la constitución de la hipoteca, por otras vías que la de la inscripción'. Pero una doctrina más razonable y más moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos según lo dice Kent en su "Comentario a las Leyes Americanas", Sec. 28, núm. 169, y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara"*.

El criterio subjetivo, adoptado por el art. 34 LHE es más enérgicamente expresado por el art. 974 del Código Civil suizo de 1907 (Cuando un derecho real ha sido inscripto indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por los terceros que han conocido o debido conocer los vicios...) y así fue incorporado como ap. 17 de la "Carta de Buenos Aires" del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972, aprobada por la totalidad de los países representados: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro"

Enancado en "el deber de conocer", máxime cuando no está consagrada la "fe pública registral" y en relación al art. 1051 CC y su sucesor el art. 392 CCyCN, no cabe sostener que la buena fe, aunque se la presuma, consista solo en la ausencia de mala fe. La "creencia" sin lugar a dudas, no debe ser producto de la intuición sino creada por elementos exteriores que proporcionen al sujeto la información necesaria para creer y ello en una fórmula abierta con una conducta diligente, adecuada a las circunstancias del negocio jurídico. No basta el desconocimiento inculpable del defecto que padecía el título precedente si no va acompañada de un comportamiento cuidadoso y previsor para conocer la situación jurídica de la cosa al momento de la transmisión del derecho.

La sola circunstancia de que el dominio esté inscripto a nombre del propietario aparente no significa tener por cierto de modo irrefragable y sin distinción alguna la existencia de buena fe por parte del tercer adquirente. Bien se ha dicho que su error debe ser justificado o excusable<sup>59</sup>, común en el sentido de que otras personas en iguales circunstancias hubieren podido caer en el mismo, y en alguna manera invencible, en cuanto obrando con diligencia era difícil no equivocarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso: la apariencia del enajenante como los títulos presentados, la publicidad de su propia adquisición, su conducta frente a la cosa enajenada, etc., sin perjuicio de hacer salvedad de los casos en que tal diligencia del tercero resulte estéril.

Sin duda la información registral es presupuesto necesario de la buena fe pero no suficiente de la misma.

59 BorghiHélio, Teoria da Aparência no Direito Brasileiro – Aparência de Direito e Aparência no Direito, no Direito Privado e no DireitoProcessual Civil. Confrontações e aplicações, inclusive naJurisprudência, São Paulo, LEJUS p. 48.

Y así lo expresaron las Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho (San Isidro 1981): A los fines de configurar la buena fe exigida por el art. 1051 no basta la mera comprobación de la inscripción registral y las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael Mendoza 1978): Para ser considerado tercero de buena fe no bastará la existencia de una creencia "sin duda alguna" (argumento art. 4006 CC y su nota) sobre una realidad jurídica determinada, sino que será necesario además que esa creencia o convicción vaya unida a un obrar diligente, prudente, cuidadoso y previsor, conforme a la doctrina de los arts. 512, 902, 1198 del Código Civil. La buena fe requerida por el art. 1051 del Código Civil no es la denominada "buena fe registral"

El art. 1893 del CCyCN<sup>60</sup> vino a reafirmar el principio de "buena fe" consagrado en el art. 9, en sentido conteste con el art. 20 LRI pero de una manera más amplia y en el sentido expresado ya que con el mismo no pueden prevalecerse de la falta de publicidad solo las partes, herederos, y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos, sino que incluye "a todos aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real".

C) Lo dicho entronca con el estudio de títulos.

En Argentina, además de la exigencia en cuanto a la legitimación para el autorizante de tener a la vista el título inscripto (arts. 23 y 28 LRI), todavía vigente el Código anterior y no obstante no existir ninguna norma de fondo que determine como obligatoria la tarea del estudio de los títulos antecedentes que mínimamente cubra el plazo para que la prescripción adquisitiva purgara los defectos, la misma se fue imponiendo sobre la base de lo que disponía el art. 902 ("cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos", del art. 1198 que mandaba a los contratantes "a obrar con cuidado y previsión" y el énfasis de las distintas legislaciones provinciales que la ponían dentro del deber genérico del asesoramiento notarial que se integra en materia de responsabilidad profesional con la "confianza especial entre las partes" que supone el servicio que presta y que determina "en estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes" (art. 909 CC). Ello ya como de indispensable realización para configurar la buena fe del tercero en los términos del artículo 1051 del Código Civil o como un medio más para acreditar esa buena fe, con cierta jerarquía e importancia respecto de otros medios, pero nunca como forma excluyente de configuración de la buena fe del tercero. Por supuesto que con alguna negativa, que siempre existió y todavía en alguna medida subsiste, por parte de quienes no quieren asumir obligaciones implícitas que retardan su quehacer (agravada por la inevitable dispersión de las fuentes de consulta notariales, judiciales y/o administrativas) y pueden generar responsabilidad por defectuoso cumplimiento.<sup>61</sup>

60 "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 posesoria, según el caso [...] No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real".

