

La inscripción registral como modo de adquirir derechos reales sobre inmuebles. Una aproximación respecto de sus implicancias desde el respeto por el derecho a la vivienda adecuada¹.

Mariel Acosta Magdalena

“El muro: En un sentido figurado podemos ver al “Codificador” como un señor principalmente preocupado por darle luminosidad a la casa, esto es, claridad al sistema de propiedad, y que para ello, provisto de una brocha gruesa, dio una mano de pintura uniforme, sobre un muro en el que existía un viejo mosaico romano de variadas figuras y colores... En nuestro caso, además, la situación resulta más complicada, pues todas esas figuras y pinturas que en Europa se sostienen sobre piedras milenarias, aquí en cambio se apoyan sobre un muro de ladrillos y adobe hecho de una tierra de diferentes componente y diferente solidez. Las practicas y costumbres de nuestra gente no son siempre iguales a las de aquellos modelos europeos”
YGLESIAS, Arturo “Derecho de las cosas. T II V 1, 2| edición, 2008, fondo de cultura Universitaria, Montevideo.

i) Introducción

¹ Agradezco la colaboración de Paula Barberi, Sebastián Tedeschi y Romina Tuliano, en el aporte cotidiano, que me llevó a esta escritura.

Implícitamente suele existir una cierta distancia entre los estudios y análisis del sistema de derechos reales y sus implicancias para el reconocimiento de los derechos fundamentales. En general, salvo algunas gratas excepciones, en la doctrina de derechos reales nada se dice respecto a la existencia e incorporación de los instrumentos de derechos humanos a nuestro orden constitucional y de las relaciones que pueden existir entre estos ordenamientos.

Sin embargo, los efectos que puede tener la regulación del nacimiento, existencia y pérdida de los derechos reales, especialmente del dominio sobre inmuebles, son muchos y en ciertas situaciones pueden propiciar la vulneración de los derechos humanos.

De esta manera, en el presente, me propongo presentar algunos aspectos de los derechos reales, especialmente el que dispone como se adquiere el derecho real inmobiliario, para luego reflexionar cómo la modificación que se propone el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, afecta especialmente la satisfacción del derecho a la vivienda adecuada, en cuanto propone que la inscripción registral resulte ser el modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables. Así, veremos algunos ejemplos de cómo los derechos reales se encuentran íntimamente relacionados con la equidad en la distribución de la riqueza y la satisfacción de los derechos humanos.

ii) La regulación de los derechos reales, su importancia en el orden público y en la vida institucional

Empezaré por hacer una breve aproximación al concepto de derechos reales y a la importancia que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico a fin de que luego dicha conceptualización nos permita poder entrar en la reflexión propuesta.

En el código, se encuentran definidos por Vélez tanto en la nota del art. 497 del Código Civil (CC) como en la del Título IV “De los derechos reales”, y en ambas oportunidades se los define comparándolos con los derechos personales.

En la primer nota, Vélez cita al jurista francés Marcadé, el que dice “cuando me habéis vendido vuestra casa, estais obligado, a no molestarme en el goce del inmueble, pero esto no es una obligación de no hacer, pues no os priváis de ningún derecho. Esta necesidad nada tiene que os sea personal: ella es común a todos; es para vos, como para los otros, la consecuencia y correlación de mi derecho real existe *erga omnes*. Esta necesidad general y común a todos, que corresponde a un derecho real, forma un deber que cada uno está, sin duda, en el caso de respetar, como una obligación personal, mas no constituye una obligación. A su vez, en la segunda, Vélez amplía la anterior definición a través de los aportes de otro jurista francés, Demolombe. Este dice que, “derecho real, es el aquel que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto.”

A través de dichas citas, se deduce que el derecho real es aquel poder que se le da a una persona respecto de una cosa, sin que sea necesaria la concurrencia de ningún otro elemento. Dicho poder hace que pueda obtener de la cosa las utilidades que quiera, sin interferencia de injerencias extrañas, es decir que, implica un deber de respeto de toda la comunidad, que en latín sería *erga omnes*.

A ello se suma lo que establece el art. 2502 del C.C.², el que también siguiendo a Demolombe, le fija a los derechos reales, otra importante característica distintiva, *sólo pueden ser creados por ley*. Este carácter de los derechos reales traduce el carácter de orden público que tiene el régimen de los derechos reales, dado que, el poder sobre las cosas está solamente reglado por la ley, la que detalla, enumerando taxativamente su cantidad en el art. 2503 del C.C.³.

En este sentido, como dice Salvat, la materia de la posesión y los derechos reales, tiene una importancia institucional y económica, ya que “desde el punto de vista institucional, *los derechos reales constituyen una de las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales*. Ellos comprenden la propiedad, la hipoteca y la prenda, las cuales son el objeto de miles de transacciones de una constante aplicación en la vida jurídica de los pueblos. La misma organización política de un país, puede encontrarse estrechamente vinculada a la organización del régimen de los derechos reales, como lo demuestra claramente la época feudal, durante la cual, los señores, como consecuencia de las tierras, estaban también investidos de una serie de derechos y *poderes que en realidad constituían el ejercicio de la soberanía*. Desde el punto de vista económico, *la propiedad esta íntimamente vinculada a la riqueza individual y, por consiguiente, a la riqueza colectiva del país*.⁴”(lo destacado me pertenece).

