

Estudio de la noción de oponibilidad en el derecho inmobiliario

Especial referencia al Proyecto de Código Único 2012*

Ariel Eugenio Regis

RdN 916

RESUMEN

Se realiza un estudio desde una óptica abstracta de algunos aspectos generales, necesarios para el estudio de la noción de oponibilidad, que lo erigen como un concepto esencial en la comprensión del derecho privado moderno y, posteriormente, un análisis somero de su aplicación a la resolución de conflictos en el ámbito del derecho inmobiliario en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Sumario: *Introducción. 1. El instituto de la oponibilidad. 2. Criterios normativos para la determinación de la oponibilidad en el derecho inmobiliario. 3. Visión geométrica del conflicto en materia inmobiliaria. 4. La oponibilidad aplicada a supuestos particulares. 5. Conclusión.*

Introducción

En ocasión del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral (Vicente López, 15-17 de agosto de 2013), presentamos la presente ponencia¹ al Tema I que hoy, corregida y ampliada, es objeto de la presente publicación. En dicha oportunidad, advertimos de inmediato que la extensión y asimetría de los tópicos del temario propuesto² requerían ampliar nuestra mirada y centrar el estudio no ya en la publicidad inmobiliaria

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término "Proyecto"].

1. [N. del E.: obtuvo el Segundo Premio].

2. Tema I: Registración inmobiliaria. Proyecto de unificación de los códigos. Casos particulares con vocación registral: 1. Publicidad Registral y posesoria. Conflicto entre ambas publicidades. Vocación registral de los boletos de compra venta. Antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y registrales. Efectos de lo dispuesto por el artículo 1170 del Proyecto. Subsistencia y aplicación de la Ley Nacional Registral. 2. Dominio imperfecto: Dominio fiduciario. Limitaciones a las facultades del propietario. Publicidad. Extinción del dominio fiduciario. Irretroactividad. Readquisición del dominio perfecto. Efectos. 3. Dominio imperfecto: Dominio revocable. Límite al efecto resolutorio. Consecuencias de la retroactividad de la revocación. Readquisición del dominio perfecto. 4. Conjuntos inmobiliarios. Efectos de su registración.

sino en la oponibilidad, entendida ésta como un medio técnico que el derecho utiliza en la resolución de conflictos intersubjetivos, del que la primera es solo un engranaje.

Así, en el presente el lector encontrará, luego de algunos aspectos generales que hemos ampliado y pulido desde esa fecha hasta ahora, un análisis somero de la aplicación del instituto a la resolución de conflictos en el ámbito inmobiliario en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante PCU) elaborado por 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 Decreto presidencial 191/2011 del 23 de febrero de 2011.

1. El instituto de la oponibilidad

¿Qué es la oponibilidad? A menudo nos manejamos en una precomprensión de lo que las palabras significan, sin indagar acerca del sentido de lo que expresamos. La ambigüedad o polisemia propia del término *oponibilidad* hace que los intentos de una teoría general que englobe todas sus acepciones sea, cuando menos, difícil. Las referencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales sobre elementos del orden jurídico tan variados como disímiles³ hacen necesario un estudio profundo e integral como pocas veces se ha emprendido.

Mucho antes que nosotros se ha destacado la falta de desarrollo científico que la oponibilidad ha tenido, pese a su importancia.⁴ Sin embargo, parece pasar desapercibido para la mayoría de la doctrina su carácter transversal. La falta es doble, en tanto en cuanto no sólo no se le da al instituto la importancia teórica que ha adquirido desde la última mitad del siglo pasado, que lo erige en un concepto general esencial del pensamiento jurídico contemporáneo, sino que además, con frecuencia, se lo analiza casi únicamente en su aspecto negativo (inoponibilidad).⁵

3. Ver RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena. La inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 14. El autor sostiene que “la inoponibilidad puede referirse a elementos jurídicos tan diversos como un hecho, un acto, un derecho subjetivo o una situación”. En sentido contrario, cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Madrid, 2001; afirma que el campo propio de la oponibilidad son las situaciones jurídicas y rechaza que el título sea oponible a terceros. Tampoco considera oponibles los negocios, citando en tal sentido a Decottignies, para quien el contrato es medio de prueba, pero no cabe hablar de oponibilidad del contrato. Por el contrario, reputa oponibles los derechos y la información.

4. Nuestra afirmación ha sido puesta de resalto con anterioridad, aunque pocas veces ha sido continuada la investigación que la figura merece. En la doctrina española, ver DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1983, p. 531; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Derecho de obligaciones. Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1977, t. II, v. 2, p. 271 (ed. act. Delgado Echeverría); PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, 1978, t. II, v. I, p. 262; Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1998, t. I, p. 280; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho inmobiliario registral. Elementos de derecho*, Barcelona, 1984, t. III bis, p. 164; RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, p. 197.

5. Díez PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 280.

Aunque el desarrollo dogmático del instituto corresponde a los ordenamientos jurídicos modernos –son destacables los esfuerzos de la doctrina francesa e italiana desde mediados del siglo pasado⁶–, los supuestos prácticos que resuelve la inclusión normativa de la figura ya eran tomados en cuenta en el derecho antiguo. En Iberoamérica, escasean los estudios con vocación de generalidad. Sólo unos pocos hemos podido encontrar en la doctrina española.⁷ Pese a ello, se multiplican por doquier los trabajos que estudian su aplicación a institutos específicos.⁸

1.1. *Acerca de la noción de oponibilidad*

En una primera aproximación, algo puede ser opuesto u oponerse en por lo menos dos sentidos. En la mayoría de los casos, el verbo *oponer* se toma en el sentido de imponer o invocar un argumento, un medio de defensa. En este primer sentido (sentido adjetivo), se utiliza el verbo *oponer*⁹ como sinónimo de *excepcionar*, de colocar un obstáculo a la pretensión de un demandante, que en este caso concreto consiste en la alegación de unos hechos que enervaban o contrarrestaban las acciones ejercitadas en un procedimiento.¹⁰

Junto a éste, aparece en los últimos años un nuevo sentido (sentido técnico jurídico o sustantivo), que la doctrina francesa es conteste en emparentar con la

... aptitud de un derecho, de un acto (convención, sentencia, etc.), de una situación de derecho o de hecho para hacer sentir sus efectos con respecto a terceros (es decir, per-

6. Por nombrar algunos: BASTIAN, Daniel, “Essai d’une théorie générale de l’inopposabilité”, Université de Paris - Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1896-1968, Organisme de soutenance, Editor Recueil Sirey, 1929; LEVIS, Marc, *L’opposabilité du droit réel: de la sanction judiciaire des droits*, Collection Droit Civil, Paris, Economica, 1989; VETTORI, Giuseppe, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, Giuffrè, 1988; WINTGEN, Robert, *Étude critique de la notion d’opposabilité: les effets du contrat à l’égard des tiers en droit français et allemand*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 426 (Paris: L.G.D.J, 2004), entre muchos otros.

7. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., [cfr. nota 3]; PAU PEDRÓN, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 3].

8. La lista es interminable. Sólo por citar algunos ejemplos: ORELLE, José M. R., “Sistema de transmisión inmobiliario”, en Moisset de Espanés, Luis (dir.), *Homenaje a los congresos de derecho civil (1927-1937-1961-1969)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. IV, pp. 1939-2001; MALICKI, Anahí S. M., “Inoponibilidad del negocio jurídico”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1991-IV, p. 631; LLOVERAS, María E., “De la inoponibilidad de los actos jurídicos” y ZANNONI, Eduardo A., “Inoponibilidad positiva e inoponibilidad negativa de los actos jurídicos”, en Ameal, Oscar J. (dir.), *Derecho privado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 645-668, y pp. 15-20, respectivamente; TEDESCO, Ricardo L., “Inoponibilidad del contrato”, en Vítolo, Daniel R. (dir.), *La actuación societaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 123-126; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Bien de familia. Publicidad y oponibilidad”, en *Colección Jurisprudencial*, Rosario, Zeus, t. 96; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La persona jurídica. Sus límites. Inoponibilidad de la personalidad. Penetración. Grupos económicos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 8, 1995, pp. 121-135.

9. “1. tr. Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto. [...] 6. prnl. Impugnar, estorbar, contradecir un designio”. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, on line [consulta: 2013]).

10. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., [cfr. nota 3].

sonas que no son ni titulares del derecho, ni partes en el acto, ni causahabientes o acreedores de estas partes, ni interesados en primer lugar por la situación), no sometiendo a estos terceros a las obligaciones directamente nacidas de esos elementos (lo que constituye, en los casos especificados donde se produce, una ampliación del efecto obligatorio de un acto por excepción al principio del efecto relativo de aquel) sino forzándolos a reconocer la existencia de los hechos, derechos y actos llamados oponibles (si están, por lo demás legalmente probados), a respetarlos como elementos de orden público y a tolerar sus consecuencias, salvo su oposición cuando la ley les concede derecho para ello.¹¹

De esta definición se desprende, como hemos puesto de manifiesto, que el verbo *oponer* y sus derivados (oponible, oponibilidad, opuesto, etc., y sus sinónimos) son utilizados con frecuencia en relación a diferentes elementos del orden jurídico.¹²

Desde un análisis gramatical, es posible afirmar que el término *oponibilidad* es un sustantivo abstracto, donde el sufijo *-bilidad* significa cualidad. Éste deriva del adjetivo verbal *oponible*, definido como aquello que se puede oponer.¹³ El sufijo *-ble* en *oponible* indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir la acción del verbo¹⁴, en este caso *oponer*.

En este orden de ideas, la función del adjetivo *oponible* es la de calificar¹⁵ el elemento del que se trate, de dotarlo de un plus que sin él no tendría. Como consecuencia, lleva consigo la posibilidad de dividir los elementos entre aquellos oponibles y los que no lo son. De esta forma, la oponibilidad se da siempre como una relación entre dos términos, en la medida en que aquello que es oponible lo es en relación a otra cosa.¹⁶

Siendo así, que algo pueda ser opuesto o que se pueda oponer en sentido adjetivo no nos dice todavía que sea oponible en sentido técnico o sustantivo. En tanto en el primero la oposición del elemento se emparenta con la acción de oponer, de esgrimir el elemento en juicio, en el segundo refiere a su efecto, a una cualidad o propiedad del elemento esgrimido por el cual tiene efectos jurídicos **fuera de su círculo de**

11. CORNU, Gérard (dir.), *Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

12. Utilizamos la palabra elementos o institutos para poder abarcarlos todos, siguiendo en esto a la doctrina francesa.

13. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, on line [consulta: 2013].

14. *Ibíd.*

15. La gramática tradicional dividía los adjetivos en dos subclases: los adjetivos determinativos (demostrativos, posesivos, indefinidos, cuantificativos) y los calificativos. Estos últimos son definidos como aquellas palabras que acompañan al sustantivo para expresar alguna cualidad de la persona o cosa nombrada.