61 Para profundizar, aunque desactualizados, los siguientes estudios: Alterini, Importancia del estudio de títulos Gaceta del Notariado 88, 1 Cita Online: AR/DOC/486/2012; Estudio de títulos, LA LEY 1981-B, 858, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 1085 De Hoz, Marcelo, El estudio de títulos desde la óptica jurisprudencial: tendencias y análisis de los casos más trascendentes, Revista del Notariado 897, 75

Y de las tantas reuniones académicas que se ocuparon del tema cito: Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1969): "...Para que el tercero pueda demostrar su diligencia -como requisito justificante de su buena fe- el estudio de títulos tiene, después de la reforma, mayor trascendencia que antes de ella. También parece conveniente que el adquirente quede documentado en cuanto a la realización de dicho estudio y su resultado... Las normas de fondo y la mayoría de las leyes notariales argentinas no imponen a los notarios la obligación de estudiar el título. Empero la modificación del 1051 aconsejaría considerar ahora tácita dicha obligación para que el adquirente pueda probar su buena fe". VII Reunión Jurídico Notarial de la Provincia de Santa Fe (Rosario, 1974) "El estudio de títulos y antecedentes resulta conveniente y hasta en algunos supuestos necesarios para la caracterización de buena fe que menciona el referido artículo en función de la conducta cuidadosa y previsor, por parte del subadquirente".

El Proyecto de 1998, luego de haber fijado el régimen de publicidad en el art. 1843 de fundamental importancia para entender la presunción de exactitud de los asientos registrales a la que se refería en el art. 2147, en su segundo párrafo expresamente establecía "Se presume la buena fe del tercero mientras no se pruebe que conocía o hubo de haber conocido la inexactitud del asiento a través del estudio de títulos"

Aunque en términos no tan precisos el CCyCN recepta la tesis absolutamente mayoritaria sobre la necesidad de efectuar dicho estudio para invocar buena fe a los efectos de ciertos títulos observables (art. 1902 e implícitamente de los arts. 301 392, 1138, 1725 y 2260).

Resume bien lo que vengo diciendo Urbaneja<sup>62</sup> de la siguiente forma: "La buena fe debe evaluarse no solo con las constancias registrales, sino con pautas subjetivas, con el conocimiento cierto o presunto que el sujeto pueda tener de la realidad extrarregistral, con prescindencia de lo informado en el registro. Es decir, una "buena fe-diligencia" que se canaliza principalmente con la verificación de las constancias registrales (p.ej., la verificación en sede judicial de las medidas cautelares anotadas) y con el "estudio de títulos". El art. 1902 del Cód. Civil y Comercial dispone: "Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial". Se infiere de esta norma, no solo la obligación del "estudio de títulos", sostenida por parte de la doctrina, sino el concepto de que la buena fe establecida en el Código no es la que surge de las constancias registrales, sino el de "buena fe-diligencia". El funcionario interviniente no solo debe cumplir con las exigencias que surgen de la LNRI, sino que debe ejecutar el principio de "buena fe-diligencia" que consagra este Código."

Se plantean así en relación al art. 392 CCyCN (ex 1051 CC) distintas alternativas para la configuración de la buena o mala fe del adquirente: 1) Negligencia por no estudio de antecedentes: a) si el vicio es perceptible o hubiere sido ostensible de haberse realizado será de mala fe por falta de diligencia; b) si a pesar de que por ese medio no hubiera sido descubierto también será considerado de mala fe si se comprueba que conoció el vicio extracartularmente y c) si el vicio no es evidente, no era posible de ser conocido documentalmente ni hay conocimiento del mismo por otro medio, el estar ausente ese examen no obsta a su buena fe. 2) Existió esa diligencia y se hizo el estudio de títulos a) si el vicio es ostensible, se advierta o no, involuntaria o intencionalmente, el adquirente es de mala fe y b) si el vicio no era manifiesto será de buena fe, siempre y cuando no haya llegado a su conocimiento por una vía distinta a la inspección documental.

#### **IV. Las otras publicidades: la posesoria y cartular**

Para visualizar el sistema publicitario argentino resulta imprescindible analizar el trípode sobre el que se asienta y la correlación indispensable que debe existir entre los soportes, ya que cualquier desequilibrio por debilidad de alguno de ellos o sobrecarga de otro exigiéndole una fuerza que no puede proporcionar, conduce inexorablemente a su ineficacia.

