

La Academia Nacional del Notariado ante la posible sustitución del régimen dominial en el Proyecto de Código Civil*

Adriana N. Abella, Norberto R. Benseñor, Eleonora R. Casabé
Marcelo A. de Hoz y José M. R. Orelle

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2011

Señor Presidente de la Corte
Suprema de Justicia de la Nación
Doctor Ricardo L. Lorenzetti
Presente

De nuestra mayor consideración:

La Academia Nacional del Notariado tiene el agrado de dirigirse por nuestro intermedio al señor presidente a fin de hacerle llegar la opinión del cuerpo, debidamente debatida, sobre las bondades y ventajas que el actual sistema registral declarativo y no convalidante dispone y la inconveniencia que resultaría de sustituir el modo traditivo tradicional en el ámbito de los derechos reales. La opinión que refleja esta presentación ha sido concebida, exclusivamente, teniendo presentes las razones jurídicas que fundamentan el criterio y el absoluto convencimiento de las bondades de sostener sus postulados, más allá de cualquier otro interés.

Conscientes de que la propiedad es el móvil y el estímulo de la producción, advertimos que sería insuficiente reconocerla como derecho inviolable si no se consagrara el respeto institucional de su desenvolvimiento desde su origen. El derecho de propiedad contribuye a la generación e incremento de la renta, del ahorro, de la inversión, y, por todo ello, garantiza el crecimiento económico de un país, en cuyo caso, cuando el Estado adopta algún sistema para configurar la regulación de este dere-

* Ver nota extendida en
p. 33.

cho, pretende que la norma jurídica resulte aplicable conforme al contexto que la realidad social, económica y política ofrece; y, en nuestro caso, sin desplazar ni contradecir la tradición jurídica latina.

Como bien sabe el señor presidente, se postula modificar el sistema hoy vigente de inscripción declarativa no convalidante por otro que consagre un efecto constitutivo registral, argumentando que el ordenamiento vigente genera alta *litigiosidad*, debido a la falta de certeza y dubitabilidad acerca del cumplimiento de la tradición como elemento integrativo de la configuración del derecho real.

Ante esta opinión, la Academia Nacional considera que:

1. Se entiende que el fundamento de esta modificación se basa en la convicción de que el requisito de la tradición no soluciona adecuadamente el problema de la oponibilidad de las relaciones reales generadas por el titular de dominio de bienes registrables. En la actualidad, el esquema vigente presenta la siguiente estructura conceptual:

- a) El adquirente de un bien inmueble accede al dominio integrando título (acto causal) y modo (tradición).
- b) Tanto el título como el modo y su consecuencia, la relación posesoria, exhiben un grado de oponibilidad inmediato que comprende a las partes, sucesores universales y a quienes conocen o han debido conocer dichos actos.
- c) La inscripción registral expande *erga omnes* la oponibilidad del título respecto a terceros interesados de buena fe.

2. Todo derecho real implica un poder, un señorío de una persona sobre una cosa, que se traduce en una relación directa y contigua entre el titular del derecho y la cosa que constituye su objeto, en cuyo caso sabido es que antes de la tradición de la cosa no se adquiere sobre ella ningún derecho real. La tradición es causa inmediata de la adquisición del derecho real por actos entre vivos (arts. 577, 2601, 2603 y 2609, 3265, C. C.), tanto en sentido positivo, porque antes de ella no hay relación palmaria con la cosa, como en *sentido negativo, porque, exigiéndose la tradición, se tutelan los fenómenos posesorios, ya que no puede haber tradición si hay contradictor de la adquisición posesoria, o sea que la cosa que se pretende transmitir no está en posesión vacua.*

Por su parte, la buena fe subjetiva, siempre en el campo de las cosas, señala la aplicación de la protección dispensada al poseedor de buena fe (con respecto a los frutos, gastos, mejoras y riesgos) en la accesión, en la usucapión y en la transmisión posesoria.

La tradición debe ser hecha por el título suficiente para *transferir el dominio*; este título facilita la prueba de la tradición, y esta última, a su vez, es investidura, *modo de adquisición de los derechos reales* por actos entre vivos, así como la *traditio brevi manu* y *constituto posesorio* devienen en modalidades de aquella.

Aunque en nuestro sistema de adquisición de derecho real las manifestaciones de las partes insertas en la escritura pública no suplen las formas legales, las mismas adquieren relevancia y afirman la importancia como constancia documental, por cuanto esta *declaración de las partes de haberse hecho tradición vale para ellas cual si fuera una confesión*; por lo tanto, *la exclusión de la eficacia de la sola declaración puede invocarse solamente por los terceros que controvierten la realidad de la tradición*.