16. *Oponer(se)*, como intransitivo pronominal, significa “estar una cosa en relación de oposición con otra”. Que algo sea oponible implica siempre dos términos: el oponible y el que soporta dicha oponibilidad. No es posible hablar de oponibilidad en abstracto, siempre se requiere de alguien o algo a quien o al que *se pueda oponer*. (*Ibíd.*)

actividad directa,¹⁷ lo que determina un cierto grado de orden o preferencia entre los elementos tenidos en cuenta.

Una oposición implica una incompatibilidad de posiciones jurídicas que no pueden ser simultáneamente satisfechas en el todo¹⁸. Y es por ello que el campo de la oponibilidad en sentido técnico jurídico queda reducido y se concretiza en situaciones determinadas y entre sujetos también determinados (ver apartado 3.2.).

Analizaremos en los apartados que siguen su aplicación de manera general a algunos de estos elementos, para luego, en los capítulos venideros, indagar acerca de su funcionamiento en supuestos específicos que se desarrollan dentro del marco del derecho inmobiliario.

1.2. *Recorte del ámbito de estudio. El derecho inmobiliario*

El derecho privado patrimonial puede ser considerado como aquella parte del derecho que comprende las normas e instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre.¹⁹ Éste atiende, en primer lugar, a establecer una serie de reglas por medio de las cuales se lleve a cabo la distribución de los bienes económicos entre los miembros de la sociedad y, por consiguiente, la atribución a cada uno de ellos de concretos y determinados bienes. En segundo lugar, el derecho patrimonial establece las reglas en virtud de las cuales unas personas realizan o pueden realizar prestaciones de servicios en favor de otras (cooperación o colaboración social) y un tráfico o cambio de manos de los bienes económicos (intercambio en sentido amplio).²⁰

Pese a no poder predicar del derecho inmobiliario autonomía científica, sistémica, ni normativa tal que pueda ser estudiado con independencia del derecho privado patrimonial, ciertamente podemos pensarlo como objeto de estudio científico a partir de deslindar algunos aspectos más o menos generales que lo caracterizan.

Así, en un intento hacia su caracterización, que nos servirá de base para el desarrollo posterior –por analogía a lo dicho en relación al derecho privado–, el derecho inmobiliario puede ser caracterizado como un conjunto de normas, esencialmente de derecho privado, que rigen las relaciones de atribución e intercambio de derechos que tienen por objeto mediato o inmediato cosas inmuebles.

17. Conforme a la definición de Capitant, la “calidad del derecho o defensa que su titular pueda hacer valer contra terceros”.

18. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavallia, 1983, p. 267

19. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 38.

20. *Ibid.*

1.3. *La oponibilidad y las relaciones jurídicas*

1.3.1. *El quid de la oponibilidad erga omnes en la clasificación de los derechos subjetivos*

La doctrina clasifica los derechos subjetivos en relativos y absolutos, según exista o no un sujeto pasivo determinado.²¹ En los relativos, el derecho le confiere al titular la facultad de exigir un determinado comportamiento a una persona determinada. En los absolutos, entre los cuales se encuentran los reales, el sujeto pasivo es toda la sociedad. Éstos existen frente a todos o *erga omnes*; a la facultad del titular corresponde el deber de abstención de todos los demás.

Este criterio merece aclaraciones, en tanto resulta imposible pensar el derecho subjetivo sin predicar de él la facultad de exclusión de aquellos actos de los terceros que impliquen privar del derecho a su titular o restringirlo más allá de lo razonable. La sociedad toda debe soportar el ejercicio de las facultades propias de la clase de derecho a la que se refiere, lo que se hace esencial para la convivencia pacífica de los individuos en ella.

El sentido amplio de la propiedad privada²², desarrollado a partir del artículo 17 de la Constitución Nacional, impone que el Estado o los particulares se abstengan

21. V. ROGUIN, Ernest, *La règle de droit*, Paris, F. Rouge, 1889, pp. 207 y ss. El autor dice: “Esta clasificación es por excelencia capital. Ella hace al fondo de toda legislación”, lo que es aplicable a nuestro CCIV y aun al PCU. En una primera instancia, Vélez explica con una clasificación diversa, aunque íntimamente ligada, el método que seguiría en el CCIV, lo que resulta del oficio de remisión del primer libro del Código Civil de Junio 21 de 1865, enviado al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Doctor Don Eduardo Costa. En dicho instrumento, el Codificador explica que ha creído que, “en un Código Civil, no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que da la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos, como lo hacen el Código Francés y tantos otros que lo han seguido. Al emprender el trabajo que V.E. me encargó, he debido preguntarme, ¿qué es un Código civil?, ¿cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil? Únicamente los derechos relativos reales y personales que crean obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas”. Como se advierte de la sola lectura de este párrafo, Vélez aquí pone los derechos reales dentro de los relativos. abandona esta clasificación de viejo cuneo para adoptar la que venimos analizando a partir del libro II donde absoluto es tomado como sinónimo de *erga omnes*. Así lo advierte ALLENDE, Guillermo L, *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 30 y ss. (en la nota 10, el autor cita en el mismo sentido un trabajo inédito de Marina Mariani de Vidal).

22. Véase el desarrollo de esta concepción en la jurisprudencia de la CSJN en el famoso fallo “Mango c/ Traba” (*Fallos*, t. 144, p. 220) del 30/8/1925, donde se resolvió en favor del actor que había obtenido sentencia firme de desalojo, estableciéndose la inconstitucionalidad de la Ley 11.318, que prorrogaba el término de las locaciones. En dicha oportunidad la Corte, interpretando la letra del art. 17 de la Constitución Nacional, caracterizó al derecho de propiedad en sentido amplio al decir que “comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”; lo que fuera reiterado en el caso “Bourdié c/ Municipalidad de la Capital” (*Fallos*, t. 145, p. 307), donde expuso que “el término propiedad [...] comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativo (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”. Y también que “el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17 protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones”.

de realizar actos que puedan privar arbitrariamente a una persona de sus derechos individuales o restringírseles más allá de lo razonable de forma tal que en los hechos signifique una anulación o alteración del derecho en cuestión.

La inviolabilidad de los derechos se caracteriza por la imposición al tercero de una situación o relación jurídica. El tercero debe soportar esa realidad, contar con ella necesariamente a la hora de ejercitar sus derechos. Sólo por excepción el tercero podrá desconocerla en determinados supuestos que la ley establece o cuando medie un ejercicio abusivo del mismo.

Este criterio que afirmamos es fruto de largas discusiones acerca de la diferenciación entre derechos reales y personales, uno de cuyos criterios se asienta en la oponibilidad.

La teoría clásica define el derecho real por oposición a los derechos personales. Establece que lo que caracteriza a los derechos reales es la relación directa e inmediata del titular (o sujeto) del derecho con la cosa (objeto). El titular del derecho real ejerce la potestad jurídica con independencia de todo otro sujeto. Pothier explica que mientras que el derecho real es un derecho en la cosa (*ius in re*) de la cual el titular saca una ventaja o beneficio, el derecho personal es un derecho a la cosa (*ius ad rem*), que se dirige a la persona obligada a darla. Esta doctrina fue puesta en duda por aquellos autores que impugnan la división entre derechos reales y personales, doctrina que lleva el nombre de unitaria y que se divide en dos: unitaria personalista y unitaria realista, según la unificación se haga sobre una u otra categoría de derechos.

La tesis realista asimila los derechos personales a los reales, reduciendo el crédito a meras relaciones entre patrimonios, en tanto el crédito (patrimonio del acreedor) se traduce en un poder jurídico de agresión sobre los bienes que componen el patrimonio del deudor. Por su parte, la tesis unitaria personalista –Demogue, Planiol– impugna la división entre derechos personales y reales, y describe el derecho real como una obligación pasivamente universal.²³ Así, la distinción entre derechos reales y personales basada en el sujeto pasivo de la relación no sería tal, pues en los derechos reales también existiría una obligación, siendo su objeto una prestación consistente en una abstención u omisión que pesaría sobre los integrantes de la comunidad.

La corriente doctrinaria neoclásica, intermedia o ecléctica –cuyo origen se puede remontar al mismo Planiol, quien, en coautoría con Ripert, rectifica años más tar-

23. Véase al respecto la tesis doctoral de MICHAS, H., “Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle”, Université de Paris (1896-1968), Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1900. Esta concepción se ve clara en el siguiente párrafo de AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1869, § 296: “A tout droit correspond une obligation. Il en est ainsi, même des droits réels, qui imposent virtuellement à ceux auxquels ils n'appartiennent pas l'obligation de ne point y porter atteinte. Cependant cette obligation générale et négative, qui correspond aux droits réels, n'est pas l'objet immédiat de ces droits, dont l'existence est indépendante de l'accomplissement de toute obligation. Les droits personnels, au contraire, ont pour objet une prestation, c'est-à-dire l'accomplissement d'une obligation sans laquelle ils ne sauraient exister”.

de su postura en su *Tratado práctico de derecho civil francés*²⁴– adicionó a la doctrina clásica la nota esencial de la absolutez y derivó otros atributos de los derechos reales que hacen a su eficacia: las facultades de persecución y preferencia.

Como explica López de Zavalía²⁵, esta doctrina compatibiliza las ideas de la teoría clásica con la de la doctrina unitaria personalista. Critica la teoría clásica por haber hecho hincapié únicamente en la relación directa e inmediata con la cosa (aspecto interno), olvidando, aunque sin desconocerlo, el aspecto externo.

Por el contrario, la teoría unitaria personalista sólo tuvo en cuenta el aspecto externo, o sea, la relación jurídica, olvidando el interno, o sea, la relación fáctica de la persona con la cosa. Así, los derechos personales u obligaciones tienen como objeto una prestación que sólo puede estar a cargo de una de las partes del negocio que le da causa, el deudor. En cambio, en el derecho real, el objeto es una cosa y no un hecho de una persona determinada, razón por la cual el deber correlativo no está en una sola persona, ni siquiera únicamente en el transmitente, sino en toda la sociedad.²⁶

Sin embargo, como afirman numerosos autores,²⁷ el deber general de abstención situado en el lado externo de las relaciones jurídicas no es óbice para la diferenciación entre derechos personales y reales,²⁸ pues todos ellos, como derechos individuales, se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico por igual.²⁹ En tal sentido, López de Zavalía³⁰ expresa que el aspecto externo, esto es, la relación con un sujeto pasivo universal se encuentra en todas las relaciones jurídicas y dice siempre lo mismo: respétese el enlace interno de la relación. Son de destacar también en este sentido las palabras de Ortolán³¹ –fuente tenida en cuenta por nuestro Codificador³²– que explican este distinguo, aunque sin advertir con claridad la diferencia entre obligación en sentido estricto y deber genérico –como lo hace la doctrina moderna y aun nuestro Codificador, siguiendo a Marcadé–:

24. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, t. III.

25. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, t. I, pp. 26 y ss.

26. La doctrina hoy es conteste en entender que “el sujeto pasivo del derecho real está constituido por toda la sociedad, sobre la que pesa un deber de abstención, negativo, que no constituye propiamente una obligación de no hacer [...] sino que consiste solamente en respetar la acción del titular del derecho sobre la cosa...” (MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1975, p. 28).

27. Ver, entre otros: GATTI, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 346; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], t. I, pp. 26 y ss.; ALTERINI, Jorge H. en Lafaille, Héctor, *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. I-V, p. 25.

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], pp. 26 y ss.

29. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 27].

30. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 25], pp. 26 y ss.

31. ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, Madrid, La Ilustración, 1847, (trad. de la 3ª ed. francesa por José Jiménez-Serrano), § 67.

32. Véase nota al art. 497 del CCIV.

Resulta pues que todo derecho, sin excepción, si se quiere apurar la esencia de las cosas, consiste en obligaciones. Estas obligaciones son de dos especies: la una general, que comprende la masa, el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad en que están todos sin distinción de dejar obrar al sujeto activo del derecho, de dejarle disfrutar del provecho o utilidad que su derecho le proporciona, sin oponerle embarazos ni obstáculo de ninguna clase. El abstenerse es una obligación general, obligación que existe en todo derecho, cualquiera que sea, porque en cualquier derecho todos están obligados a abstenerse de perturbar o embarazar el disfrute, el ejercicio del derecho. Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo a quien se atribuye el derecho y, por otra, la masa general de todos los hombres, de todas las personas, que están obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquel a quien pertenece el derecho, dejándole que reporte libremente el provecho o ventajas que se propone. Pero si existe en todo derecho esta obligación general y colectiva, hay casos en que se halla sola, en que no existe otra, y en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de reportar directamente de una cosa una utilidad una ventaja más o menos considerable, sin más obligación que la que todos tienen el deber de obrar, y de abstenerse de todo obstáculo y embarazo. Hay casos, por el contrario, en que además de esta obligación general que siempre existe, confiere el derecho al sujeto activo la facultad de precisar individualmente a una persona a cierta acción, como la de dar, suministrar, hacer tal cosa; o a cierta inacción, como sufrir, consentir tal otra. En este caso el sujeto pasivo del derecho es, por decirlo así, doble: por una parte la masa, el conjunto de todas las personas obligadas a un mismo tiempo a no oponer obstáculo alguno al disfrute del derecho; por otra el sujeto individualmente pasivo, obligado a hacer o no hacer tal cosa.

Desde otra óptica, algunos autores intentaron fundar el deber de respeto en los derechos personales a partir de una concepción diversa en tanto eliminar las diferencias entre derechos relativos y absolutos en atención a su común aspecto externo pone en duda la utilidad de la propia clasificación.

Así, De Ruggiero³³ entiende que

... lo protegido no es la relación de crédito sino un derecho que es absoluto, el derecho de propiedad que corresponde a mi deudor sobre la cosa en el segundo caso, el derecho que yo tengo a la integridad de mi patrimonio, del cual forma parte el crédito en el primero.

En igual sentido, el maestro Gatti³⁴ entiende que los derechos personales y, en general, los derechos relativos, sólo pueden ser violados por el deudor y no por los terceros, pues, si estos últimos quisieran impedir el cumplimiento de la obligación del deudor, sólo podrían hacerlo llevando a cabo una acción contra la persona del deudor.

33. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil. Introducción y parte general. Derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1929 (trad. esp. José Santa Cruz Teijeiro y Ramón Serrano Suñer de la 4ª ed. en italiano), pp. 218 y ss.

34. GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27], p. 56.

dor (o aún del acreedor) o contra la cosa objeto mediato del derecho creditorio. De esta manera, lo violado sería siempre un derecho absoluto (el derecho de la personalidad del deudor –o del acreedor– o su derecho de propiedad) y no un derecho relativo. Reduce el autor, en consecuencia, la lesión del crédito del acreedor a la lesión del derecho de propiedad sobre el crédito, como derecho absoluto y no como derecho relativo.

1.3.2. *Crítica a la oponibilidad erga omnes*

Una corriente doctrinaria critica el concepto mismo de absolutividad o *ergaomnesibilidad*. Afirma Betti³⁵ en relación al derecho real que parece más exacto afirmar que el poder directo sobre la cosa que importa éste es susceptible de oponerse a terceros, pero no al universo mundo sino a quien entre en relación directa con esa situación o, lo que es lo mismo, con el titular a través de la cosa.

De ahí que, descartado el ámbito de las relaciones entre el titular de un derecho y la sociedad (oponibilidad *erga omnes*), restringimos el ámbito de estudio de la oponibilidad en sentido técnico jurídico a aquel que se da entre personas determinadas que no se encuentran ligadas por una relación obligacional sino por el hecho de tener ambos –titular y terceros– intereses contrapuestos sobre una determinada materia u objeto.³⁶

1.4. *La oponibilidad en materia de actos jurídicos.*

El binomio oponibilidad-inoponibilidad

En un sentido diverso³⁷ –aunque íntimamente emparentado con el primero– se habla de oponibilidad de un acto jurídico haciendo referencia a los efectos que éste tiene en relación a los terceros. Su contracara, la inoponibilidad, es estudiada, tanto en nuestra doctrina como en la francesa e italiana, en el ámbito de la ineficacias del acto jurídico.

1.4.1. *El principio de relatividad de los actos jurídicos*

Los actos jurídicos pueden ser caracterizados como aquellos actos voluntarios lícitos que tienen por finalidad inmediata la producción de efectos jurídicos (art. 944

35. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, nota 5.

36. Al respecto, ver DE CASTRO BRAVO, Federico, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 531; el autor afirma que la inoponibilidad “resulta del contraste de dos títulos; de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto”.

37. Cfr. LEVIS, Marc, ob. cit. [cfr. nota 6], p. 19; el autor afirma que la doctrina francesa (Aussel, Roubier, Bertrand, Duclos) tiene gran cuidado de no confundir las nociones de oponibilidad de los derechos y de oponibilidad de los actos.

CCIV). Los efectos o eficacia del acto jurídico son los “cambios que él produce en el mundo exterior”³⁸ y estos cambios tienen diferentes manifestaciones. Por un lado, el acto tiene eficacia reglamentaria y obligatoria entre las partes, cuya fuente se encuentra en la voluntad de estos sujetos, y, en cuanto no sea ilícito (ni contrario a la moral y buenas costumbres), el acto es reconocido por la ley. La autonomía privada es reconocida a los individuos por la sociedad y por el derecho para dictar leyes a los propios intereses y no a los ajenos, sus límites propios están marcados por la afectación a los intereses ajenos sobre los que no pueden disponer.

Siguiendo este orden de ideas, es posible advertir la contraposición entre el principio de relatividad de los actos –“*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*”, “*res inter alios acta neque nocet, neque prodest*”³⁹ y “*ante omnia enim animadvertendum es, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona nocet*”⁴⁰– con el de no dañar a otro –“*alterum non laedere*”⁴¹–, lo que resulta en un intrincado complejo de normas distribuidas a lo largo y lo ancho de nuestra legislación en pos de compatibilizar los intereses de las partes con los terceros.

Fuera de los efectos obligatorio y reglamentario –en cuanto a nosotros interesa aquí– el acto incide en el campo del derecho, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

1.4.2. *La oponibilidad de los actos jurídicos*

De acuerdo con el adagio “*res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*”, los actos jurídicos sólo pueden producir efectos entre las partes (arts. 1195, 1199 y cc. CCIV). Sin embargo, la oponibilidad del acto jurídico no implica que éste pueda crear obligaciones en cabeza de los terceros, pero sí que las partes puedan oponer a los terceros los efectos del mismo producidos entre ellos.⁴²

En este orden de ideas, la doctrina francesa⁴³ ha destacado que el contrato existe en la realidad jurídica frente a todos, lo que se manifiesta con la expresión *oponibilidad*. Así, obtenido el efecto directo, la relación obligacional, “todos están obligados a respetarlo y a obrar en consecuencia, y todos pueden invocarlo como existente”⁴⁴.

38. BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986 p. 26, nota 12.

39. *Dig.* 10.11.12.D.

40. *Dig.* 2.14.27.4.

41. *Dig.* 1.1.10pr.

42. Así, por ejemplo, los terceros no quedan obligados por los estatutos de una sociedad anónima, pero tienen que aceptar la existencia de esa persona jurídica y, por lo tanto, la realidad del pacto de constitución de la misma. Si son acreedores, tendrán que dirigirse contra la sociedad y sólo podrán dirigirse contra los socios en los casos tasados en que se les permite esa posibilidad.

43. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Paris, A. Rousseau, 1923, t. 7, parte 2, § 703, p. 78.

44. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 483 y ss.

Oponibilidad, aquí, no es equivalente a eficacia directa o refleja del acto jurídico en la órbita jurídica de los terceros, sino simplemente posibilidad de que las partes funden eficazmente, en éste o en el derecho del que es causa, una pretensión dirigida contra terceros.⁴⁵ Dice Martínez Sanchiz:⁴⁶

La oponibilidad del contrato o negocio jurídico es una consecuencia normal, no implica una excepción a la relatividad de los contratos. Significa la posibilidad de oponer el negocio como hecho (*negotium*) o la situación creada o modificada por el mismo (*tractus*).

Por principio, los terceros deben tener en cuenta y respetar en su actuación jurídica los actos celebrados y las relaciones jurídicas creadas por otros; por lo tanto, todos los actos son oponibles a los terceros interesados o no,⁴⁷ en tanto las partes hayan cumplido con los recaudos formales exigidos a tal fin y siempre que la ley no establezca, por excepción, lo contrario (inoponibilidad).

1.4.3. La inoponibilidad

La oponibilidad se presenta como principio respecto del cual los casos de inoponibilidad son sólo excepciones, en tanto, como afirma Duclos⁴⁸, la primera pertenece a la anatomía y la segunda a la patología.

Dice De Page⁴⁹ que

... la inoponibilidad como excepción al principio de la existencia del acto o contrato – también de los derechos y situaciones jurídicas, agregamos nosotros– frente a todos se adopta para evitar a los terceros peligro muy graves.

Ante un determinado conflicto, la ley opta por sacrificar los intereses de uno de los sujetos en beneficio de otro, mediante el establecimiento de la inoponibilidad. Cuando la ley establece que el acto es inoponible a ciertos y determinados terceros, ello implica que es irrelevante⁵⁰ para ellos y, por lo tanto, pueden dirigir su actuación jurídica como si ellos no existieran.

45. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 531.

46. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., “La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49 (2009), pp. 253-362.

47. RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, p. 559.

48. DUCLOS, José, *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 179 (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984), p. 21.

49. DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*, E. Bruylant, 1962, p. 187.

50. Decimos irrelevante y no inexistente siguiendo la terminología empleada por Alterini (v. su voto en CNCiv., Sala C, 21/11/1978, “Todros, José R. y otros c/ Todros Fraser, Jorge”) para diferenciarlo de la llamada inexistencia, que cierta doctrina enmarca dentro de las ineficacias.

La doctrina nacional es conteste en definir la inoponibilidad como un supuesto de ineficacia

... establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección, permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes del mismo ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas a un tercero.⁵¹

Las conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) han dicho en tal sentido que

2) La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz de sus efectos propios, en relación con ciertos terceros a los cuales la ley dirige su protección. La inoponibilidad es una figura independiente de la invalidez. 3) El fundamento de la inoponibilidad radica en la protección de determinados terceros. 4) El sustento legal de la inoponibilidad se encuentra en las normas particulares que se refieren a cada una de las hipótesis. 5) La inoponibilidad debe estar expresamente establecida por ley. 6) La causa que provoca la inoponibilidad es originaria, pero a veces puede complementarse con una circunstancia sobreviniente. 7) La inoponibilidad puede alegarse por vía de acción y de excepción.

En otro orden de ideas, como explica Zannoni⁵², es posible distinguir dos situaciones diferentes a las que la doctrina se refiere como inoponibilidad: el acto jurídico que, si bien es válido y eficaz entre las partes, resulta a la vez ineficaz respecto de determinadas personas y, a la inversa, de actos, cuya ineficacia entre las partes no obsta a que frente a determinadas personas (terceros) sean plenamente eficaces. A la primera se la llama inoponibilidad positiva y a la segunda, negativa (arts. 396 y 397 PCU).

1.5. *Relaciones entre la oponibilidad del derecho y del acto jurídico*

Si bien es dable distinguir la oponibilidad de los derechos o situaciones jurídicas y de los actos que le dan causa,⁵³ una y otra se encuentran íntimamente ligadas, pues la oponibilidad de un derecho o de una situación jurídica es una consecuencia de la oponibilidad del acto que los ha creado o alterado.

El mecanismo teórico de la oponibilidad –dice Duclos⁵⁴– se presenta de la siguiente manera: en primer lugar, el contratante opone su acto jurídico como fuente

51. RIVERA, Julio C., ob. cit. [cfr. nota 47], p. 936.

52. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. [cfr. nota 8], pp. 15 y ss.

53. LEVIS, Marc, ob. cit. [cfr. nota 6], p. 19.

54. DUCLOS, José, ob. cit. [cfr. nota 48], p. 69.

de legitimidad del derecho en cuestión; después de adquirir esta legitimidad, puede, necesariamente, poner en juego la oponibilidad propia del derecho nacido de la convención opuesta. Se produce entonces un encadenamiento y un cúmulo de oponibilidades: la oponibilidad del derecho que nace y se superpone a la del contrato.

Así, quien pretenda la oponibilidad de su derecho deberá esgrimir su título en sentido material, el o los hechos o actos jurídicos por los cuales es titular del derecho. Este hecho o acto requiere ser probado, y, a tal fin, el ordenamiento jurídico brinda diferentes medios, entre los que se encuentra la prueba documental.

Cuando el hecho o acto tenga la aptitud para la producción de la adquisición del derecho, su documentación no sólo prueba el acaecimiento del mismo –en el caso del instrumento público, lo hace bajo el amparo de la fe pública y *erga omnes*– sino también de dicha adquisición, del efecto que el ordenamiento jurídico establece como resultado del acaecimiento supuesto de hecho o *factum*. Existe entonces una relación directa entre la documentación del hecho y la legitimación sustantiva del titular del derecho.

El titular del derecho opone el hecho o acto que da vida al derecho para poder sustentar las acciones que derivan de él. Resulta entonces que el problema de la oponibilidad excede al de la mera prueba del hecho o acto, pues éste, aun probado y siendo formal y sustancialmente válido y eficaz –lo que lo hace oponible como hecho jurídicamente relevante– en diversos supuestos legalmente tasados, resulta inoponible a determinados terceros que, bajo ciertas circunstancias, la ley es llamada a proteger.

En el fondo, la oponibilidad se sustenta en el juego entre la protección de la seguridad jurídica estática y dinámica, en la ponderación entre la verdad objetiva y la apariencia. El derecho protege los derechos del titular frente a la actuación jurídica ajena que pueda perjudicarlo. Pero, en determinados casos, establece el criterio contrario:

... no protegiendo una persona ajena a una actuación, sino precisamente del actuante de buena fe que confía en la apariencia, a quien no se le puede oponer una situación que le es ajena y totalmente desconocida en el momento de entrar en relación. El actuante protegido es un tercero respecto de la situación, que no puede oponérsele.⁵⁵

Y así se presentan las dos caras del asunto, que juegan inevitablemente en la regulación de los intereses de los sujetos implicados, protegiendo a unos y sacrificando otros.

55. RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 87.

2. Criterios normativos para la determinación de la oponibilidad en el derecho inmobiliario

Tres son los aspectos que un ordenamiento jurídico determinado puede tener en cuenta al regular la oponibilidad en sentido sustantivo: 1) la necesidad de establecer o no medidas adicionales exigibles para la existencia y/o publicidad de las mutaciones jurídicas⁵⁶ y/o de los derechos nacidos, extinguidos o modificados por ellas; 2) los sujetos pasivos sobre los cuales la oponibilidad tendrá impacto; y 3) la relación existente entre la oponibilidad y la prelación o preferencia que se derivará de la misma.

2.1. *El formalismo como medio de protección de los terceros*

En el derecho inmobiliario, la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión –la teoría del título y el modo– requiere su instrumentación por escritura pública (art. 1184 CCIV), la tradición de la cosa (arts. 577, 3265 y 2601 CCIV) y la registración de este documento (art. 2505 CCIV y arts. 2 y cc. Ley 17.801).

El otorgamiento del título, sumado al modo (tradición), determina el nacimiento o constitución del derecho real inmobiliario. La registración del título, en cambio, no es necesaria para la constitución del derecho, sino que está encaminada a la publicidad del título, el que, de lo contrario, resultaría inoponible a terceros interesados y de buena fe.⁵⁷

2.1.1. *La oponibilidad y los instrumentos*

Todo acto debe tener necesariamente una forma, un hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta (forma esencial). Pero en algunos casos la ley impone cierta forma determinada o, mejor dicho, ciertas formalidades o solemnidades, ya sea como requisito de su validez (*ad solemnitatem*) o para su prueba (*ad probationem*). A estas formalidades establecidas por la ley se las llama forma impuesta o legal.

56. El vocablo *mutaciones jurídicas* es utilizado aquí para expresar todos aquellos hechos o actos jurídicos que produzcan el nacimiento, extinción o modificación de derechos y obligaciones.

57. La construcción teórica que sustenta esta afirmación se basa en conjugar los arts. 2, 20 y 22 de la Ley 17.801 y los arts. 3135 y 3136 CCIV. Ver GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27]; ALTERINI, Jorge H., “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)”, en *El Derecho*, t. 43, pp. 1181 y ss.; y “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, Buenos Aires, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, 1974 (aporte de la delegación argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral [Madrid, 30/9-5/10 1974]); también en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. II, pp. 75 y ss., y en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, Santa Fe, 1978, n° 120.

En materia instrumental, el legislador establece el valor probatorio de los instrumentos en base a diversos requisitos y lo gradúa a partir de distinciones en relación a su contenido.

En los instrumentos públicos, la fuerza probatoria derivada de la fe pública que éstos poseen en parte de su contenido (arts. 993-995 y cc. CCIV) no tiene lugar solamente entre las partes y sus herederos, sino que se produce –en palabras de Dumolín– “*quoad omnes, contra quoscumque extraeneos*”. Los instrumentos públicos prueban, aun frente a terceros, la fecha y los hechos físicos atestiguados por el oficial público. Los terceros no pueden discutir la prueba que resulta de la autenticidad del acto⁵⁸ –salvo en los supuestos en que la ley los autoriza–.

A diferencia de lo que ocurre en los instrumentos públicos, los privados carecen de la presunción de autenticidad⁵⁹ y, por lo tanto, de todo valor probatorio, aun entre las partes, mientras la firma que los suscribe no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por juez competente (art. 1026 CCIV).⁶⁰ Ello es así pues el

... reconocimiento –dice Núñez Lagos⁶¹– es el medio legal, mediante la intervención de funcionario público competente –momento estatal– por el que el documento privado alcanza valor de prueba legal.

En relación con terceros, aun cuando de una interpretación literal del artículo 1026 parecería que *a contrario sensu* los instrumentos privados no pueden afectarlos, la doctrina admite unánimemente lo contrario.⁶² Pero sólo adquieren esa fuerza probatoria en la medida en que, además de ser reconocidos, hayan adquirido fecha cierta y únicamente a partir del momento en que la adquieran.⁶³

La fecha del instrumento privado no llega a ser cierta y computable respecto de terceros sino cuando le siga un hecho que establezca de forma cierta la anterioridad

58. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Escrituras, contraescrituras y terceros”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1992, separata del t. XXII, v. II, p. 292.

59. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Concepto y clases de documentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, nº XVI, 1957, p. 23.

60. En este sentido explica RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de derecho internacional privado”, *Junta de Decanos de los Colegios Notariales*, Madrid, 1977, p. 16 y ss.: los documentos privados “en su origen, carecen de eficacia documental, son documentalmente neutros –sin perjuicio de la eficacia negocial que puedan tener– hasta su reconocimiento”.

61. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Reconocimiento de documento privado”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, nº XIII, 1969, p. 7.

62. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1997, 18ª ed., t. II, p. 365; en apoyo a su afirmación, el autor cita a: “SALVAT, Parte general, nº 2291, p. 912; BORDA, G. A., op. cit., nº 939; DE GÁSPERI, L., *Obligaciones*, § 678, p. 652; BIBILONI, J. A., *Anteproyecto*, nota al art 482, 1ª redacción, etc.”.

63. Art. 1034 CCIV: “Los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular la verdad de la fecha expresada en ellos”.

de la formación del documento en todos los casos en que de la anterioridad dependa la oponibilidad a terceros del acto documentado.⁶⁴ Esto es así porque el legislador impone la fecha cierta en pos de impedir que las partes puedan perjudicar a los terceros haciendo constar en los instrumentos fechas que no fueran verdaderas.⁶⁵ En otras palabras, el documento privado, carente de fecha cierta, no es oponible a los terceros, quienes pueden obrar como si el instrumento no existiese. Su falta no obsta la validez del instrumento privado, pero su contenido no será oponible frente a terceros.

