

Título: [Algunas notas sobre la publicidad registral inmobiliaria](#)

Autor: [Kiper, Claudio M.](#)

Publicado en: [RCCyC 2017 \(febrero\), 03/02/2017, 77](#)

Cita Online: [AR/DOC/3990/2016](#)

Sumario: I. Efectos de la publicidad registral inmobiliaria. — II. Examen del régimen legal. — III. Situación del poseedor con boleto frente al acreedor hipotecario. — IV. El derecho de superficie y la publicidad registral. — V. Propiedad horizontal. — VI. Tiempo compartido. — VII. Cementerios privados. — VIII. Otras novedades.

I. Efectos de la publicidad registral inmobiliaria

Un acierto del nuevo Código Civil y Comercial es contener una Parte General destinada a regular todos los derechos reales. Si bien debe ser complementada con lo que se disponga en algunos derechos reales en especial (v.gr.: superficie, tiempo compartido, etc.), lo cierto es que se fijan reglas que se aplican a todos los derechos, si es que no se dispone algo diferente en otra norma (v.gr: el derecho de superficie no se puede adquirir por prescripción larga).

Como es sabido, los derechos reales son por esencia oponibles erga omnes. Al ser así, es necesario que se den a conocer, que se publiciten, especialmente cuando se trata de terceros interesados (v.gr.: otros acreedores) de buena fe.

El Código contempla dos formas de publicidad, la que se concreta a través de la tradición, o la que se configura con la inscripción en un registro.

Dispone el art. 1893 que: "Inoponibilidad. 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.

Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.

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".

Es importante detenerse en el segundo párrafo: "Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso". La última acotación, "según el caso", suscita algunas dudas.

Cuando se trata de inmuebles, el título que contiene la transmisión del derecho real debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmuebles para que sea oponible a terceros interesados de buena fe (art. 2, inc. a, ley 17.801). Cuando se trata de cosas muebles registrables, en el Registro respectivo (v.gr.: automotor), y cuando se trata de cosas muebles no registrables, la publicidad es la tradición.

Por ende, ese parece ser el alcance de la expresión "según el caso", esto es, según la clase de cosa que se trate, se determina cuál es la publicidad necesaria, registral o posesoria.

Sin embargo, otras normas del Código contradicen este esquema.

Dispone el art. 756: "Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles. 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".

Es obvio que si alguien adquirió el derecho real de buena fe y a título oneroso, y cuenta con inscripción registral y tradición a su favor, será el triunfador. Su derecho no podrá ser descalificado por otros acreedores del mismo enajenante.

Ahora, otros casos pueden complicarse. Supongamos que en el año 2015 el dueño de un inmueble suscribe a favor de otra persona un boleto de compraventa y le entrega la posesión. Luego, en el año 2016, el mismo dueño le vende el mismo inmueble a otra persona distinta. Las partes suscriben el título suficiente, y este acto jurídico es inscripto en el Registro. Goza de la publicidad exigida y suficiente para las transmisiones de derechos reales sobre inmuebles.

Ninguno de los compradores adquirió el derecho real. Al primero le falta el título suficiente [\(1\)](#), y al segundo

la tradición (ver art. 1892). Planteado el conflicto entre ambos adquirentes del mismo dueño, según el art. 756, triunfaría el primero, es decir, el que cuenta con publicidad posesoria, en desmedro de aquél que confió en las constancias del Registro.

Sumamente peligroso pues puede generar fraudes bien orquestados, pero es la solución del Código. Esta idea se apoya en una doctrina muy arraigada, según la cual si se enfrentan la publicidad posesoria y la registral, triunfa la primera en el tiempo.

Una solución similar a la descripta surge del art. 1170, destinado al poseedor con boleto de compraventa: "El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad 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 como mínimo 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 inc. d) del art. 1170 es elocuente: "la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria". Según esta norma, la publicidad suficiente, en materia inmobiliaria, puede ser registral o posesoria.

Quizás, si la norma hubiera impuesto la registración de los boletos de compraventa, como sucede en Uruguay, estos problemas desaparecerían. El problema es que para los inmuebles se exige publicidad registral, pero se asignan importantes efectos a la publicidad posesoria, o ambas se equiparan. Lo previsto en la Parte General de los derechos reales no armoniza con lo dispuesto en otras normas del Código previstas para las obligaciones y los contratos.

II. Examen del régimen legal

En principio, el boleto, aun con fecha cierta, tiene efectos relativos, es decir que no aprovecha ni perjudica a terceros, y sólo produce efectos entre las partes y sus sucesores universales (arts. 959, 1021 y 124, Cód Civil y Comercial). Ello por no constituir el título suficiente para la adquisición del derecho real, único que puede tener acceso a la publicidad registral. Los derechos reales son oponibles erga omnes, pero aquí no hay derecho real, de modo que no puede haber oponibilidad absoluta.

Se trata, en suma, de un derecho personal, que sólo produce efectos entre los contratantes ⁽²⁾. No obstante, la doctrina no ha sido coincidente en este punto ni en otros vinculados a él. Además, en algunos casos las posiciones varían en función de si el comprador con boleto tiene o no la posesión.

Si el título formalizado en escritura pública fuera de fecha anterior al boleto y a la posesión, no habría duda de su superioridad, ya que los arts. 756, 1170, 2256, inc. a, entre otros, del Cód. Civil y Comercial, protegen al primero en tener la posesión, siempre y cuando hubiese ignorado la obligación precedente, esto es, que sea de buena fe. En este supuesto el poseedor con boleto no debiera ignorar la existencia de la escritura ya que podría haber obtenido dicha información del Registro, y si no la hubiera procurado sería negligente. Esto es válido aun cuando la escritura no estuviese registrada pero se hubiera iniciado el trámite pertinente, ya que se generaría una reserva de prioridad (arts. 23 a 25, ley 17.801). En caso de que el comprador con escritura hubiese recibido la posesión, su situación se consolidaría todavía más, ya que habría adquirido el derecho real por contar con título y modo.

Si ninguno de los compradores fuese puesto en la posesión, triunfaría la escritura incluso cuando fuera de fecha posterior al boleto, dado que el instrumento público es superior al privado ⁽³⁾. Además, en algún momento esa escritura habrá de ingresar al Registro y gozar de publicidad registral, donde la regla es que prevalece el que inscribe primero (principio de prioridad), en tanto sea de buena fe.

La solución es más complicada cuando se le hubiera hecho tradición al adquirente por boleto.

Se ha sostenido, durante la vigencia del Cód. de Vélez, que prevalecería aun cuando la fecha cierta del boleto fuera posterior a la de la escritura, por aplicación de los arts. 592, 594, 2791 y 3269 de dicho Código, siempre y cuando hubiese ignorado la obligación precedente ⁽⁴⁾. Por mi parte, pienso que si la escritura fuera de fecha anterior no podría ceder ante el boleto, pues normalmente gozaría de la publicidad registral, convirtiendo en poseedor de mala fe al titular del boleto.