3. Si bien mediante la tradición se adquiere la posesión, el contenido que ella significa permite brindar un sustrato a todo derecho real que se ejerce por ella. Su trascendencia es la que permite que el titular dominial de bienes registrables, en un sistema declarativo sin fe pública registral, no vea desbaratado su derecho por lo que pueda publicitar el registro, ni deba incentivar su vigilia y alerta consultando periódica y permanentemente el estado registral de su dominio para confirmar la inalterabilidad de su derecho. En las situaciones anómalas que el derecho debe recoger, frente a la eventualidad de que una misma cosa sea vendida a dos o más personas por el mismo dueño, hoy, *la solución se obtiene recurriendo a la configuración del derecho real, conjugando título y modo y resolviendo a favor de quien primero ha sido puesto en posesión de la cosa, aunque el título sea más reciente*, con tal de que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada.

Este resultado es consecuencia directa de que la función traslativa del dominio opera mediante el instituto de la tradición, es decir, el tiempo en que se concreta la posesión. Indudablemente, cualquier sistema jurídico debe, en definitiva, resolver puntualmente cuándo se producen los efectos de las relaciones

contratadas, indicando el momento en que la transmisión opera, cuándo se adquiere el derecho real y en qué tiempo se lo pierde. En esta disyuntiva no se puede prescindir de las realidades negociales, ni tampoco ignorar la oportunidad en que los contratantes se intercambian las prestaciones, otorgan los instrumentos definitivos del acto celebrado y se hace entrega de la posesión. A partir de ese conocimiento, diferentes abordajes de política legislativa determinarán si se opta por hacer coincidir la adquisición del derecho real cronológicamente con la actividad de las partes o se resuelve postergarlo, relegando la adquisición del derecho real a un acontecimiento futuro, no inmediato e intrínsecamente ajeno al acto instrumentado.

4. No debe olvidarse que, en un plano de mayor abstracción, la posesión es un fenómeno meta jurídico, que pertenece al orden natural de la convivencia humana, por lo cual, como otros casos de la misma naturaleza (la persona, p. ej.), no es creado por el Derecho, sino reconocido como derivación ontológica de su esencia. En un plano práctico u operativo, todo adquirente, cualquiera sea la estructura del ordenamiento que lo rijan, pretende disfrutar del bien que ha adquirido. Para el ciudadano común, la posesión no es un mero derecho, es la realización de su deseo, de su finalidad personal, de lo que podríamos llamar el orden natural de las cosas.

5. En nuestro régimen, la inscripción en los registros inmobiliarios, así como de buques y aeronaves, de los títulos de adquisición, constitución o transmisión de derechos reales por actos entre vivos es exterior al acto constitutivo, no es condición de validez del acto y solo es necesaria para mejorar la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. De adoptarse el sistema propuesto (sustitución de la tradición por la inscripción registral), la estructura jurídica variaría, originando los siguientes efectos:

- a) Entre las partes igualmente deberá efectuarse la tradición, como obligación derivada del contrato.
- b) El adquirente deberá aguardar la inscripción registral para asumir el rol de titular del derecho real.
- c) Quien disponga de inscripción registral podrá ostentar su calidad de propietario aunque la relación posesoria se encuentre cuestionada o no haya podido concretarse.

6. Un punto de especial consideración merece la apuntada *litigiosidad* atribuida al sistema actual (más allá de la ausencia de estadísticas que corroboren dicho aserto, vinculando cantidad de enajenaciones con el número de litigios). Sobre este aspecto, no cabe duda alguna de que la posibilidad de conflictos no deriva de alguna imperfección intrínseca sino, en todo caso, de actos de mala fe, o dolosos, o fraudulentos, que el cambio de sistema no podrá evitar, por cuanto tanto la mala fe o los actos fraudulentos nunca pudieron ser eliminados por los textos legales. En realidad, cambiará el sujeto negocial que *soporte* el perjuicio y los daños consiguientes. En el actual esquema, la protección abarca primeramente al propietario (seguridad estática), exigiendo que el adquirente compruebe el estado de ocupación. El sistema proyectado lo libera de esta diligencia, pero deja desamparado al propietario y a los poseedores, que podrán ver avasallados sus derechos frente a quienes obtengan la inscripción registral de sus derechos.