Sin embargo, las funciones de la forma no se agotan –como pretenden algunos– en la prueba del acto jurídico. La eficacia sustantiva del acto deriva de la instrumentación, es la causa misma de la relación jurídica nacida del acto, acredita el contrato como acto y su resultado, la relación jurídica. Así, el documento es prueba del acto y es el acto mismo.

En palabras de Rodríguez Adrados⁶⁶, el documento

... funciona como medio de prueba; es su misión más resaltada; pero en sí mismo “es” medio o vehículo de las declaraciones de voluntad cuando éstas se hacen por escrito; y, por ello, tiene unos efectos sustantivos, negociales, mucho más allá de los estrechos límites de los negocios solemnes [...] [la] exigencia legal de forma pública tiene en general como fundamento el conseguir la oponibilidad del negocio a los terceros, al estar contenido en un documento que puede “hacerse valer” contra los terceros, “perjudicar” a los terceros.

Cuando el elemento oponible, el contrato o situación derivada, es desconocido por la persona ante quien se quiere hacer valer, precisa ser probado de manera que no pueda ser negado.⁶⁷ Por lo tanto

... el documento funciona, pues, como presupuesto de oponibilidad del contrato en todos aquellos casos en que la documentación sea necesaria para la eficacia del contrato respecto de terceros.⁶⁸

En su relación con la publicidad registral, el recaudo de inscripción establecido por la Ley 17.801 es un supuesto de inoponibilidad de lo no registrado a los terceros interesados y de buena fe. Como afirma el ilustre autor Rodríguez Adrados:⁶⁹

64. SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 275.

65. CNCiv, Sala C, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 72, p. 383.

66. Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 3/4/1989, dentro del Segundo Ciclo en Conmemoración del Centenario del Código Civil, p. 270.

67. MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., ob. cit. [cfr. nota 46].

68. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], p. 258.

69. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

... los efectos contra terceros del instrumento público tienen sus excepciones. El notariado no está sólo en el tráfico jurídico; a suplir sus insuficiencias, las inherentes al mismo o las puramente circunstanciales de un momento histórico, vinieron especialmente los registros públicos de sustancia jurídica, y éstos, para resolver los problemas que les habían originado, no solamente crearon nuevos efectos para esas nuevas parcelas a las que legítimamente eran convocados, sino que restringieron los efectos, ya adquiridos, del documento público; a veces como necesidad ineludible para la consecución de sus fines; otras, simplemente, como resultado de la innata tendencia expansionista humana; y así han venido a quedar limitados, en ocasiones, los efectos del documento público respecto de terceros.

La inoponibilidad, más que una sanción por la falta de inscripción es un premio a la buena fe del tercero que no conozca o pueda conocer el acto.⁷⁰ Los registros públicos no surgieron para suplir un defecto de eficacia de los documentos notariales sino para corregir un exceso de eficacia perjudicial para el tráfico:⁷¹

... los registros [...] no acaparan la oponibilidad *erga omnes* para los documentos inscritos, para sus inscripciones, sino que se limitan a proteger a determinados terceros en cierto ámbito que, además, puede presentar excepciones, y mediante el cumplimiento de determinados requisitos...⁷²

2.1.2. *La publicidad en materia de derecho inmobiliario*

Una de las funciones primordiales de la publicidad registral es procurar cognoscibilidad general de determinadas situaciones jurídicas cuya divulgación hace al interés de la comunidad.⁷³

En un primer momento, al regular la adquisición de los derechos reales, la comisión que elaboró el PCU –inspirada en la crítica a la función publicitaria de la posesión que cierto sector minoritario de la doctrina sostiene– propuso que la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales requiera la concurrencia de título y modo suficientes, siendo la inscripción registral el modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables. Pero más allá

70. ÁLVAREZ VIZGARAY, Rafael, “Introducción al estudio de la inoponibilidad”, en AA. VV., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, p. 97: “Ante todo, la inoponibilidad respecto al titular inscrito de los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, no inscritos anteriormente, más que una sanción a la no inscripción es una protección y premio a la buena fe del tercero, ya que, si se prueba su mala fe, es decir, que conocía, al hacer su inscripción, la existencia de aquellos títulos o derechos, la inoponibilidad de los mismos no se produce.

71. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El documento notarial y la seguridad jurídica”, en *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, 1986.

72. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

73. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 57].

del rechazo de la doctrina en amplia mayoría y de haberse expedido en este sentido, tanto las organizaciones que nuclean a los escribanos del país como los registradores y, esencialmente, las conclusiones vertidas en la Comisión 5 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) propendieron a que el PCU dejara finalmente incólume el sistema de la Ley 17.801, a la que reforma sólo en aspectos formales (arts. 1, 2 y 17), manteniendo el efecto meramente declarativo de la publicidad registral.

El artículo 1892 PCU quedó finalmente redactado así:

La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...

2.1.3. *Los medios de conocimiento y la publicidad de las mutaciones jurídico inmobiliarias*

Se afirma que una de las razones para el establecimiento de un régimen publicitario en materia de derechos reales reside en su carácter absoluto. El respeto por parte del sujeto pasivo, conformado por todos los integrantes de la sociedad, impone el conocimiento por parte de éstos de la relación jurídica, en tanto, como afirma Vélez Sársfield en la nota al artículo 577: “no se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”.

Sin embargo, la correspondencia entre el carácter absoluto y la necesidad de publicar el derecho real no es tal. La publicidad registral y posesoria, caracterizada en el PCU como publicidad suficiente, no es requerida como presupuesto de oponibilidad de los derechos reales frente a los terceros en general, sino únicamente en relación a aquellos que posean un interés legítimo y sean de buena fe, quienes, de lo contrario, podrían desconocer –les sería inoponible– la transmisión o constitución del derecho.

El artículo 1893 PCU establece que

La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso [...] No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

Se advierte en la redacción del artículo que la publicidad tiene sustento en diferentes medios de conocimiento, donde lo relevante en definitiva es el conocimiento efectivo

o, cuando menos, la posibilidad de conocer. Este es el principio general que inspira las normas en la materia en el PCU.⁷⁴

La buena fe del tercero y del adquirente no son viables ante el conocimiento de la realidad registral o extrarregistral, pero tampoco cuando no se ha llegado a conocer efectivamente o debido a no aplicarse la debida diligencia para poder hacerlo. Por otra parte, el conocimiento de la situación jurídica real por el tercero interesado hace que ella le sea oponible aunque se haya omitido la pertinente publicidad, sea registral, sea posesoria. Así las cosas, la publicidad posesoria o de los estados de hecho se complementa con la publicidad registral de los títulos y con la cartular, que deriva del conocimiento de la existencia de éstos últimos, sea por la exhibición o compulsión de los mismos o por la intervención en el acto (art. 1893 PCU).

Pese a las críticas enunciadas por cierto sector minoritario de la doctrina, es hoy indudable la función publicitaria que cumplen las relaciones de hecho –o relaciones de poder en términos del PCU–, que implican el ejercicio del derecho en que se fundan mediante la realización de actos materiales. Éstos cumplen una importante función publicitaria, en cuanto exteriorizan –hacen visible o pública– la relación fáctica o de poder entre el titular y la cosa. Pero, dada su equivocidad, la relación fáctica nada nos dice respecto de la relación de derecho que por la misma se ejerce, debiendo recurrirse al siguiente razonamiento: en tanto las relaciones de poder se presumen relaciones posesorias –salvo prueba en contrario (arts. 2384 CCIV y 1912 PCU)– y son aquellas en las que una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real –derecho de propiedad en los términos del artículo 2351 del Código Civil–, lo sea o no (art. 1910 PCU), quien se encuentre con un ocupante de la cosa deberá indagar sobre la relación de derecho que le asiste si pretende desconocer su derecho presumido real.

Asimismo, la instrumentación, como hemos visto, además de su función probatoria y sustantiva, cumple una importantísima función publicitaria, que descarta la buena fe de determinados terceros. Es conveniente recordar aquí, en atención a los documentos notariales, que el protocolo constituye un registro público y que la publicidad derivada de éste constituye sustento suficiente para descartar la buena fe de quienes conozcan efectivamente el acto, sea porque se pudo probar la exhibición del mismo al tercero, sea porque el tercero ha participado del otorgamiento del mismo o de quienes no hayan sido suficientemente diligentes cuando tenían la posibilidad de conocer.

En nuestra opinión, el documento público es fuente de oponibilidad del acto, lo que se prueba teniendo en cuenta que aun los documentos no registrados, cuando

74. El conocimiento o el deber de conocimiento acarrear la mala fe del tercero, frase que tiene su fuente en el artículo 974 del Código Civil de Suiza de 1907 (ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2006-E, p. 1126.) El último párrafo del art. 1893 PCU establece que no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, repitiendo en este sentido lo prescripto por el art. 20 Ley 17.801 y los arts. 3135 y 3136 CCIV.

sean conocidos por los terceros, son oponibles a ellos. El documento produce efectos con relación a los terceros, contra cualquier tercero, incluidos los totalmente extraños (*penitus extranei*), sin otro requisito que la exhibición de su título.⁷⁵

De la presentación del título se sigue el conocimiento del tercero y, en tanto no concurra a favor de éste una causal legalmente tasada de inoponibilidad, el documento, el acto y el derecho (sea real o personal, en su caso) son oponibles a estos.

Explica Rodríguez Adrados⁷⁶, a quien venimos siguiendo en este tema:

La oponibilidad a los terceros del instrumento público está basada en su autenticidad, en su certeza, y exige, claro es, darlo a conocer a los terceros; es el llamado principio de presentación (*praesentationsurkunde, vorlegunsprincip*) que, como dice Núñez Lagos, “tiene una doble vertiente”; “en su lado positivo, el hecho narrado se impone *erga omnes*: nadie puede alegar ignorancia de la existencia de un título desde que le hubiere sido exhibido, ni de lo en él narrado, por el notario o funcionario público competente”; y “en su lado negativo, por el contrario, se puede desconocer todo acto o contrato mientras no se le presente el título público que lo contenga”; ya había escrito Zacarías “el que alega, ya contra la persona con la que ha tratado, ya contra un tercero, una convención o un pago constatado por un acto auténtico, está dispensado de toda otra prueba”, y “el juez no puede, con la alegación del documento, rehusar de tener por comprobado el pago o la convención”. “*Praxis edendi, sive Tractatus de univ[er]sa instrumentorum editione*”, se titula la gran obra de nuestro Gabriel de Pareja, que, de entrada, nos aclara: “*de editione, seu exhibitione instrumentorum*”.