---

62 Urbaneja Marcelo E., Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado, bajocoordinación de Clusellas, Eduardo G. To. 9 Astrea. p. 354

A) Con la reforma del año '68 (ley 17.711 al CC) al art. 2505 y la ley 17.801 (LRI) hubo que estudiarse la incidencia de lo registral en la adquisición de los derechos reales y su vinculación con la posesión (como relación real – hoy llamada normativamente de poder, implícitamente de hecho- instantánea -modo – de co-integración y como relación estable de realización y publicidad del poder jurídico que se tiene, para decirlo en términos del maestro Molinario)

Así las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1981, La Plata) expresaron con criterio consolidado: "I. La inscripción registral en materia inmobiliaria constituye un nuevo requisito que con fines de publicidad se adiciona al título suficiente y al modo suficiente. II. Las mutaciones jurídico reales sobre inmuebles no inscriptos son inoponibles a los terceros con interés legítimo que sean de buena fe, tengan o no emplazamiento registral. III. La tradición no es en la actualidad un presupuesto indispensable de la inscripción registral. IV. Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe." Esta declaración fue ratificada por las XXIII JNDC (Tucumán, 2011)

Las Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil de 1983 en el mismo sentido concluyeron: "Publicidad posesoria a) En el derecho positivo vigente conserva toda su trascendencia la publicidad posesoria b) Existirá publicidad posesoria cuando a través de ella los terceros interesados hayan conocido o podido conocer la realidad extrarregistral c) En el supuesto de colisión entre las publicidades posesoria y registral prima la precedente en el tiempo"

Nadie duda de la superioridad desde lo estrictamente técnico de la publicidad registral pero desde lo social, la posición del hombre común, el estado de hecho cumple una función exteriorizadora más efectiva que aquella, al visualizarse en forma directa; aun cuando pueda prestarse a alguna equívocidad, de la que tampoco está la otra exenta.

Destaca Ignacio E. Alterini<sup>63</sup> que la mutación jurídica real concausal del título y el modo suficientes coadyuva a la paz social en cuanto evita el conflicto por la desconexión entre quien efectivamente posee y quien tiene la titularidad del derecho; protege al más débil jurídico frente a la mutación jurídico real que es quien no es parte en los actos jurídicos con finalidad traslativa; no prescinde de los poseedores con intereses legítimos y tiene implicancias en cuanto a la efectividad del tráfico ya que aventa la posibilidad de que al adquirente que no entabló ningún contacto con el objeto que ingresó a su patrimonio se lo tutele en perjuicio de otras personas.

El Proyecto de 1998 incorporaba normativamente este desarrollo en el art. 1843 (ver nota 70); formulando una aclaración en relación a la inoponibilidad de la publicidad posesoria, salvo que exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido, respecto al derecho real u otra situación jurídica registrada que no se ejerza por la posesión; conflicto que ha dado lugar a distintas posturas interpretativas.<sup>64</sup>

63 Alterini Ignacio E. Transmisiones inmobiliarias, Ed. La Ley p.300 y ss

64 XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) Comisión 5 "...3.- Poseedor con causa en boleto de compraventa o negocio jurídico equiparable no inscripto. 3. A.- 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 inhihiente, 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. 3. B.- Conflicto entre el poseedor y el acreedor hipotecario o acreedor embargante. Despacho a. El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descriptas 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,

El art. 1893 CCyCN, lo consagra en los siguientes términos: "...Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso" aclarando luego la diferencia con aquellos supuestos (escasos en nuestro derecho, siendo el relevante el régimen de automotores) en que "el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real".

B) El otro pilar es la publicidad "cartular" o "documental", que además del instrumento se proyecta también hacia lo registral – lo que a veces se soslaya-, en tanto sea la fuente notarial, judicial o administrativa lleva un registro público de lo otorgado.

Vélez Sarsfield ya había contemplado su importancia (arts. 996, 1194, 2663 y notas al primero y al último<sup>65</sup>), incluso para el único caso de publicidad registral que incorporó, en el art. 3193 para la cancelación del derecho de hipoteca.

El X Congreso Nacional de Derecho Registral (Salta 1997) sobre la publicidad por informe o certificado expresó "En el caso en que el error u omisión estuviere relacionado con derechos reales, deben tenerse presente los efectos de la publicidad registral, cartular y posesoria. El XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario 2015) consagró el deber de informarse de la situación registrada a través de la consulta del instrumento registrado o su matriz, según el caso. Si no se procediera de esta manera, faltaría la buena fe exigida por el ordenamiento jurídico (artículos 9 y 961 y específicamente 1893 y 1166 del CCyCN y 12 y 33 de la LRI).