En el caso de que la escritura no estuviese registrada y no se hubiese iniciado el trámite (certificados, etcétera), habría que admitir que es inoponible al adquirente con boleto cuya posesión es anterior. El art. 756, cuando ambos acreedores son de buena fe, se inclina por el que primero tuvo la tradición, que en este caso sería

el poseedor con boleto. Lo mismo surge del art. 2256, inc. a.

Si el comprador con escritura iniciara la acción de reivindicación, no debería triunfar, a pesar de que el boleto no es título suficiente, ya que el art. 2256 no exige un título suficiente sino que se refiere a "derechos del actor y el demandado", y lo cierto es que el poseedor con boleto tiene un derecho personal, pero derecho al fin.

No resultan de aplicación los incs. b) y d) del art. 2256, que le permiten triunfar al reivindicante si presenta los títulos de sus antecesores, hasta dar con uno que sea de fecha anterior a la posesión del demandado, para que se presuma que el autor era poseedor y propietario y que hubo cesión implícita de la acción reivindicatoria (5).

A mi juicio, esta solución que emerge de las normas del Código puede generar mucha inseguridad y provocar situaciones complejas. Es sabido que una persona puede comprar un inmueble cuya posesión tenga un tercero y que puede reivindicarlo, a menos que se hubiese cumplido el plazo de prescripción adquisitiva. Quien compre ese inmueble, obrando de buena fe, constatará que su vendedor figure como propietario, para lo cual acudirá al Registro y además hará el pertinente estudio de títulos. Esto significa que el hecho de que un tercero tenga la posesión del inmueble no impide que alguien quiera y pueda comprarlo, pues sabe que después podrá reivindicar. Es cierto que en estos casos habría despojo, por lo que la situación del adquirente frente al tercero poseedor sería la misma que hubiera tenido el vendedor.

Ahora, si el poseedor cuenta también con un boleto de compraventa (con fecha cierta) emanado del mismo vendedor, ¿debería entonces mejorar su posición? Pienso que esto prevé el Código, pero no hay que olvidar que el comprador con escritura no tuvo forma de conocer la existencia del boleto, que le resultaba en principio inoponible. Puede llegarse a extremos peligrosos, pues nadie se animaría a adquirir un inmueble si corriera el riesgo de que existiesen boletos ya otorgados o, peor aún, que se otorgasen después, impidiéndole concretar la operación haciéndole perder todo el precio pagado, ya que es habitual pagar el precio en el acto de escriturar, si luego el vendedor resultase insolvente.

No se me escapa que el adquirente con boleto también merece protección, y que allí apuntó la reforma de la ley 17.711 al modificar o incorporar diversas normas, y que ahora también lo hace el nuevo Código. Pero existe un límite, que debe resultar de la necesidad de seguridad jurídica.

Si al comprador con escritura no le es un obstáculo que la posesión la tenga un tercero, a pesar de que dicha posesión es pública, visible para él, menos puede serlo un instrumento privado que normalmente está oculto. El adquirente con boleto tiene derecho a exigir la escrituración, aun forzada. Pero este derecho encuentra un límite en el supuesto de que la escrituración se haya tornado imposible, y esto debería ocurrir, por ejemplo, cuando se escrituró en favor de otra persona, en cuyo caso sólo cabe la indemnización de los daños y perjuicios. El comprador con escritura tiene un título válido de compraventa; el que tiene un boleto tiene un título insuficiente como compraventa, aunque válido para otros efectos que, tienen límites (ver arts. 285, 1017, 1018).

Hay que tener en cuenta asimismo que las enunciaciones de un instrumento público hacen plena fe incluso respecto de terceros (arts. 293 y 296, Cód. Civil y Comercial), mientras que el instrumento privado es más débil y sujeto a la apreciación judicial (art. 319).

En la mayoría de los casos la escritura contará con la publicidad registral y ello debería bastar, a mi juicio, para que sea preferible. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no eran pacíficas, pues como el adquirente con boleto tiene la posesión, se entiende que la publicidad posesoria, si es primera en el tiempo y de buena fe, debe prevalecer ante la registral (6). Se considera que el comprador con escritura, aun inscripta en el Registro, es de mala fe en tanto debió conocer la posesión anterior del que cuenta con el boleto (7).

No comparto esta posición, ya que implica echar por la borda el sistema de publicidad registral. Por otra parte, si la publicidad posesoria fuera tan fuerte, cualquiera que comprase un inmueble que estuviera poseído por otro lo haría de mala fe, a pesar de que el poseedor no fuera titular de ningún derecho real, lo que no es así. Si hubiera derechos reales en favor de un tercero (v. gr., usufructo), sólo le serían oponibles con la publicidad registral, de modo que el titular de un derecho personal y de la posesión no podría estar en mejor posición. Desde otro ángulo, el poseedor de un inmueble no puede imponerse al adquirente con título a pesar de contar con "publicidad posesoria"; el hecho de que además cuente con un boleto de fecha cierta no debería mejorar tampoco su situación frente a quien tuviera título suficiente y hubiese cumplido con los recaudos que la ley le exige. El poseedor, tenga o no boleto, no es propietario, y sólo podrá serlo cuando tenga título suficiente o se cumpla el plazo de veinte años de usucapión. ¿Cómo es posible que triunfe ante un comprador con escritura antes de los veinte años? Si es así la prescripción larga, modo de adquirir el derecho real, no tendría sentido, ya que en la práctica el poseedor con boleto, sin ser titular del derecho real, se impondría a cualquier otro comprador que se interpusiera en su camino. La usucapión se reduciría a una institución útil para regularizar el dominio, el que en la práctica ya estaría adquirido, lo que resulta inaceptable.

Se argumenta que el poseedor con boleto es de buena fe, ya que habría adquirido en forma legítima la posesión. No discuto que la adquisición de la posesión sea legítima, pero ello respecto del vendedor; frente a terceros interesados su posición es más débil, pues éstos se manejan, como resultado de la seguridad jurídica que debe imperar en las transacciones, en función de la oponibilidad. La ley les dice a tales terceros que sólo será oponible aquello que conste en el Registro (ver art. 1893), no lo que resulte de una situación de hecho, que además es equívoca. Además, como se vio antes, es bien discutible la supuesta buena fe del poseedor con boleto: el error de derecho no es excusable y, según dispone la ley, el dominio se adquiere con escritura y no con boleto, de manera que el poseedor con boleto sabría los riesgos a correr y, de no saberlo, su error no sería dispensable.

Que la posesión sea pública significa que no es viciosa —clandestinidad—, lo que es útil para la accesión de posesiones y en materia de usucapión. Pero no hay que confundir posesión pública con publicidad de los derechos. Prueba de ello es que la posesión, por más pública que sea, terminará cediendo ante quienes acrediten ser titulares de un derecho mejor que el del poseedor.

La posesión se presume legítima y de buena fe aun cuando no haya de por medio un boleto (arts. 1916 y 1919, Cód. Civil y Com). Pero esto sólo significa que quien promueva una demanda contra el poseedor tiene la carga de la prueba y debe justificar un derecho mejor o más probable para vencer en el juicio. Pero no implica que el poseedor resulte invencible por ser legítima su situación. El poseedor sólo triunfa en paridad de condiciones, lo que acontece cuando el actor no consigue demostrar un derecho superior.