Esta afirmación se conjuga con el deber impuesto por el artículo 23 de la Ley Registral, que le impone al escribano autorizante de mutaciones jurídicas sobre inmuebles el deber de “tener a la vista el título inscripto en el Registro”; y, en materia de ejecución de cosas, se requerirá en el proceso judicial que se presente el éste o que se expida segunda o ulterior copia.

Además, el estudio de los títulos antecedentes, mencionado sólo al pasar por el artículo 1138 del PCU, resulta de vital importancia para sustentar la buena fe diligente del tercero adquirente. De ahí que el artículo 1902 establezca expresamente la necesidad del examen previo de “la documentación y constancias registrales” para sustentar la buena fe en la prescripción breve. Así, la publicidad derivada del título descarta tanto la buena fe diligente del adquirente como la del tercero en supuestos tales como: cuando se hayan efectuado actos complementarios o modificatorios del título al derecho del transmitente que no hayan tenido reflejo en sede registral (p. ej. notas marginales); cuando se tome nota de la revocación de la representación voluntaria; cuando el título contenga cláusulas que puedan acarrear la ineficacia sobreviniente del acto (p. ej., los supuestos de dominio revocable) o existan causales de

75. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de eficacia formal (II)”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 48, 2013.

76. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 58].

invalidez en la cadena de titulación, en tanto la publicidad registral no convalida los vicios del acto (art. 4 Ley 17.801), etc.

No obstante, el instrumento como presupuesto de oponibilidad no agota su importancia en los supuestos relacionados, sirviendo también a tal fin cuando, conjugado con la publicidad registral, el título se convierte –en términos de Martínez Sanchiz– en título inscripto.⁷⁷ El autor, criticando la doctrina registralista que postula la llamada registración conformadora (La Rica, García García), explica que los efectos protectores del registro provienen de una realidad compleja y unitaria: el título inscripto. Entre la inscripción y el título, o, más exactamente, entre la escritura y su asiento, no sólo hay relación de continuidad sino en el fondo de las cosas una razón de identidad.

La instrumentación auténtica y la registración en el sistema argentino forman dos eslabones que, juntos, atienden a la oponibilidad del negocio instrumentado. En tanto nuestro sistema registral es de extracto o simples notas que conforman el asiento registral, el asiento registral no es más que una mención acerca de la existencia de un instrumento y, por lo tanto, una remisión al tercero al contenido negocial del mismo.⁷⁸

2.2. *Sujetos pasivos. La noción de tercero*

2.2.1. *Los terceros*

La voz *tercero* es utilizada en derecho de forma imprecisa para hacer referencia a toda persona ajena a un acto jurídico, una relación jurídica, un derecho, etc. La terminología proviene del derecho romano, donde la obligación se creaba y producía sus efectos entre *primus* y *secundus*; *tertius* (tercero) era persona extraña a la obligación, con la cual no se podía beneficiar ni perjudicar. Así, los terceros, o sea, los que no han intervenido en la celebración de un acto jurídico no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones derivados de éste, salvo en los casos previstos por la ley.

En el ámbito de los contratos, sólo es tercero quien no es parte de los mismos. Según el artículo 1023 del PCU, se considera parte del contrato a quien: a) lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno; b) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés; c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

Por su parte, el artículo 1024 PCU extiende los efectos del contrato, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen

77. Al respecto puede verse el desarrollo de la doctrina española en las palabras de MARTÍNEZ SANCHIZ, José Á., "Sobre el título inscripto", en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, nº 33, 2000, p. 137 (*Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 2002, t. 243, p. 91).

78. Íbid. El autor afirma que "la inscripción comporta, pura y simplemente, un traslado en relación; no es, por tanto independiente del título".

sean inherentes a la persona o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley.

La doctrina distingue a aquellos terceros que poseen un interés legítimo de aquellos que no lo tienen. A los primeros se los llamará terceros interesados, entre los que se encuentran los sucesores a título singular y los acreedores; y a los otros, por oposición, desinteresados o *poenitus extranei*. Los primeros tienen algún vínculo jurídico con las partes del negocio o el titular de la relación o situación jurídica, en tanto que los últimos no tienen ninguno.

A esta clasificación se le suma otra, cuyo criterio se basa en la buena o mala fe del tercero interesado.

2.2.2. *La buena fe*

La concepción de la buena fe, como principio general del derecho, pasaría a tener recepción normativa expresa como tal en el artículo 9 del PCU. Ésta, según los fundamentos del mismo, es incorporada en sus dos vertientes: la buena fe-lealtad u objetiva y la buena fe-creencia o subjetiva. Este principio se presenta como índice o estándar de valoración de la conducta del individuo en una situación jurídica dada, valoración de la cual el ordenamiento jurídico extrae consecuencias jurídicas determinadas en cada caso.

2.3. *Prelación, privilegios y preferencias en razón del tiempo*

El Codificador, en la nota al Título IV del Código, refiere a otro aspecto esencial, íntimamente relacionado con la oponibilidad, la preferencia:

Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre el mismo objeto mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior.

A las relaciones jurídico-reales, en tanto cumplen una función normativa destinada a regular la atribución de los bienes económicos, les es inherente la determinación de criterios de orden o preferencia –*ius preferendi*– cuya finalidad es la exclusión de todo otro derecho real, personal, posterior e incompatible (arts. 1882, 1886 PCU⁷⁹). Según este principio, un derecho real constituido puede hacerse valer contra o tiene prevalencia sobre otros derechos reales o personales que se pretendan establecer con posterioridad⁸⁰, conforme las pautas del adagio latino “*qui prior est tempore potior*

79. Art. 1882 PCU: “Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

80. HIGHTON, Elena, “Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales” [web], [s.e.] (publicado también en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, n° 2012-2, pp. 576-630).

est iure” (“quien es primero en el tiempo lo es también en el derecho”) o “*sicut prior es tempore, ita potior es iure*” (“conforme eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho”).

Este rango o posición natural se ve alterada por la incidencia de los sistemas publicitarios –posesorio y registral–, que confieren una asignación de prelación basada en el momento en que el derecho se hace oponible a ciertos y determinados terceros –interesados y de buena fe–, a los que el ordenamiento jurídico les da la posibilidad de neutralizar los efectos del acto con relación a ellos. Así, el artículo 1886 del PCU establece que

El derecho real atribuye a su titular la facultad [...] de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

La redacción del artículo marca como punto de inflexión el momento en que el derecho real se hace oponible y no el de su constitución. Con relación a la sociedad en su conjunto, la constitución del derecho basta para su oponibilidad *erga omnes*.⁸¹ En cambio, en relación con terceros interesados y de buena fe, sólo será oponible a partir de su publicidad suficiente.

Los derechos personales atienden la necesidad del legislador de regular las relaciones de intercambio de los bienes económicos.⁸² En las relaciones personales la posición jurídica de los acreedores respecto de los bienes del deudor se encuentra *ab initio* indeterminada. Todos están inicialmente en el mismo plano de exigibilidad. El patrimonio como prenda común de los acreedores responde por todas las obligaciones del deudor (art. 743 PCU). Pero ello no implica que los acreedores tengan derecho a intervenir directamente en los actos de sus deudores; pueden accionar únicamente cuando de dichos actos resulte un perjuicio para ellos: acción subrogatoria, acción de simulación, acción revocatoria, acciones de separación de patrimonio.

Cuando se trata de definir la posición o rango en la que se encuentra determinado acreedor cuya obligación se tornó exigible en relación con otro que se encuentra en iguales circunstancias, resultará necesario establecer reglas de preferencia para el cobro de sus acreencias, ya sea en especie o con el producido de los mismos en una ejecución individual o colectiva.

La ejecución del deudor consiste en el ejercicio de los poderes del acreedor para obtener forzosamente el objeto debido o la indemnización. Ésta puede ser singular

81. Como explica Gatti, la publicidad no se requiere a los efectos de la protección de los derechos frente a los terceros en general, es decir, frente a los integrantes de la comunidad que constituyen el llamado sujeto pasivo general. El deber, por parte de los integrantes de la sociedad, de respetar los derechos reales forma parte de la necesidad en que todos se encuentran de respetar el derecho de propiedad del que forman parte todos los derechos patrimoniales, así reales como personales. Como propiedad, como derecho de propiedad, los derechos reales, del mismo modo que los personales, deben ser respetados por todo el mundo, tanto por los particulares, como por el Estado, sin que interese quiénes sean sus titulares. (GATTI, Edmundo, ob. cit. [cfr. nota 27], p. 346).

82. DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit. [cfr. nota 4], t. I, pp. 73 y ss

o colectiva. En las primeras, por principio, el primer embargante tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas con preferencia a otros acreedores, y la prioridad entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida (art. 744 PCU). En la ejecución colectiva, en cambio, las reglas de la ejecución singular serán dejadas de lado y entran en funcionamiento los privilegios regulados por el Código Civil y la Ley Concursal.

Resta entonces distinguir los privilegios que se fundan en la naturaleza misma del derecho de las preferencias de tipo temporal que corresponden a los derechos reales y a ciertos derechos personales.

Moisset de Espanés⁸³ afirma que las preferencias son el género, y los privilegios, solamente la especie. Los créditos privilegiados gozan de una protección legal que es independiente del momento en que el crédito nace, y atiende a otras causas que el legislador ha contemplado para favorecerlos, permitiéndoles cobrar aun antes que otros créditos que ya existían cuando se originó la obligación privilegiada (p. ej., los créditos de alimentos, para evitar que el deudor caiga en la inanición; los gastos funerarios, para permitir que el deudor o sus familiares reciban las honras fúnebres indispensables)⁸⁴.

En cambio, como vimos, en los derechos reales la preferencia es de tipo temporal –por regla general–: primero en el tiempo, mejor en el derecho. Sin embargo, este principio no se agota en esta clase de derechos, hay otros acreedores que detentan únicamente derechos personales, que gozan también de prioridad, sin haber adquirido el dominio (u otro derecho real) de la cosa, lo que puede obligarlos a interponer una tercería de mejor derecho.

Si bien la mayor parte de los autores nacionales y de los Códigos procesales vigentes en el país parecen reducir las tercerías de mejor derecho a las hipótesis en que no se pretende la propiedad del bien embargado sino un derecho preferente para cobrarse de los fondos resultantes del embargo, por la existencia de algún privilegio, es innegable que existen supuestos en los que el tercerista pretende defender créditos que no son dinerarios y que no gozan de un privilegio sino de una preferencia de otra naturaleza, como los mencionados en los artículos 593 a 596 del Código Civil y 756 del PCU en materia de obligaciones de dar cosas ciertas para transmitir o constituir derechos reales –sobre lo que volveremos–.