7. La única experiencia nacional que consagra un sistema dominial constitutivo es el contenido en el régimen de la propiedad automotor, el cual es prueba suficiente de los problemas referidos. Ante la falta de inscripción de las adquisiciones por parte de los compradores y frente a la generación de siniestros provocados por sus poseedores, tanto la doctrina y la misma jurisprudencia inclusive, mediante fallos plenarios, han debido consagrar la preeminencia de la posesión (supuestamente eliminada por el sistema constitutivo) para reestablecer la justicia de estos casos. De este modo, se evidencia que la realidad se impone sobre la virtualidad o naturaleza abstracta de los asientos registrales.

8. El sistema constitutivo puede generar consecuencias comerciales catastróficas en el plano de la financiación inmobiliaria. Los bancos y entidades financieras posiblemente resuelvan que la entrega física del dinero se realice una vez inscripto el título, ya que recién con la inscripción el deudor quedará emplazado como titular de dominio y podrá ser pasible de la ejecución del bien en caso de incumplimiento. En este escenario, cabe tener en cuenta que en algunas provincias (Córdoba, San Luis) las inscripciones demoran en muchas ocasiones más de un año. En otro aspecto, Santa Fe se encuentra en pleno proceso de vuelco a folio real, con lo cual, ante la subsistencia provisoria del ante-

rior sistema, deben preverse también atrasos, del mismo modo que en Entre Ríos, donde coexisten más de 14 registros zonales, con criterios no siempre coincidentes a la hora de los requisitos exigibles.

Las demoras apuntadas se advierten hoy, inclusive, en trámites ordinarios que no tengan obstáculos ni observaciones, ya que, en caso de adolecer de vicios o causas suficientes, aunque sean subsanables, tal retardo puede duplicarse o triplicarse en tiempo real. En estas circunstancias, debe acentuarse la necesidad de que la política legislativa no evite ponderar el posible incremento de la litigiosidad y la incertidumbre para el adquirente, quien dispondría de la creencia de que dispone íntegra y completamente de su derecho, pero que, en realidad, no lo tiene, por cuanto carece de inscripción registral y la norma positiva decidió dilatar su adquisición hasta que ella se alcance, perjudicando adicionalmente la legitimación que puede provocar la falta, si debiera interponer acciones reales o ejercer derechos derivados de sus relaciones de vecindad, condominio, etcétera.

9. Es de suponer que, ante la consagración de la inscripción constitutiva, por el consecuente aumento de responsabilidad de los registradores, se intensifique extraordinariamente la actividad calificadora, con lo cual se multiplicarán las observaciones y las inscripciones condicionales, produciendo una demora adicional en la inscripción de los títulos. Por las mismas razones, la responsabilidad del Estado también crecerá en magnitudes imprevisibles, ya que los errores registrales generarán la obligación de reparar los daños ocasionados por los mismos. La vasta extensión territorial, la ausencia de catastros completos y actualizados y, fundamentalmente, la escasez de recursos financieros y humanos tornan de imposible implementación un cambio tan profundo como el proyectado. Consagrar la inscripción constitutiva, en el plano de la especialidad profesional y técnica que exige, demanda –entre muchos otros aspectos– la inmediata contratación de profesionales altamente especializados en contratos, derechos reales, régimen de transmisión de bienes, instrumentación, etcétera. Tal cuerpo profesional, en la magnitud necesaria para la cantidad de registros creados, no existe y, además, suponiendo la provisión de recursos necesarios, llevaría muchos años formarlos. *Por otra parte, no se advierte la utilidad de esta inversión cuando en la actualidad los problemas apuntados permiten superar los inconvenientes expuestos.*

10. No quisiéramos imaginar que, frente a la magnitud de los riesgos que se asumirían, debería contratarse una batería de seguros y reaseguros (suponiendo la posibilidad de medición de los riesgos, basada en estadísticas de observaciones mal efectuadas) que permitiera aminorar los daños provenientes de un cambio estructural como el que estamos comentando.

11. En la práctica, quedarán abolidas las escrituras simultáneas, de gran arraigo en nuestro medio y eficaz vehículo de solución cuando media reemplazo de viviendas, etcétera, ya que las mismas se basan en la naturaleza declarativa del sistema vigente. Al ser constitutiva la inscripción, necesariamente habrá que aguardar la inscripción del primer acto (que generará la condición de titular de dominio del adquirente) para poder obtener la legitimación necesaria para el segundo acto. Esta consecuencia también impactará negativamente en el sistema negocial hoy vigente.