Se suele asignar una fuerza notable a la publicidad posesoria, pero no se trata de publicitar la posesión (situación de hecho) sino el derecho existente. La realización de actos posesorios en forma pública informará a la sociedad de la existencia de la posesión, pero no de la existencia de un boleto, que el comprador por escritura no tiene por qué conocer, actuando normalmente. Fuera de ello, la verdad es que la apariencia fáctica no tiene tanta fuerza. Un claro ejemplo se observa en la prueba de la medianería, donde si los signos expresan una situación contradictoria a la que surge de un título, prevalece este último (art. 2013, Cód. Civil y Com). Cuando el legislador quiso que el boleto fuera oponible lo dispuso expresamente, como surge del art. 1171 con respecto al concurso o la quiebra del vendedor, sin exigir la posesión. Pero las excepciones no pueden convertirse en la regla, más bien son de interpretación restrictiva.

En suma, sólo debería prevalecer el poseedor con boleto cuando el comprador con escritura sea de mala fe, esto es, porque conociese o debiese conocer, actuando con diligencia, la firma anterior de dicho boleto, para lo cual no basta la fecha cierta. La mala fe del comprador con escritura podría configurarse si el boleto hubiera sido inscripto en el Registro, aunque la hipótesis es poco probable (8), o cuando el adquirente por boleto iniciara el juicio de escrituración y obtuviera la inscripción registral de alguna medida cautelar que informase de la existencia del juicio (9). Además, tampoco deben descartarse las hipótesis de fraude o la prueba de que el comprador con escritura tuviera conocimiento efectivo del otorgamiento anterior del boleto (10). En ningún caso la mala fe debe encontrar protección.

No ignoro que el sistema ha dado lugar a abusos y que debía ser mejorado, posiblemente, con un sistema de inscripción registral de los boletos (11). Pero hasta que ello ocurra, no es posible alterar el sistema legal por vía de la interpretación, ni siquiera invocando una supuesta equidad de la solución, pues también ha de alentarse la seguridad dinámica. Además, no siempre lo más equitativo es proteger al poseedor con boleto. Bien puede ocurrir que éste haya pagado tan sólo el diez por ciento del valor del inmueble, mientras que el comprador con escritura haya desembolsado todo el precio para obtener el instrumento público.

El valor equidad suele ser relativo, depende de las circunstancias, pero debe ser coordinado con la seguridad emergente de una interpretación sistemática y armónica. De lo contrario, los jueces no resolverían en función de la ley sino, en cada caso, de acuerdo a lo que estimaran más equitativo, y terminarían convirtiéndose en legisladores. No soy partidario de estructuras rígidas, ni creo que la función de los jueces sea puramente mecánica, pero hay límites que no se pueden trasponer en aras de la armonía del sistema.

Otra salida posible es interpretar que el nuevo Código impone la publicidad registral de los boletos de compraventa, lo que a mi juicio sería lo ideal, ya que evitaría todos estos conflictos. El inc. d) del art. 1170 prevé que el boleto de compraventa tenga "publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria". Pero la idea pierde peso en tanto para dicha norma, la publicidad posesoria es tan buena como la registral, de modo que el poseedor con boleto triunfaría aun cuando no estuviere inscripto su título.

Por último, no podría triunfar el poseedor con boleto si su posesión no fuese ostensible, pública, ya que no cumpliría el fin de obtener publicidad "suficiente".

Como se puede apreciar, las nuevas normas no resuelven todos los problemas y seguirán abiertas algunas polémicas (12).

III. Situación del poseedor con boleto frente al acreedor hipotecario

Si la hipoteca es anterior a la fecha cierta del boleto y a la entrega de la posesión, el acreedor hipotecario prevalece sin ninguna duda, ya que el adquirente con boleto no pudo ignorar, por hipótesis, la existencia de la hipoteca.

Esto es bastante lógico, ya que si el dueño de un inmueble hipotecado lo enajenara, quien lo adquiriera debería soportar la hipoteca publicitada registralmente —arts. 1893, 2196, 2199 y concs.—. Sería absurdo pensar que quien compra un inmueble y sólo tiene a su favor un instrumento privado podría estar en mejor situación que la de quien adquiere con título suficiente y modo.

Si el boleto y la posesión son anteriores a la hipoteca, vigente el Código de Vélez hubo opiniones diversas. Sostuvieron Gatti y Jorge Alterini que el gravamen hipotecario tiene efectos minorados por la posesión del tercero y, en esa medida, estaría subordinado a las ulteriores del negocio respectivo, pudiendo quedar reducido a la agresión del saldo de precio de compra adeudado por el adquirente por boleto (subrogación real). Invocaron también los efectos derivados de la publicidad posesoria [\(13\)](#).

Borda, partiendo de la base de que el poseedor con boleto adquiere sobre el inmueble un derecho real de posesión legítima, concluyó en la preferencia del boleto. De tal forma, consideró que quien otorga un crédito hipotecario no sólo debe cerciorarse de las constancias registrales, sino que es menester mostrar una mayor diligencia y asegurarse también de la realidad fáctica, es decir, de que el inmueble "no esté gravado por una posesión legítima en favor de terceros" [\(14\)](#). Aunque con otro enfoque, coincide en sus efectos con la tesis citada anteriormente.

No compartí estas posiciones. Ya en el punto anterior he explicado los limitados efectos de la llamada publicidad posesoria, y de su equívoca apariencia, pues el acreedor hipotecario puede saber que hay un poseedor, pero difícilmente conocer el boleto, que no cuenta con publicidad de ningún tipo y cuya oponibilidad es relativa. Además, el derecho real de hipoteca no requiere de la posesión, de modo que no es tan importante para el acreedor hipotecario saber que hay un poseedor en el inmueble. Lo que sabe el acreedor hipotecario es que si el dueño que hipoteca el inmueble después lo vende, esto no lo perjudicará ya que cuenta con el ius perseguendi característico de los derechos reales. Si sabe que no corre peligro su derecho, no tiene que hacer mayores indagaciones. Lo que debe verificar el acreedor hipotecario es que quien constituye la hipoteca sea dueño del inmueble, publicidad registral mediante, y mientras lo sea sabe que el derecho real se puede constituir perfectamente.

Pienso que la conclusión expuesta hallaba su confirmación en las leyes especiales 14.005 y 19.724 (ahora derogada). La primera, atinente a la venta de inmuebles fraccionados en lotes, protege al adquirente con boleto frente a terceros acreedores posteriores cuando su contrato estuviese inscripto (arts. 4º, 5º y 6º). Algo similar ocurría en la derogada Ley de Prehorizontalidad, ya que al adquirente cuyo contrato se hubiese inscripto en el registro le son ineficaces las hipotecas posteriores si no las hubiera consentido, salvo que la hipoteca la autorizara el juez (arts. 20, 21 y concs., ley 19.724).

Puede observarse que en dichas leyes especiales, para que el instrumento privado sea oponible a terceros se exige la inscripción registral. En consecuencia, resulta inexplicable que en los supuestos en los que tales leyes no se apliquen y en los que, por ende, la protección del adquirente sea todavía menor, resulte suficiente la publicidad posesoria, cuando aquéllas exigen publicidad registral. De aceptarse la postura contraria, resultaría que la situación más débil tiene mayor oponibilidad. Si bien es deseable que se proteja con más fuerza al adquirente de la posesión con boleto, es necesaria una reforma legislativa.