3. Visión geométrica del conflicto en materia inmobiliaria

A la luz de cuanto dijimos hasta aquí, la oponibilidad se muestra como un medio técnico, como una construcción teórica empleada por el derecho en la resolución

83. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-II, p. 161.

84. *Ibíd.*

de conflictos intersubjetivos que permite la clasificación de los intereses opuestos en aquellos que merecen protección y aquellos que no la merecen.

Los conflictos entre terceros interesados en el ámbito inmobiliario se pueden sistematizar a partir de la posición en que se encuentran unos respecto de los otros, utilizando terminología geométrica.⁸⁵

3.1. *Terceros angulares*

Hay dos líneas de filiación, que parten del mismo origen: A transmite a B y A transmite a C. Dos adquirentes sucesivos de derechos reales o personales que provienen del mismo transmitente son terceros el uno respecto del otro en los actos y en las relaciones jurídicas engendradas.

El artículo 756 del PCU establece que

Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

En todos los casos se otorga preferencia al acreedor a título oneroso frente al acreedor a título gratuito, haciendo lo propio con quien tenga buena fe frente a quien no la tiene. La buena fe implica aquí desconocimiento por cualquier medio de la obligación precedente. Así, si la cosa se encuentra en poder de un tercero, el adquirente de derechos reales que se ejercen por la posesión no podrá esgrimir su buena fe con relación a éste, pues para alegarla resulta necesaria la constatación del estado de ocupación del inmueble. Se llega a la solución inversa cuando media mala fe en el tercero, pues tanto el título como la tradición posterior resultan inoponibles al acreedor precedente de buena fe.

En este sentido, el artículo 2256 PCU establece con relación a la acción reivindicatoria que

... si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, **ignorando la obligación anterior**, independientemente de la fecha del título.

Interpretado *a contrario sensu*: si el acreedor que ha recibido la cosa no ignora la obligación precedente, la ley se inclina por proteger al primero, otorgándole una fa-

85. Esta forma particular de sistematizar los conflictos pertenece a López de Zavalía (ver ob. cit. en nota 25, pp. 160 y ss). Seguiremos al autor en la estructura, mas incluiremos otros posibles supuestos que engloban la publicidad de manera general, no sólo la registral.

cultad análoga a la acción pauliana donde la imposibilidad de una nueva tradición hace las veces de insolvencia.⁸⁶

3.2. Terceros lineales

Hay una sola línea de filiación: A enajena a B y B enajena a C. Se trata de la oponibilidad de los derechos del subadquirente (C) frente al transmitente primigenio (A) en virtud de un acto inválido, supuestos contemplados por el artículo 1051 del Código Civil y 392 del PCU.

De acuerdo con el adagio romano “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee (art. 3270 CCIV y 392 y 1894 PCU). Pero ocurre que la aplicación a ultranza de este principio conduciría a privar al tercero que haya obrado de buena fe, por un error invencible –*error communis facit ius*–, de un derecho adquirido sobre la base de un título que en apariencia sea válido, lo que resultaría no sólo injusto sino perjudicial para el tráfico.

El PCU reitera en su artículo 392 las líneas del artículo 1051 del Código Civil vigente. Para su aplicación, se necesita: a) un titular de dominio enajenante; b) un adquirente del dominio o de un derecho desmembrado o que constituya limitación del mismo; c) un subadquirente, es decir, un adquirente de este adquirente; d) que el acto de adquisición entre el primero y el segundo, es decir, entre el enajenante y el adquirente sea inválido; e) que el tercero subadquirente sea de buena fe y a título oneroso.

Esta última transmisión es la protegida por el artículo y sólo lo estará en la medida en que la transmisión inválida no haya sido a *non domino*, en tanto para el *verus domino* el acto es inoponible.⁸⁷

3.3. Terceros paralelos

Tienen líneas de filiación distintas, sin origen en común: A enajena a B la cosa de C. En la transmisión a *non domino* el *verus domino* es tercero en relación con el acto entre transmitente y adquirente. Así, al verdadero dueño el acto le es inoponible.

En el PCU, la prescripción adquisitiva de derechos reales sobre inmuebles se produce con justo título y buena fe por la posesión durante diez años (art. 1898). La

86. Id., p. 139.

87. Véase en este sentido: CNCiv, Sala F, 27/8/1979, “Sigfrido, SA en: ‘Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c/ Lozada, Mario’” y su comentario (HIGHTON, Elena, “Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil”, en *La Ley*, t. 1980-D, p. 290); MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. [cfr. nota 26], t. 3, p. 208; TRIGO REPRESAS, Félix, *Nulidad y reivindicación de adquirentes*, La Plata, Lex, 1978, pp. 69 y ss.

sentencia declarativa tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

Alterini afirma –compartimos su criterio– que

... desde el punto de vista estrictamente publicitario, el inmueble es adquirido por el usucapiente y con plena oponibilidad, incluso a los terceros interesados de buena fe, desde que se opera la usucapión, pues es suficiente a esos efectos que la posesión sea *ostensible*. No digo que la posesión debe ser pública, para que no se crea que se exige tan sólo que ella sea conocida o pueda ser conocida por el propietario contra quien se usucape (ver art. 2479 cc y su nota). No se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria, sino que el carácter de ostensible impone que la posesión sea conocida o pueda ser conocida por todos los terceros, o sea también por los terceros interesados de buena fe.

3.4. Terceros verticales

Las relaciones entre el adquirente y los acreedores del transmitente: A enajena a B y C, acreedor de A, acciona contra B. Volveremos sobre este punto al tratar la oponibilidad de las medidas cautelares frente a la publicidad registral y posesoria.

4. La oponibilidad aplicada a supuestos particulares

4.1. Relaciones entre derechos reales. La publicidad posesoria y registral

Conjugando lo reseñado en relación al principio de *ius preferendi* con la equiparación de la publicidad posesoria a la registral establecida por el artículo 1893 del PCU, resulta claro que el PCU adopta la postura mayoritaria: en caso de conflicto entre la publicidad registral y la posesoria, vencerá la primera en el tiempo, siempre que fuera de buena fe.⁸⁸

Vinculando lo dicho hasta aquí, las relaciones de conflicto entre titulares de derechos reales se resuelven: a) respecto de terceros desinteresados, por la sola concurrencia de sus requisitos constitutivos; b) cuando el tercero sea interesado y de mala fe –quien participó del acto o conoció o debió conocer (p. ej., estudio de títulos)–, el derecho no ampara su actuación y, por lo tanto, prevalece la oponibilidad del acto o del derecho frente al tercero que pretende su inoponibilidad; c) cuando el tercero posea un interés legítimo y sea de buena fe, por la preferencia derivada de la prelación

88. Ver VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981). Esta corriente doctrinaria se divide entre para quienes la buena fe subjetiva del tercero requiere que haya conocido ni podido conocer la realidad extraregistrada, para lo cual es necesario el estudio de los títulos antecedentes, de los asientos registrales vigentes y del estado posesorio del inmueble. Para la otra, sólo se exigiría el conocimiento de la realidad posesoria a los terceros que esgriman derechos que puedan exteriorizarse por la posesión.

en el tiempo *–ius preferendi–* de su publicidad suficiente, lo que es aplicable aun en el caso del acreedor hipotecario inscripto y otros titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión. Sólo para éstos últimos la publicidad suficiente *–posesoria o registral–* implica una carga para el adquirente, ya que ellos pueden desvirtuar la presunción de conocimiento que se deriva de ella. Sólo a ellos les es permitido desconocer el acto, pues les es inoponible.

4.2. *Oponibilidad de los boletos frente a otras situaciones jurídicas*

Sin entrar en las enjundiosas discusiones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del boleto y más allá de que el artículo 1170 del PCU parece inclinarse por la postura del contrato de compraventa *–hace referencia al “inmueble vendido” y llama “comprador de buena fe” al adquirente por boleto–*, ninguna de las doctrinas imperantes discutirían sobre el carácter personal de los derechos del titular por boleto y de su carácter previo o preliminar, aun entendiéndolo como el contrato de compraventa firme y definitivo, dada su falta de virtualidad como título transmisivo del derecho real por carecer de la forma requerida a tal fin (art. 1184 CCIV y art. 1017 PCU). De ahí que la doctrina se empeñe, con miras a la protección de los derechos del adquirente, en dotarlo de oponibilidad frente a otros acreedores del deudor y, por lo tanto, de cierta preferencia en el cobro, que como mero acreedor quirografario no tendría.

4.2.1. *La situación de los acreedores embargantes frente al boleto de compraventa*

El artículo 1170 del PCU, referido al boleto de compraventa, establece que el derecho del comprador de buena fe tiene preferencia para el cobro sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

El artículo amplía la protección del adquirente por boleto al permitir su oponibilidad no sólo en el concurso o la quiebra (art. 1185 bis CCIV y art. 1171 PCU) sino también en la ejecución individual, llenando un vacío legal que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia durante años.⁸⁹ En apoyo a esta postura, se afirma que el

89. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 44], p. 210. MARIANI DE VIDAL, Marina M. en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 5-A, p. 176. SC Buenos Aires, 24/6/1986, en *La Ley*, t. 1986-E, p. 426; CNCiv., Sala L, 7/5/2004, en *La Ley*, 18/8/2004, p. 16; CNCiv., Sala K, 22/10/2001, en *La Ley*, t. 2002-B, p. 607; CNCiv., Sala B, 22/2/1999; CNCom., Sala B, 24/4/1989; CNCom., Sala A, 6/6/2006; CNCom., Sala C, 25/9/2001; CNCom., Sala C, 20/10/2005, en *La Ley*, t. 2005-F, p. 646, entre otros.

embargante no tiene causa valedera para oponerse a la tercería opuesta por el adquirente por boleto, pues éste podría ejercer los derechos del enajenante por la vía del artículo 1196 del Código Civil y ofrecer a embargo otros bienes de su deudor para sustituirlo, sin que a ello pudiera oponerse el acreedor embargante. Por otra parte, el artículo 1185 bis del Código Civil fue sancionado como respuesta al fallo plenario “Lozzi c/ Socha”, al que se le criticó que, al impedir la escrituración, se dejaba sin protección alguna al poseedor por boleto que había pagado su precio, el que, por sí mismo, bastaba para lograr una condena a escriturar contra el enajenante.