12. El sistema constitutivo afecta notablemente la contratación inmobiliaria. Si la adquisición del dominio queda efectivamente postergada hasta la inscripción registral, ¿cuándo debería el comprador pagar el precio?, ya que el dominio no lo adquirirá sino cuando el título se registre. Y, si la entrega del dinero se condiciona a la inscripción, nos preguntamos cuándo obtendría la posesión del inmueble, que, aun despojada de valor jurídico respecto del adquirente, sigue siendo su finalidad contractual. En este aspecto, advertimos los inconvenientes que esta mutación legislativa ocasionaría en las operaciones cotidianas, al condicionar todo el resultado al tiempo de la inscripción, retrasando mudanzas y traslados. Nos permitimos cuestionar si la sustitución del régimen determinaría la creación de cuentas de depósito especiales para que el dinero de la operación quede a resguardo hasta que el adquirente adquiriera su condición de titular de dominio, situaciones todas estas que no se plantean en la actualidad, precisamente, por la eficacia del régimen. De igual manera, el crédito hipotecario otorgado para cancelar el saldo de precio quedaría seriamente afectado, por cuanto toda hipoteca constituida antes de la registración sería condicional hasta la inscripción del título. Si llegara a mediar incumplimiento del comprador antes de la inscripción, ¿a quién se le subastará el inmueble? Si el vendedor cae en insolvencia mientras se gestiona la inscripción, ¿a quién pertenece el inmueble?

13. Los problemas apuntados, que no alcanzan solución en el sistema constitutivo, condenarían definitivamente toda posibilidad de acudir a las instrumentaciones simultáneas de adquisición o adquisiciones de bienes garantizados con créditos hipotecarios inmediatos, tan frecuentes en nuestro medio y las cuales hoy se desenvuelven con absoluta seguridad y eficacia.

Debe resaltarse que, inclusive en los sistemas más extremos de intensidad de efectos de la registración inmobiliaria (Torrens; sistema germánico), más allá de las proclamaciones teóricas, no ha quedado abolido el rol de la relación posesoria. En la práctica, los adquirentes aplican una cuidadosa diligencia para verificar el estado de los inmuebles y, sobre todo, que se encuentren desocupados, como una lógica consecuencia de su aspiración a disponer de ellos. Autores de la talla de Roca Sastre se ocupan de explicar que, más allá de las discusiones académicas, estos aspectos no son indiferentes.¹ Es de destacar que el sistema australiano ha debido complementar el requisito técnico de la inscripción con un fondo de reaseguro, lo cual prueba acabadamente lo expresado respecto a los riesgos derivados de los errores de los registradores.

14. Otro aspecto a considerar es el relativo a la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los boletos de compraventa. En la actualidad, *los instrumentos privados se registran solo en supuestos de excepción expresos y legales (v. gr. boletos de las Leyes 19.724 y 14.005)*. En general, es *disvaliosa* la inscripción de los boletos de compraventa en el Registro de la Propiedad, salvo que se trate de registraciones basadas en regímenes tuitivos. Aun cuando se regulen debidamente los efectos de dicha registración y su temporalidad, por tratarse de derechos personales, esta inscripción desalentaría las transmisiones dominiales y publicitaría una situación registral naturalmente imperfecta, sin perjuicio de influir negativamente en el aspecto tributario, tanto de la Nación y de las provincias, al impedir la recaudación correspondiente a los impuestos que gravan esos actos. No se trata de cuestionar la inscripción de boletos de compraventa en los regímenes especiales de prehorizontalidad u otros que, como ya señalamos, están debidamente justificados y, muy por el contrario, deberían perfeccionarse legislativamente superando los inconvenientes que en la actualidad merecen. La orientación de cualquier normativa debería propender a que aquellos otros boletos, es decir, aquellos *que instrumentan las*

1. ROCA SASTRE, Ramón M., *Derecho hipotecario*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1968, pp. 186, 168, 192.

operaciones ordinarias y habituales de compraventa accedan a la escrituración lo más prontamente que pueda lograrse. La registración del instrumento privado tiende a otorgar a los adquirentes en estas condiciones de un derecho menguado, no completo, induciendo a engaño al titular de esa inscripción personal. Desde otro punto de vista, así como un boleto de compraventa en curso de ejecución accedería al registro, habría que prever de qué otra manera ágil y eficiente ese derecho personal registrado deja de tener existencia registral cuando media el incumplimiento del adquirente o el abandono del mismo, sin tener que acudir al remedio jurisdiccional. Desde ya, imaginamos que la posibilidad de que en un boleto en curso de ejecución acceda a su registración provocará inmediatamente el desaliento de su utilización en operaciones donde el vendedor no haya percibido la totalidad del precio, frente a los inconvenientes que una eventual resolución de ese contrato le puede originar para cancelar la registración apuntada.