En el Código actual la situación no es sencilla. Dice el art. 1170 que: "Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad 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 como mínimo 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".

Por lo tanto, si entre aquellos "terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido" se incluye al acreedor hipotecario, debería triunfar el poseedor con boleto que reúna los requisitos exigidos por la norma.

Esto puede ser peligroso y estropear el mercado de las hipotecas, por la inseguridad que genera. El acreedor

hipotecario, no precisa trabar una medida cautelar, es un acreedor con garantía reforzada, titular de un derecho real. Además, como dije, no precisa de la tradición para adquirir el derecho real, de modo que nunca podría competir en este campo. Hay normas que protegen al primero que es puesto en la posesión que aquí no pueden ser aplicadas.

Sin perjuicio de mi opinión, soy conciente de que el asunto no está resuelto en el Código de manera definitiva y que son válidas interpretaciones diferentes que privilegien al adquirente por boleto cuya posesión sea anterior a la del acreedor hipotecario, y que satisfaga los requisitos que exige el art. 1170 del CCyC.

Lamentablemente, el Código no reprodujo la norma que contenía su fuente, el Proyecto de reforma de 1998. En este proyecto se había diseñado la siguiente norma: "art. 1843: ...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, salvo que exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido, no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión".

Quedaba claro que el acreedor hipotecario no se vería afectado por el boleto, dado que su derecho real no se ejerce por la posesión.

IV. El derecho de superficie y la publicidad registral

El derecho de superficie es, en términos simples, el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno. La superficie, con más técnica, es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado. Este derecho otorga a su titular la propiedad superficiaria, así como el derecho de plantar, cultivar, edificar, etc.

En el caso de la superficie, para la publicidad del contrato se requiere la inscripción en el Registro.

En cuanto a la inscripción propiamente dicha la ley 25.509 sobre superficie forestal preveía un procedimiento especial consistente en la apertura de un folio que sería correlacionado con la inscripción dominial antecedente. En principio, la apertura de este subfolio, submatrícula, folio accesorio o anexo no parece necesaria toda vez que el que le corresponda al inmueble podría contener la registración del derecho real de superficie en la columna de gravámenes, restricciones e interdicciones, siempre que la superficie afectada al derecho coincida con la que tiene asignada el inmueble. Pero en tanto esto no ocurra, la apertura del folio real anexo es la solución más adecuada, porque para la registración de este derecho, cuando afecte una superficie distinta de la que resulta del título inscripto, será indispensable contar con la determinación parcelaria que la grafique en un plano previamente aprobado por autoridad competente [\(15\)](#).

En la Ciudad de Buenos Aires, el Registro de la Propiedad Inmueble ha dictado la Disposición Técnico Registral N° 3/15, del 29 de julio de 2015. Luego modificada por la Disposición Técnico Registral N° 16/16, del 12 de agosto de 2016. Establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 1°. Las escrituras públicas por las que se constituya el derecho real de superficie, que se presenten para su inscripción, deberán ser acompañadas de una solicitud en la que se consignen los datos fijados en el artículo 8° del Decreto 2080/80 (T.O. Dec. N°466/99), en la medida que estos resulten de aplicación a la especie, y los que en el artículo 2° de esta Disposición se establecen.

ARTÍCULO 2°. Serán calificadas verificando que de ellas resulten, además de la determinación física y jurídica de los inmuebles y de la identificación de los otorgantes, en los términos de la Ley N° 17.801 y del artículo 305 del Código Civil y Comercial, los siguientes datos:

- a) Extensión y modalidades del derecho superficiario;
- b) Plazo de duración, de conformidad con el artículo 2117 del Código Civil y Comercial;
- c) Si el derecho real de superficie fuere constituido sólo sobre una parte determinada del inmueble, su extensión, medidas y demás especificaciones que resulten necesarias para su íntegra individualización deberán surgir de plano confeccionado por un profesional con título habilitante, que el autorizante debe tener a la vista.

Las medidas, áreas y demás constancias del plano y los datos del profesional que lo confeccionó, deberán constar en el título constitutivo y en la solicitud de inscripción.

Por no ser objeto de cotejo no se deberá adjuntar al plano el documento traído a registración, ni tampoco se exigirá que haya sido registrado o aprobado por el organismo catastral del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

ARTÍCULO 3°. La inscripción del derecho real de superficie se practicará en la matrícula donde conste inscripto el dominio o el condominio, en el rubro referido a sus gravámenes y restricciones y haciendo constar

la constitución del derecho real, el plazo convenido en su título o su condición resolutoria, los datos personales del superficiario, el número y fecha de la Escritura, el nombre del Escribano autorizante y su registro notarial, los certificados utilizados, si el negocio ha sido gratuito u oneroso indicando, en su caso, el precio establecido, y la fecha y número de presentación del documento. Inscripto este último en forma definitiva, sólo se procederá a la apertura de la submatrícula "Superficie" —manteniendo el número de la de origen—, en el supuesto que se ruegue la inscripción de transferencia, constitución de derechos reales de garantía o afectación al régimen de propiedad horizontal sobre el derecho del superficiario, conforme lo permite el artículo 2120 del CCyCN.

ARTÍCULO 4°. En las submatrículas de superficie, que tendrán características similares a los folios reales, se hará constar: a) en el rubro descripción del inmueble, el objeto y la extensión del derecho de superficie y su determinación según el plano respectivo, si fuere parcial; b) en el rubro titularidad del superficiario, sus datos personales, la individualización de la escritura de constitución, el plazo convenido y demás condiciones relativas al negocio causal, replicando los contenidos del asiento de constitución.

ARTÍCULO 5°. La extinción del derecho real de superficie deberá ser rogada expresamente y se inscribirá tanto en la matrícula de origen como en las correspondientes submatrículas.

ARTÍCULO 6°. Las certificaciones (Art. 23 Ley N°17.801) solicitadas para la constitución de un derecho de superficie se anotarán en la matrícula de origen. El pedido de certificación referido a una Superficie determinada se anotará en la correspondiente submatrícula. Las solicitudes de informes (Art. 27 de la Ley N°17.801) por inmuebles sobre los cuales consten inscripciones relativas a derechos reales de superficie, se expedirán conforme su rogatoria.

ARTÍCULO 7°. Si de la escritura de constitución del derecho de superficie resulta la prohibición para el superficiario de afectar su derecho a propiedad horizontal sin el consentimiento del titular de dominio, se hará constar esa circunstancia en el asiento respectivo; el autorizante del documento deberá transcribir la parte pertinente del testimonio en la correspondiente solicitud de inscripción.

ARTÍCULO 8°. La Dirección de Inscripciones Reales y Publicidad aprobará los modelos y los textos de los asientos necesarios para practicar las registraciones sobre la base de lo dispuesto en la presente Disposición".

Como se puede apreciar, se prevén numerosos aspectos que durante la vigencia de este derecho real pueden tener proyección registral.