Un análisis somero del artículo 1170 del PCU nos lleva a las siguientes reflexiones:

- a) En primer lugar, es indiferente para descartar la buena fe del adquirente por boleto que éste conozca la existencia de acreedores del titular de dominio de la cosa. Mientras el acto no caiga bajo la órbita de la acción pauliana, para los acreedores que no posean derechos reales o personales que se dirijan a la cosa sino al patrimonio en su conjunto,⁹⁰ el adquirente será de buena fe. Por otra parte, entendemos que ésta solo puede ser juzgada por el juez, de modo tal que la posibilidad de escriturar libre de gravámenes cuando se haga en base a un boleto de compraventa inscripto, si concurre con acreedores embargantes, no implica que el adquirente no deba entablar la tercería de mejor derecho en el proceso en que se haya dictado la medida, debiendo acreditar los demás requisitos que impone el artículo. Por lo tanto, en las escrituras otorgadas en virtud de éstos deberá hacerse constar el reconocimiento de la existencia de la medida por parte del adquirente, sujeta a decisión judicial, salvo en los supuestos en los que leyes nacionales establecen lo contrario. En consecuencia, la inscripción de boletos no sería un avance en cuanto a la celeridad en la contratación.
- b) La **publicidad registral** a la que refiere la última parte del artículo no se encuentra regulada en ninguno de los artículos del PCU. En la medida en que el artículo 1893 rige únicamente en materia de derechos reales, de los vocablos *adquisición* o *transmisión* se colige no sólo el título sino también la tradición. Así, nos remitimos a lo reseñado en materia de oponibilidad de los derechos personales y de los actos jurídicos.

Coincidimos con la postura doctrinaria que extiende la función publicitaria de la posesión en materia inmobiliaria para sustentar el derecho personal del boleto de compraventa y del titular por escritura no inscripta, lo que encuentra asidero en los supuestos contemplados por los artículos 593 a 596, 3269, 2791 y concordantes del Código Civil y 756, 2253, 1893 y concordantes del PCU. Así, en el supuesto analizado, sólo cuando el adquirente haya obtenido la posesión de la cosa con anterioridad a la traba de la medida cautelar éste será el oponible a la segunda, en tanto en el caso

90. Cuando mediara conocimiento de la obligación precedente de dar la misma cosa prometida, la rigen las reglas del art. 756 PCU.

inverso el adquirente será de mala fe. Esto es así porque, siendo el comprador por boleto un poseedor legítimo, los acreedores carecen de acción para privarlo de ella.⁹¹

El comprador por boleto sólo puede exteriorizar su derecho por la publicidad posesoria, porque la ley no lo dota de otro medio publicitario. Entendemos que la publicidad registral a la que se refiere el artículo, en una interpretación armónica del PCU con la Ley 17.801 de Registro Inmobiliario, atiende únicamente a los supuestos que se encuentran hoy regulados en leyes especiales (p. ej., leyes 14.005 y 19.724 [derogada por el PCU]) y no a cualquier clase de boletos de compraventa.

No existe norma constitucionalmente válida⁹² que imponga la registración de los boletos de compraventa, salvo los supuestos excepcionales antes relacionados, quedando únicamente como publicidad suficiente la derivada de la posesión del bien y la cartular. Ello así porque, en primer lugar, la inscripción registral de las mutaciones jurídico-reales inmobiliarias tiende a la registración de los títulos portantes del negocio causal de ellas, esto es, el último eslabón en la cadena contractual encaminada a la transmisión del derecho real inmobiliario.

El boleto de compraventa, se entienda como contrato o como preliminar, implica un paso previo y, por lo tanto, pasible de modificación hasta el otorgamiento de la escritura pública, lo que redundaría en incertidumbre en cuanto a la titularidad del inmueble. Si entendemos que la finalidad última de la Ley de Registro no es ni más ni menos que sustentar la seguridad jurídica en el tráfico, la inscripción del boleto de compraventa pierde todo sentido.

Recordemos, como lo hacía García Coni⁹³, que la sanción de leyes como la 14.005 conspiró contra la correcta titulación y contribuyó a crear la delicada situación que se ha intentado subsanar a través de la Ley de Regularización Dominial. Afirma el jurista que cuanto antes se produzca la conversión de los derechos personales en reales, será mejor para la seguridad jurídica, y eso se consigue con la escritura pública y el registro inscriptor declarativo.

Por otra parte, la registración de boletos de compraventa no otorga oponibilidad a terceros sino únicamente una publicidad-noticia⁹⁴ del mismo, no obstante lo previsto en las legislaciones locales. Por lo tanto –reiteramos–, la función publicitaria

91. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 44], p. 210.

92. La doctrina mayoritaria entiende que la inscripción de instrumentos privados del art. 2 Ley 17.801 sólo puede ser establecida por ley nacional en tanto la oponibilidad sólo pueden ser materia de regulación por la ley de fondo. Las normas de inferior jerarquía o disposiciones internas de los registros que establezcan lo contrario afectan gravemente el principio federativo y la división de poderes por lo que deben ser decretadas inconstitucionales en vía judicial.

93. GARCÍA CONI, Raúl R., “Afinamiento poblacional. A propósito de la regularización de la falta de titulación que padecen muchos ocupantes de sus viviendas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 838, julio-septiembre 1994, pp. 473-475.

94. Para Villaro, es posible anotar documentos distintos a los relacionados en el art. 2 LR emanados de leyes locales; los mismos deberían tener un régimen diferenciado, en tanto “el registro que crea la Ley 17.801 es típicamente para las registraciones que determina el artículo 2505 y no para otras”. (VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003).

de la posesión es suficiente a los fines de la protección de los intereses del inmueble por parte del comprador por boleto de compraventa, a los que atiende el artículo 1170 del PCU.

Además, en la mayoría de los casos, los boletos de compraventa se celebran por instrumento privado y su registración es de carácter excepcional. Basta recordar la elocuente exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 –fuente de nuestra Ley 17.801–:

Solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego; los títulos privados no se admitían en los registros. Cambiar ese punto, y por regla general no existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial; no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje duda de su legitimidad. Por eso, la Comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el Proyecto del Código Civil, propone que sólo puedan ser inscriptos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes.

El artículo 319 PCU establece que el valor probatorio del instrumento privado

...debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Y a partir de esta y otras afirmaciones que hemos vertido en su lugar, no nos cabe duda de que la inscripción de boletos otorgados en esta clase de instrumentos, aun cuando sus firmas hayan sido certificadas, es perjudicial para el tráfico jurídico.

Por último, es de destacar que las conclusiones a las que fuera presentada la presente ponencia que hoy publicamos coincidieron en gran parte con las líneas sustentadas en este trabajo. De esta manera, se concluyó, por amplia mayoría, entre otras cosas, que la registración de los boletos de compraventa, como afirmábamos, es inconstitucional fuera de los supuestos legalmente establecidos por ley, que no otorga oponibilidad a terceros ni prioridad y que no hace presumir la buena fe del adquirente.

4.2.2. *Relaciones entre derechos personales y derechos reales*

Adviértase que el Capítulo 8, en el que se integra el artículo 1170 –analizado con anterioridad–, no regula las relaciones del boleto con acreedores que no hayan trabado medidas cautelares. Parecería entonces que sólo se ha querido dejar a salvo los derechos de los compradores por boleto únicamente frente a quienes sí lo hayan hecho, excluyendo implícitamente otros casos tales como: a) que otro sujeto haya adquirido

el dominio; b) que otro sujeto haya recibido un derecho real de disfrute de la cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbre); c) que otro sujeto tenga otro boleto de compraventa y también pretenda escriturar; d) que otro sujeto haya adquirido emplazamiento registral como acreedor hipotecario. En cada caso los conflictos se resuelven por reglas particulares aplicables a ellos.

Un elemento de convicción para solucionar el vacío es aportado por la interpretación *a contrario sensu* de la última parte del artículo 1886. Así, si el derecho real atribuye a su titular la facultad de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente, cuando el derecho personal la haya obtenido con anterioridad, la facultad referida cede frente este último y, como en el caso del boleto de compraventa –como afirmamos–, el único medio publicitario es la posesión; huelga decir que tendrá entonces preeminencia cuando la haya obtenido. Por otra parte, son de aplicación al caso los criterios de resolución de conflictos entre acreedores de obligaciones de dar cosa cierta, dentro de los que incluimos al adquirente por boleto (arts. 756 y cc. PCU).

Más difícil es desentrañar una solución clara en relación con el acreedor hipotecario. Existen al respecto dos posturas divergentes. Por una parte, Alterini entiende que la buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble, en tanto la posición de quienes hacen prevalecer al acreedor hipotecario frente al poseedor incurren en: i) una contradicción, en cuanto sí admiten la precedencia del locatario de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca; ii) una interpretación disvaliosa, pues se desprotege al adquirente con boleto que exterioriza su derecho de la única manera que el ordenamiento le autoriza.

En contra, numerosos fallos y calificada doctrina, sin desconocer el carácter publicitario de la posesión, dan prioridad al acreedor hipotecario, entendiendo que aquella no es suficiente para excluir su buena fe, dado que no existe norma específica que establezca para estos casos el deber de constatar el estado físico del inmueble para fundar su pretensión. No constando el conocimiento del estado posesorio anterior por parte del acreedor hipotecario, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición. Por otra parte, el PCU omite la regulación expresa de este supuesto como sí lo hiciera el Proyecto de 1998, que en su artículo 1843 establecía que

En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe. Sin embargo, la publicidad posesoria [...] no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión.

Desde nuestra óptica, la protección del boleto frente al acreedor hipotecario, pese a que creemos necesaria regulación expresa, se sustenta en un principio superior, el de protección de la vivienda. La protección del crédito debe ceder cuando el adquirente por boleto haya asentado allí su vivienda, pues, siendo éste de buena fe, nada nos lle-

va a concluir que frente a quien realiza un negocio y no ha tomado el recaudo de asegurarse de que el inmueble no está ocupado por un tercero deba primar el derecho del segundo frente al primero. De ahí que creamos posible extender, por analogía, la situación del acreedor embargante al acreedor hipotecario, pues en definitiva las normas que regulan la prioridad de los derechos reales frente a los personales, como hemos visto, dan suficiente sustento para que sean aplicadas aun al segundo.

5. Conclusión

El trabajo que propiciamos no deja de ser preliminar en muchos sentidos. Por una parte, porque estamos convencidos de que el estudio de esta figura dista mucho de ser el deseado. Por la otra, porque su empleo tiene tantas implicancias que podría ser estudiada una cantidad inmensa de institutos no sólo del derecho patrimonial, teniendo a ésta como eje.

Creemos haber brindado algunos lineamientos básicos necesarios para el estudio del fenómeno de la oponibilidad y un pantallazo somero de su aplicación en la resolución de conflictos en el ámbito inmobiliario.

Hemos intentado reducir la anfibología propia del concepto a partir de dar cuenta de su sentido técnico, en el que se muestra como una cualidad establecida por el ordenamiento jurídico a un elemento del mismo, dando lugar a una idea de orden de los intereses entre personas determinadas. Así, si bien ésta se rige con principios que le son propios y se manifiesta en medidas que el ordenamiento toma como recaudos para lograrla, su determinación debe ser evaluada en cada caso a la luz de todos ellos en su conjunto.