15. Mantener el sistema registral declarativo (arts. 2505, C. C., y 2, 20 y cc., Ley 17.801) es conveniente ya que la inscripción de los títulos en el registro inmobiliario con fines de oponibilidad a determinados terceros se adiciona al título suficiente y al modo suficiente, elementos constitutivos del derecho real.

El registro de los títulos no hace a la validez del acto ni a la buena fe. Se trata de una medida de publicidad, que cumple una tarea perfeccionadora de la adquisición del derecho real para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

Con lo que va dicho, en nuestro sistema el registro no es exacto, ya que no es convalidante, pero sí pretende ser íntegro o completo. Si bien no se trata más que de una presunción en este último sentido, que además es desvirtuable por prueba en contrario, es característica necesaria, ya que una publicidad registral más eficiente depende de que se inscriban todas las mutaciones reales inmobiliarias y, a falta de la posibilidad de alcanzar la meta tan ambiciosa (principio de exactitud), debe contentarse con que ello se presuma en función de lo que la praxis indica como lugar común en el tráfico inmobiliario. *Es que, por la seguridad jurídica, la inscripción no es convalidante ni subsana los defectos de que adoleciere el título según las leyes* (art. 4, Ley 17.801). Y así, desde la perspectiva de las inexactitudes registrales, se ha decidido que:

... en nuestro sistema legal, la efectiva publicidad registral cumplida en cada caso particular puede ser desvirtuada en sus efectos mediante la prueba del conocimiento por el tercero de que su actitud no se ajusta sinceramente al comportamiento debido.

El régimen jurídico inmobiliario argentino exige del adquirente la buena fe diligente y activa, que presupone la investigación exhaustiva y crítica de los antecedentes pertinentes del título, la adquisición de la posesión o constatación de su estado según el caso y la correspondencia entre la publicidad registral, la publicidad posesoria o de los estados de hechos y la cartular. Todo ello impide que el propietario resulte despojado por maniobras delictivas de usurpadores. La seguridad del tráfico no puede avasallar una de las garantías constitucionales, el derecho de propiedad. Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe.

Sin duda, el registro es presupuesto necesario de la buena fe, pero siempre dentro de la buena fe subjetiva, y reiteramos que el tercero no mantiene la buena fe cuando se prueba que conocía, por vía extrarregistral, lo que el registro silenciaba.

El Estado y el régimen jurídico derivado de los principios, valores, tradición y cultura de la sociedad que rige deben proteger –en cuanto al sistema de transmisión de bienes– las tradiciones que representan el sentir de los ciudadanos de cada país. En el caso de nuestra sociedad, el derecho de propiedad es uno de los más firmes baluartes de la organización social, que no solo protege los bienes materiales sino todo otro interés o derecho que las leyes confieren a los ciudadanos. Este derecho de propiedad (en su vertiente de seguridad estática) se vería totalmente avasallado en caso de optar por un sistema constitutivo, que centra su protección exclusivamente en la circulación de tráfico de bienes registrables. La seguridad jurídica, en su dimensión instrumental, se expresa no solo en las leyes sino en las técnicas y procedimientos que rigen la adquisición de los bienes.

16. Finalmente, es destacable que la Comisión de Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) en su despacho, por abrumadora mayoría (42 votos contra 4), ha expresado con sobresaliente profundidad los principios expresados en esta exposición. Ello revela la profunda convicción que la comunidad jurídica tiene de las bondades

de un sistema de configuración de derechos reales sobre inmuebles que, en armónica conjugación con una registración declarativa, ha permitido un desenvolvimiento inmobiliario dinámico y generador de confianza, más allá de todas las modificaciones que fueran generándose desde la sanción del Código Civil vigente.

Transmitiendo nuestro particular aprecio al señor presidente, reiteramos nuestra permanente vocación de colaboración y saludamos a usted con la consideración y respeto que merece.

Nota extendida

* Este documento constituye la opinión que la Academia Nacional del Notariado, como principal organismo encargado del estudio y la investigación de las cuestiones jurídicas relacionadas con el derecho notarial en la Argentina, ha planteado frente a la posible sustitución del modo traditivo tradicional argentino en el ámbito de los derechos reales. Así, en el mes de noviembre de 2011, la Academia elevó al doctor Ricardo L. Lorenzetti, presidente de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, creada por el Decreto 191/2011, una exposición de sus objeciones jurídicas ante el posible reemplazo del actual sistema registral declarativo y no convalidante por uno que consagre un efecto constitutivo registral. En tal sentido, cabe destacar que en el anteproyecto elaborado por la comisión integrada por los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton y Aída Kemelmajer se han tenido en cuenta las observaciones planteadas por los académicos.