Cabe destacar que el art. 2, inc. c, en tanto exige un plano confeccionado por un profesional con título habilitante (agrimensor) cuando el derecho de superficie afecte una parte del inmueble y no su totalidad, no requiere que dicho plano se encuentre registrado en la Dirección de Catastro.

El criterio adoptado se debe a las demoras que tal registración ocasionaría, máxime cuando el derecho real de superficie será suficientemente anoticiado en el RPI y la parte determinada del inmueble suficientemente identificada, ya que la nueva DTR requiere su descripción en la escritura, transcribiendo allí las medidas, áreas y demás constancias que la individualizan, conforme a plano, el cual también debe ser referido en el título.

También cabe señalar que no se procederá a la apertura de la submatrícula "superficie" (manteniendo el mismo número de la de origen) hasta tanto no se ruegue la inscripción de transferencia, constitución de derechos reales de garantía o afectación al régimen de propiedad horizontal sobre el derecho de superficie, conforme lo permite el artículo 2120 del CCCN.

Asimismo, si bien el superficiario goza de la facultad de constituir determinados derechos reales, (v.gr.: hipoteca, usufructo), el dueño del suelo puede prohibirle la afectación de la construcción al régimen de propiedad horizontal (art. 2120, segundo párrafo). De existir esta restricción, el Registro deberá tomar nota de ella en el asiento.

V. Propiedad horizontal

El Registro de la Propiedad inmueble, mediante la Disposición Técnico Registral 2/2016, adecua procedimientos registrales vinculados al régimen de propiedad horizontal, sobre la base de las modificaciones introducidas por los artículos 2037 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.

En tal sentido, la registración de los reglamentos de propiedad horizontal (art. 2038 CCCN) requiere la presentación del plano de mensura y división horizontal registrado en el organismo catastral de la Ciudad de Buenos Aires; y la solicitud de inscripción debe referir los datos requeridos por los artículos 8 y 11 del Decreto PEN 2080/1980 (t. o. Decreto PEN 466/1999) y, asimismo: a) la determinación del terreno, b) la determinación y descripción de las unidades funcionales y complementarias, y c) el nombre de la persona jurídica consorcio (arts. 148 y 2044 CCCN). Estos elementos serán consignados en los asientos registrales respectivos. Asimismo, en la escritura de modificación del reglamento de propiedad horizontal, debe constar que se han cumplido las

mayorías y demás requisitos exigidos para ello por la normativa de fondo y por el reglamento de propiedad horizontal, en su caso, según la naturaleza de lo que se haya modificado.

Es importante el art. 4º, según el cual "A los efectos del artículo 2045 del CCyC, se admitirá que la enajenación de la unidad funcional no comprenda la o las unidades complementarias que le acceden cuando estas se transmitan en forma previa o simultánea a favor del titular o titulares de otra unidad funcional del mismo edificio. Igual criterio se seguirá en el supuesto de previa o simultánea vinculación de la o las unidades complementarias con una unidad funcional cuyo dominio pertenezca al disponente."

VI. Tiempo compartido

El Código no obliga, pero permite que los sistemas de tiempo compartido se sometan al régimen de los derechos reales. En efecto, dispone el art. 2088 del CCyC, que "Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos..."

Debe inscribirse en el Registro de la Propiedad la escritura de afectación al destino de Tiempo Compartido (art. 2092 CCyCN) y como consecuencia de esa inscripción se generan los efectos típicos de los derechos reales, en este caso, de intangibilidad del destino y oponibilidad de los derechos de los usuarios frente a terceros y acreedores del propietario o del emprendedor (16). Se genera la consiguiente publicidad acerca de estos dos aspectos, pero sólo respecto del inmueble afectado y no de los derechos de cada uno de los adquirentes. El instrumento de afectación también debe ser inscripto en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial, según lo determina el art. 2092. Aún no ha sido dictada esta ley especial.

Ahora bien, en el supuesto de que el empresario decida afectar el inmueble a este régimen de orden público, nada dice el Código sobre las normas aplicables, ya que su art. 2101, bajo el título "Derecho real del adquirente de tiempo compartido", dice que "Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales."

Es una norma preocupante, pues deja a criterio del intérprete decidir cuáles son las normas de derechos reales que resultan aplicables a este derecho real (17). Sin duda, si se trata de un inmueble, cabe inferir que el derecho real se adquiere con título suficiente y tradición, y que dicho acto jurídico —formalizado en escritura pública— deberá ser inscripto en el Registro para que sea oponible a terceros interesados de buena fe (arts. 1892 y 1893, principalmente).

Este derecho consiste en un pacto de usos y goces sucesivos y alternados entre varias personas en relación a un objeto común, creándose entre ellos una situación comunitaria que es preciso regular. Debe ser reputado inmediato ese uso y goce, derivado de la relación tan estrecha y directa que el titular de un derecho real tiene con su objeto.

Puede ser afectado un inmueble con muchas unidades, y cada una de estas ser transferidas por un tiempo (v.gr.: una semana) a numerosos adquirentes. Pues bien, todo esto deberá tener reflejo registral, pues se trata de aplicar las normas sobre derechos reales, como manda el art. 2101. Sin duda, será engorroso, pero es lo que debe hacerse. Además, de este modo se protege a los adquirentes y a los terceros, al tener más seguridad el sistema.

Para algunos autores los derechos de los adquirentes no se inscriben en el Registro, sino únicamente en el Registro de usuarios previsto en el art. 2094. Inc. b, CC y C (18). Pero esta tesis implica dejar librada la publicidad de derechos reales sobre inmuebles a un instrumento privado, sin posibilidad de ser conocido por terceros, y sin brindar seguridad.

El registro que debe llevar el emprendedor de acuerdo al art. 2094 inc. b) es un Registro de Titulares en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad. La registración señalada, tal como el caso del registro de titulares de derecho de sepultura, no alcanza para la publicidad registral a que hace referencia el art. 1893, por lo que la publicidad limitada a esta actividad privada e interna será meramente posesoria.

VII. Cementerios privados

Se trata de un nuevo derecho real que confiere a los adquirentes de un espacio determinado en un cementerio privado, el derecho real de sepultura (art. 2112).

Su regulación ha sido, al menos, pobre y confusa, por lo que surgen problemas similares a los expuestos con relación al tiempo compartido. Según el art. 2104, "El titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el

Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la municipalidad local el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía".

En el inc. a) del art. 2105, relativo al reglamento de administración y uso de los cementerios privados, requisito necesario para alcanzar la registración inmobiliaria definitiva del testimonio o copia de la escritura de afectación que se debe otorgar (art. 2104), se establece que éste debe contener: "la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes".

En cuanto a los adquirentes, establece el art. 2112 que "Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales". Al ser así, y aplicando las normas de la Parte General de los derechos reales, para adquirir este derecho en forma derivada, por actos entre vivos, deben concurrir el título y el modo, y el título debería ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble [\(19\)](#).

Obviamente, esto generará inconvenientes prácticos, pero no veo otra forma de interpretar las normas en juego. Será necesaria, con carácter previo, la determinación de las parcelas sobre las que se constituirá el derecho real de sepultura, dependiente de la aprobación de un plano de mensura y subdivisión para afectar todo el inmueble a cementerio privado.