Lo dicho en el punto anterior en relación al art. 1902 CCyCN torna innecesario profundizar en otras consideraciones.

Reafirmando las conclusiones notariales y registrales, las tan citadas XXIII JNDC (Tucumán 2011), recomendaron en su momento "Una futura reforma del Código Civil debe mantener la coexistencia de las publicidades posesoria, cartular y registral". Y ello se ha preservado.

## V. A modo de conclusión

El legislador, con conocimiento de los principios y reglas de la materia y de la experiencia en el derecho comparado, debe tener la prudencia y sabiduría en la tarea de su adecuación a la materia a regular para que su instrumentación no produzca crujiidos entre sus piezas, desbaratando por filtraciones en su estructura la solidez perseguida. Para que esa labor sea fecunda tendrá que resistir la tentación como señala Zagrebelsky<sup>66</sup> de quedar "completamente encerrado en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que éstas dirigen su fuerza normativa", para que sus resultados no sean "obras extravagantes de 'juristas puros' (como existen no pocos, orgullosos e inútiles)" y no encandilarse con lo que impresiona (acá también juega la mera apariencia) dogmática y teóricamente perfecto.

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, N.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.

65 "...Esas cláusulas revocatorias debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite. Hablamos de escrituras públicas, porque sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces, pues respecto de los muebles, el dominio sólo será revocable en el caso que se determina en uno de los artículos de este título."

66 Zagrebelsky Gustavo El derecho dúctil Ed. Trotta p. 133

Vélez Sarsfield y el legislador (civil y registral<sup>67</sup>) del '68, supieron hacerlo. El primero conociendo – y mucho- pero no copiando el derecho francés; los segundos procediendo de igual forma respecto de institutos y principios (sustantivos y registrales) forjados en la doctrina y práctica del Derecho de ese país, Italia, Alemania, Suiza, Australia o España. En ambos procesos se aquilataron las necesidades, posibilidades y desarrollos doctrinario-jurisprudenciales nacionales. El canto de sirenas concomitante y posterior, afortunadamente no hizo variar el trayecto hacia un puerto que como meta final en una medida harto razonable se alcanzó (las transmisiones inmobiliarias son seguras; los fenómenos patológicos y/o delictuales a su respecto son verdaderamente escasos), más allá de las correcciones que se puedan introducir ante la perfectibilidad de todo lo humano. El nuevo desafío se presenta ahora en el acople de los medios tecnológicos para que no llegue a confundirse o sustituirse seguridad jurídica por seguridad informática.

El Registro es un medio para la eficacia de la publicidad, pero no el único. En sistemas no constitutivos, y particularmente en los que se inscriben títulos y no derechos no es lógico despreciar o peor negar “el conocimiento o posibilidad de conocer” adquirible por otras vías: instrumental y/o posesoriamente. El control de legalidad documental debe ser exhaustivo. Procesos de verificación digitales y biométricos que las nuevas TIC's facilitan para la identificación de los otorgantes/rogantes, y todos aquellos que hacen a la autoría e integridad documental deben ser implementados en todas las etapas inscriptorias. Un control efectivo a través del estudio de títulos debe direccionarse también a su matricidad. Pero de nada sirve todo esto si no va acompañadas de un régimen sancionatorio profesional, administrativo y penal, severo y efectivo ante un obrar doloso o negligente (seguridad jurídica preventiva). El sistema de doble control calificadorio (notarial/funcionario/ judicial – registral) reporta mayor efectividad. La relación real tiene implicancia publicitaria definitiva en la mayoría de los supuestos para la buena fe del adquirente. Como señalaba Nuñez Lagos “la apariencia hace inexcusable la ignorancia”.

En tanto se siga exigiendo como acontece la tradición para la adquisición, los verdaderos titulares, salvo excepciones, poco deben temer ya que no podrá cumplimentarse el modo y por ende el cambio de titularidad. Si a ello sumamos la exigibilidad de una actitud diligente en materia documental para tener por configurada la buena fe necesaria, los peligros para titular y adquirente se desvanecen y se evita el conflicto entre seguridad estática y dinámica, funcionando como debe ser: simplemente como dos caras de una misma moneda.

---

67 Vaya aunque sea en esta nota mi profundo reconocimiento y admiración en esos respectivos ámbitos a los Dres. Borda, Spota y Falbo, Scotti y García Coni