El registro de titulares de los derechos de sepultura no alcanza para hacer oponibles a terceros interesados de buena fe tales derechos (art. 1893). Sin una técnica registral adecuada, proveniente de planos de mensura y subdivisión que determinen parcelas a que hacen referencia los arts. 2107 inc. a) y c), 2110, y de títulos que lo habiliten, la publicidad será posesoria [\(20\)](#).

VIII. Otras novedades

A) Condominio

Como es sabido, por regla, los condóminos pueden pedir la partición en cualquier momento, salvo en los casos de indivisión forzosa. El Código, como también lo hacía el Código de Vélez, le permite a los condóminos pactar por un tiempo la indivisión de la cosa, hasta el plazo de 10 años (art. 2000). Si se pacta, pueden anticiparse al plazo previsto y solicitar el cese de la suspensión.

En lo aquí interesa, dispone el art. 2003 la publicidad de la indivisión o su cese: "Las cláusulas de indivisión o el cese anticipado de la indivisión sólo producen efecto respecto de terceros cuando se inscriban en el respectivo registro de la propiedad".

B) Dominio fiduciario

Como es sabido, el dueño fiduciario de una cosa puede disponer jurídicamente de ella, cuando lo requieran los fines del fideicomiso (art. 1688). Si bien las cláusulas de no enajenar están prohibidas, hay una excepción en el ámbito del fideicomiso, donde es admisible que el fiduciante establezca una cláusula en el contrato, o en el testamento, que le prohíba realizar actos de disposición (art. 1703).

Otra restricción posible es que se determine que el fiduciario, para realizar actos de disposición, requiera el previo consentimiento del fiduciante, del fideicomisario, del beneficiario, o bien de todos o de algunos de los mencionados (ver art. 1688).

Ya sea que se le prohíba disponer, o que para hacerlo sea menester el consentimiento de otro u otros de los involucrados, dispone el Código que estas cláusulas "deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario" (art. 1688, segundo párrafo).

En verdad, si se trata de inmuebles, aun cuando dichas cláusulas no tengan acceso al Registro, es difícil que un tercero pueda alegar buena fe, esto es, su desconocimiento. Ello porque normalmente estarán en el contrato de fideicomiso, que el interesado debería consultar, si actúa con diligencia. Si obra con negligencia, no hay buena fe.

Integra la función calificadora del registro inmobiliario la necesidad de la conformidad del fiduciante, beneficiario o fideicomisario para los actos de disposición o gravamen por parte del fiduciario, si la misma surge de las constancias registrales. Al contrario, no integra la función calificadora del registro inmobiliario el examen de la eventual vulneración de los fines del fideicomiso

Acerca del caso de múltiples fiduciarios, tienen vocación registral los pactos que modifican la actuación conjunta de todos respecto de los actos de disposición (art. 1688), en razón de que las limitaciones a las facultades dispositivas tienen vocación registral [\(21\)](#).

Otro aspecto con proyección registral es la sustitución del fiduciario por otro, cuando se produce algunas de

las causales previstas (v.gr.: muerte o quiebra del fiduciario, etc.). La adquisición de los bienes por el nuevo fiduciario debe ser inscripta en el registro respectivo.

Dispone el art. 1679, último párrafo, que "Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario". Es interesante señalar que además del documento notarial, se admite el instrumento judicial o el privado autenticado, cuando por regla (hay excepciones) sólo ingresan al Registro de la Propiedad Inmueble actos formalizados en escritura pública (ver ley 17.801).

También debe ser inscripto en el Registro el plazo o la condición, y de existir la cláusula de revocación (art. 91, Decreto 2080/80). Asimismo, la incorporación de otros bienes al patrimonio separado (art. 1684).

Por último, al extinguirse el dominio fiduciario y retornar la cosa a quien se indique en el contrato, también deberán anotarse ello en el Registro de la Propiedad cuando se trate de cosas registrables (art. 1698).

Además del Registro de la Propiedad, ya sea para inmuebles o muebles registrables, el art 1669 determina el deber de inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro Público que corresponda. Esta norma genera perplejidad. La creación de dicho Registro especial y su competencia deberá ser definida por ley.

C) Dominio revocable

En la regulación del dominio revocable, el Código admite que se puedan pactar plazos o condiciones resolutorias que afecten al dominio del dueño sujeto a resolución. En el caso de ña condición resolutoria, como no es posible saber si el hecho acaecerá, o no, el Código fija un límite de duración de 10 años. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. Si se cumple la condición, el dominio se resuelve y debe retornar al anterior propietario (art. 1965).

Tal como sucede con el dominio fiduciario, la readquisición debe ser inscripta en el Registro correspondiente para que sea oponible a terceros, si se trata de un inmueble (art. 1968).

Si bien dispone el Código que al cumplirse el plazo o la condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto (art. 1968), en mi opinión, la corrección registral no debe ser automática sino rogada, pues en el dominio revocable hay variantes, y no siempre la condición resolutoria (especialmente la tácita o legal) está subordinada a terminar al cabo de diez años (v.gr.: caso del pacto comisorio). O bien, en algunas modalidades de compraventa, puede durar menos (ver art. 1167).

El propio art. 1968 dice que "se requiere inscribir la readquisición", y ello depende de la actividad de los interesados.

D) Derechos reales de garantía

El plazo de duración de la inscripción ha sido ampliado a 35 años (art. 2210, texto según Ley 27.271). No hay que confundir este plazo con el de duración de la hipoteca, que puede ser mayor o menor. La norma referida se refiere a la caducidad de la inscripción registral, lo que impone que el interesado la renueve con antelación para no perder su prioridad.

Para la anticresis, los efectos del registro se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva (art. 2218). Aquí se observa otro cambio respecto al Código de Vélez, que sólo admitía la anticresis para inmuebles.

E) Juicio de usucapión

Mientras una persona posee un inmueble para al cabo de 20 años adquirirlo por prescripción, es factible que terceros contraten con el actual dueño, ignorando la situación. Para evitar inconvenientes, con buen tino dispone el art. 1905, tercer párrafo, que "la resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión".

La norma es categórica en tanto dice que el juez "debe ordenar, de oficio" dicha medida cautelar. Pienso que el juez debe evaluar la verosimilitud del derecho, como ocurre con todas las medidas cautelares.

Otra novedad es que según el art. 1905, "la sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva... debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo". Dicha fecha, que deberá surgir del fallo, tendrá reflejo registral.

F) Afectación de la vivienda

La afectación de la vivienda a este régimen de protección puede ser solicitada por el titular o cotitular del inmueble, se trate de dominio o de propiedad horizontal, y también por el usufructuario [\(22\)](#), aunque este último

no es mencionado por las regulaciones administrativas de distintos registros del país.

Los legitimados pueden presentarse directamente en el Registro, sin necesidad de formalidades especiales, o bien manifestar su voluntad previamente en una escritura pública. Dice el párrafo tercero del art. 244 que "la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario".

No es obligatoria la instrumentación por escritura pública para afectar un inmueble al régimen de protección de la vivienda, salvo el supuesto de constitución por donación (art. 1552, Cod. Civil y Comercial).

Si el legitimado acude directamente al Registro y solicita la afectación, esta surtirá efectos desde el día de la presentación. Si la constitución se realiza mediante escritura pública, juegan entonces la retroprioridad y la prioridad indirecta consagradas por la ley 17.801. Los efectos surgirán, entonces, desde la expedición del certificado, si luego se cumplen los pasos siguientes dentro de los plazos correspondientes (23).

Esta solución se condice con las conclusiones a las que se arribó en las XX Jornadas de Derecho Civil, donde al enunciarse aquellas relativas a la registración del bien de familia y sus efectos, se dijo que "La registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (...). Se aplica, según los casos, el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados. En el supuesto de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de la rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo" (24).

El trámite es gratuito, tanto en lo que concierne al pago de tasas y sellados, como al asesoramiento que deben prestar los representantes de la autoridad administrativa (arts. 252 y 253). De todos modos, los interesados, si lo desean, pueden hacer intervenir a profesionales, en cuyo caso sus honorarios —en conjunto— no podrán exceder del 1% de la valuación fiscal del inmueble (art. 254).

En los supuestos en los que la afectación sea dispuesta judicialmente, se librára un oficio judicial al Registro para que se concrete la inscripción y sea oponible a terceros.

El Código incorpora una novedad, reclamada por la doctrina y la jurisprudencia vigente la anterior ley 14.394.

Antes de la sanción del Código actual, se advirtió que si el inmueble sufriera un incendio, o fuera objeto de una expropiación, la suma de dinero que ingresara en el patrimonio del constituyente en concepto de indemnización no gozaría del privilegio de la inembargabilidad, al no haber previsto la ley la subrogación real que hubiera permitido la continuidad de la protección de la familia durante el tiempo transcurrido entre la realización del inmueble afectado y su sustitución por otro (25).

Sin embargo, una nueva corriente jurisprudencial y doctrinal reaccionó contra este criterio y permitió que, en casos de ejecución forzada, una vez pagados los acreedores a los que la constitución del bien de familia les era inoponible, la suma remanente no pudiera ser agredida por otros acreedores, y hasta que se utilizara en la compra de otra vivienda familiar (26).

El Código actual ha recogido estas inquietudes y consagra la subrogación real. Dispone el art. 248: "La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio". Es que, de no ser así, el constituyente estaba impedido de mudarse.

Por lo tanto, si el propietario decide vender el inmueble afectado para luego adquirir otro, no corre el riesgo de que, entre una operación y otra, el precio que obtenga pueda ser embargado. Tampoco habría consecuencias negativas en el hecho de que el nuevo inmueble sea afectado en una fecha posterior, pues se mantienen los efectos del primero. La afectación, como dice el Código, "se transmite", ya sea a la nueva vivienda o a las sumas de dinero.

La doctrina discute acerca de si es necesario que el propietario, al enajenar la unidad afectada para luego adquirir otra, formule reserva de hacerlo en el título, y que ello sea inscripto en el Registro. La solución es diversa según el Registro de que se trate.

En la Capital Federal el Registro ha interpretado, con criterio que comparto, que si bien el nuevo régimen posibilita que la afectación se trasmita a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada por subrogación real, no resulta del mismo que deba hacerse reserva alguna en oportunidad de la desafectación.

(1) La palabra "título" responde al concepto de "causa", es decir, al acto jurídico que sirve de causa a la tradición: venta, donación, permuta, aporte en sociedad, pago por entrega de bienes, fideicomiso, etcétera. Se trata de un contrato que resulta idóneo para transmitir el derecho real sobre la cosa. Si se pretende constituir otro derecho real, distinto del dominio, también se requiere título suficiente, esto es, un acto jurídico que reúna las condiciones de forma y de fondo, y que sea apto para transmitir el derecho real en cuestión (v. gr., contrato de

usufructo).

(2) Claro que el contrato celebrado entre dos partes debe ser también respetado por terceros, quienes deben abstenerse de interferir u obstaculizar su ejecución. Integra el derecho de propiedad de las partes y se encuentra comprendido en la garantía constitucional. Por otro lado, son numerosos los supuestos de contratos en los que algunos terceros, cuyas voluntades no concurren a la celebración, pueden verse alcanzados por los efectos, por disposición legal, que es a lo que se refiere el último tramo del artículo 1021. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso de los beneficiarios de un seguro de vida; o en el de los fideicomisarios en un contrato de fideicomiso (art. 1672 CCyC).

(3) Debo admitir que algo distinto dice el art. 756, inc. d.

(4) MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de derechos reales, t. I, p. 134, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1993; Gatti, Edmundo — ALTERINI, Jorge, Prehorizontalidad y boleto de compraventa, F.E.D.Y.E., La Ley, Buenos Aires, 1973, ps. 53 a 55; BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil. Contratos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 316.

(5) Un desarrollo sobre este tema puede verse en KIPER, Claudio, Acción reivindicatoria: legitimación activa y prueba, JA, 1983-IV-328.

(6) Conclusiones de las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", La Plata, 1981.

(7) Kemelmajer de Carlucci, su voto en SC Mendoza, 6/12/91, "Ongaro de Minni y otros", citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Protección jurídica de la vivienda familiar, p. 561 y siguientes; ALTERINI, Jorge, La tutela del adquirente por boleto de compraventa fuera del ámbito específico del artículo 1185 bis del Código Civil, ED, 153-635.

(8) GARCÍA CONI, Raúl, Oponibilidad inscriptiva de los boletos de compraventa, en "Revista del Notariado", 820-212.

(9) Conf. MARTÍNEZ, Hernán, Procesos con sujetos múltiples, La Rocca, Buenos Aires, 1987, t. II, p. 280 y siguientes.

(10) BONO, Gustavo, El adquirente por boleto de compraventa y los acreedores del vendedor, LA LEY, 1995-E, 743.

(11) La Provincia de Jujuy habilita la anotación. También, entre otras, la Provincia de Buenos Aires (Orden de servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble).

(12) PADILLA, Rodrigo, Sobre la regulación del boleto de compraventa inmobiliaria en el nuevo Código Civil y Comercial y los eternos problemas que aún seguirá generando, DJ 28/10/2015, 1.

(13) GATTI - ALTERINI, Prehorizontalidad y boleto de compraventa, ps. 57 y 58. También LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los Contratos, Rubinzal-Culzoni, 1999, Santa Fe, t. 1, p. 345 y ss.; PALACIO DE CAEIRO, Silvia, Boleto de compraventa y publicidad posesoria en el Código Civil y Comercial, LA LEY 2016-A, 912.

(14) BORDA, G., Tratado de derecho civil. Contratos, t. I, ps. 317 y 318.

(15) La apertura de una submatrícula había sido propiciada en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes 1985); ver, además, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída PUERTA DE CHACÓN, Alicia, Derecho real de superficie, p. 34, quienes dicen: "Creemos necesario un análisis más detallado: como en nuestro criterio pueden coexistir el derecho de edificar y la propiedad superficiaria —ésta admite gravámenes reales y ambos son transmisibles— nos parece suficiente reflejar en un único folio todas las mutaciones reales accesibles. También parece extremadamente dificultoso que en un solo folio se anoten diversos derechos de superficie. De ahí propiciamos un sistema semejante al de la propiedad horizontal; es decir, un folio con diversas submatrículas, lo que no altera la naturaleza del folio real, y facilita y clarifica la situación del inmueble. Esta es la solución que propiciaron las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Corrientes en 1985, cuya conclusión N° 14 dispone: "Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio separado, pero correlacionado con la inscripción dominial". O sea que primero se inscribe en la matrícula del predio sobre el que se concede En la matrícula del predio en calidad de gravamen y luego éste se relaciona con una submatrícula en la que consta la propiedad superficiaria y sus vicisitudes. En la matrícula del propietario se harán constar los embargos y afectaciones correspondientes y en la matrícula del superficiario los embargos y medidas jurisdiccionales, hipoteca etc. correspondiente al mismo. Ver también: Díaz Reyna, Derecho real de superficie forestal (comentario con motivo de un proyecto de ley), La Ley, 1993-B, 916. En el Derecho Español las posiciones son contradictorias. Unos opinan que puede ser objeto de una matrícula autónoma y otros optan por la negativa porque no tienen disposición legal al respecto. En el derecho Inmobiliario alemán y en el suizo le abren una

matrícula independiente.

(16) El Registro reglamentó esta inscripción (antes de regir el actual Código) mediante la Disposición Técnico Registral N°4/2014, del 22 de octubre de 2014,

(17) Esta norma ha sufrido diversas críticas. Ver: ALTERINI, Jorge, Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código, LA LEY, 2012-E, 898; MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana, Tiempo compartido en el Código Civil y Comercial. Más dudas que certezas, RCCyC 2016 (julio), 12; DE HOZ, Marcelo, Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 1041-1042; TRANCHINI, Marcela, Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?, JA, Número Especial, "Estudios de Derechos Reales", 2012-IV 71.

(18) SILVESTRE, Norma —LUBINIECKI, Raquel, El tiempo compartido. Breves reflexiones sobre el tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial, www.nuevocodigocivil.com.

(19) En contra: CAUSSE, Jorge, Conjuntos inmobiliarios: derecho real de cementerio privado. ¿Sinécdoque en los textos de sus normas?, RCCyC 2016 (julio), 25.

(20) FRANCHINI, María Florencia, Los derechos reales de garantía en el ámbito de conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados, RCCyC 2016 (julio), 58.

(21) Conf. XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral, 2015.

(22) Conf. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), conclusión de la Comisión N° 5.

(23) FAZIO DE BELLO, Marta - MARTÍNEZ, Nory, Protección de la vivienda en el Proyecto de Código, LA LEY 2013-A, 658. "Apareciendo inscripto el bien de familia en la misma fecha que la del libramiento del primero de los títulos en ejecución, sin que conste cuál acto tuvo lugar primero, corresponde dar prioridad a la medida autorizada por el art. 35 de la ley 14.394 y levantar el embargo trabado, por tratarse ésta de una inscripción registral integrante de un sistema en el que se consagran efectos retroactivos (art. 5, Ley 17.801), a la que al menos cabe asignar vigencia desde la hora cero del día de su fecha, por extensiva aplicación del art. 24 de la ley inmobiliaria citada" (CNCom. Sala A, 24/5/1985, LL, 1985-D-470).

(24) En la Ciudad de Buenos Aires, el Registro de la Propiedad Inmueble dictó la Disposición Técnico Registral N° 4/2016 del 31/03/2016. Establece lo siguiente:ARTÍCULO 1° — La afectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el CCyC, conforme lo previsto en su artículo 244, 2° párrafo, se hará mediante petición ante este Registro o por escritura pública. En este último supuesto, si se solicitara la certificación a la que hace referencia el art. 23 de la ley 17.801, la misma se expedirá con los efectos a que hacen referencia los artículos 22, 24, 25, 26 y ctes. En los casos en los que no se solicitare certificación, se estará a la prioridad directa conforme lo dispuesto por el art. 40 de la citada normativa.ARTÍCULO 2° — En la calificación de los documentos de afectación al régimen de protección de la vivienda, sean estos originados por petición administrativa o por escritura pública, deberán verificarse los siguientes requisitos:a) Que hayan sido otorgados por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta;b) Que cuando el afectante establezca beneficiarios, acredite el vínculo correspondiente. En el caso del conviviente bastará que resulte del documento la manifestación del constituyente de que se trata de una unión convivencial conforme los artículos 509 y 510 del CCyC;c) Manifestación de:-Cumplimiento del artículo 247 del CCyC (habitación efectiva de la vivienda);-Convivencia en el supuesto del artículo 246 inc. b) del CCyC;-No tener en trámite de inscripción otra solicitud similar ni resultar ser propietario único de dos o más inmuebles afectados a este Régimen o al que establecía la Ley 14.394.ARTÍCULO 3° — Podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, pero si se lo afectare solo por una parte de él (art. 244 del CCyC), se expresará tal circunstancia en el documento debiéndose consignar en el formulario de inscripción, a los efectos de su anotación, la porción en términos fraccionarios que respecto del total representa dicha parte del valor.ARTÍCULO 4° — En el supuesto previsto en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria. No será necesaria ni materia de inscripción, la "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente.ARTÍCULO 5° — Cuando el inmueble estuviere en condominio debe ser afectado por la totalidad de los cotitulares, sin necesidad que exista entre ellos parentesco alguno. En caso que exista usufructo, el inmueble debe ser afectado por el nudo propietario y el usufructuario conjuntamente; igual criterio se aplicará al uso y habitación.ARTÍCULO 6° — Cuando se solicitara la desafectación por el constituyente que se encuentra casado o vive en unión convivencial inscripta, será menester el asentimiento que prevé el art. 255 inc. a), con independencia del estado civil que aquel haya tenido al momento de la afectación".En cambio, en Jujuy dispone la reglamentación que "En el supuesto previsto en el art. 248 del CCyC, del documento de afectación

por subrogación deberá surgir los datos de la constitución originaria. Cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas, deberá hacerse expresa reserva de subrogar el beneficio en el documento de la desafectación correspondiente" (DTR 1/2016). Algo similar sucede en la Pvcia de Buenos Aires (DTR 10/2016).

(25) CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara, Bien de familia, en Méndez Costa, Josefa - D'Antonio, Daniel, Derecho de familia', Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1982, p. 482; BORDA, Guillermo, La sustitución de un bien de familia (necesidad de una reforma legislativa), La Ley, 1992-E-487.

(26) CCiv y Com San Isidro, Sala I, 3/2/97, LLBA, 1997-527, con nota de Borda, Guillermo, Un gran avance; Bonanni, Mariano, Subrogación real del bien de familia, LA LEY, 2001-B-1154; DI LELLA, Pedro, Bien de familia y quiebra, LA LEY, 2003-D-713; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Bs As, Hammurabi, 1995, p. 139 y ss.; GUASTAVINO, Elías, Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva, JA, 1997-III-84. Por otra parte, cabe destacar que la ley uruguaya admite expresamente la subrogación real y también lo propició el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 238).