Salvat, a su vez, cita a Lefeille quien también reafirma la importancia que el régimen de derechos reales ha revestido siempre para el Estado, y así dice que “por ello cada Nación se ha reservado celosamente reglamentar los derechos reales, sobre todo en materia de inmuebles (art. 10, Cod. Civ. Argentino) y en menor medida para los objetos mobiliarios (art. 11) negando eficacia a la ley extranjera siempre que lesione dichos principios⁵”.

² Art. 2.502. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

³ Art. 2.503. Son derechos reales: 1° El dominio y el condominio; 2° El usufructo; 3° El uso y la habitación; 4° Las servidumbres activas; 5° El derecho de hipoteca; 6° La prenda; 7° La anticresis; 8° La Superficie Forestal.

⁴ SALVAT, Raymundo M. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 2.

⁵ SALVAT, Idem cit. ant. P. 2.

En base a los puntos y caracteres señalados, podemos afirmar que la regulación de los derechos reales, y en especial la regulación de la propiedad o el dominio sobre inmuebles⁶, resulta fundamental, en cuanto fija -en pocas palabras- cómo se regulará gran parte de la distribución de la riqueza de un país (los inmuebles y la tierra más propiamente dicho), lo que a su vez, resulta ser un indicador de la satisfacción de los derechos fundamentales, en base a la equidad y a la igualdad de oportunidades con que se realice dicha distribución.

iii) Los modos de adquirir el dominio sobre bienes inmuebles en el sistema actual: el papel fundamental de la tradición

Dice Mariani de Vidal que “el régimen argentino actual de adquisición de derechos reales inmobiliarios entre vivos -que recoge los principios del derecho continental latino, tan arraigado en nuestras tradiciones- descansa sobre dos pilares: el título suficiente (antecedente causal de la transmisión) y el modo suficiente, que es la tradición (entrega material de la cosa). A los fines de cumplir con esta última el inmueble debe estar libre de toda otra posesión y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome (posesión vacua)⁷”. Esto último se desprende del art. 2383 del C.C.⁸

Así, la tradición resulta ser la formalidad jurídica específica (modo suficiente) que consiste en la entrega de una cosa, o su puesta a disposición de otro, con intención de renunciar a ella y de someterla a su “propio señorío”. Además, para los inmuebles es necesario que se encuentre libre de toda posesión.

La tradición se encuentra así, referida a la posesión, al poder de hecho que se tiene sobre la cosa, y tal es su trascendencia que el art. 577 del CC establece que “antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”. Así, para poder determinar si el derecho real de dominio sobre inmuebles, efectivamente se ha constituido o no, resulta necesario mirar el mundo de los hechos para poder comprobar que la posesión, sin contradicción, se haya realizado.

⁶ Utilizamos el concepto de dominio o propiedad de manera indistinta, a fin de no complejizar un tema que no resulta ser propósito en este artículo. Seguimos, así a ciertos autores que entienden que, en el código, Vélez los ha utilizado en el mismo sentido (ver SALVAT, Raymundo M. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1962, Tomo II, pág. 23) , más allá de que la CSJN le dio un sentido al vocablo propiedad que tiene una mayor extensión que el termino dominio el cual solo reserva para el derecho real así denominado (ver “Bourdie c/ Municipalidad de Capital s/ devolución de impuestos, 16/12/1925, Fallo 145-307).

⁷ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos reales inmobiliarios: ¿Inscripción constitutiva?” publicado en LA LEY 22/02/2012, 22/02/2012, 1 - LA LEY2012-A, 1037.

⁸ El art. 2383 del C.C. establece que “para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté *libre de toda otra posesión, y sin contradictor* que se oponga a que el adquirente la tome”.

De esta manera, observamos que la exigencia de la tradición ha sido, para Vélez, un recaudo fundamental para la constitución del derecho real, requisito que se ha mantenido a pesar de las reformas⁹. A fin de sostener dicho recaudo, Vélez cita en la nota del art. 577, de manera textual a Freitas quien desarrolla, para él, la razón filosófica del principio de la tradición: "Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, *por un sentimiento espontaneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general*, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos *signos deben ser tan visibles* y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron" (lo destacado me pertenece).

De ello, concluimos entonces que la tradición tiene, por las razones filosóficas de concepción de justicia que hemos señalado, en nuestro sistema una función constitutiva del derecho real. Además, *la relación posesoria constituye el contenido útil del derecho real y el fin buscado por el adquirente*¹⁰. Así se advierte que, los actos de ocupación de un inmueble son calificados por el Código Civil como actos posesorios (art. 2384), vale decir que la posesión es presumida cuando nos enfrentamos a una ocupación; que al poseedor se lo presume legítimo (arts. 2363 y 2790) y de buena fe (arts. 2362 y 4008); y que la tradición puede ser cumplida, entre otras formas, a través de actos materiales del que la recibe con asentimiento del que la entrega (art. 2379).

Ahora bien, el art. 2505¹¹ que ha sido incorporado por la reforma del Código Civil de 1968 a través de la Ley 17.711, y la Ley 17.801 que estableció el Registro de la Propiedad Inmueble, han realizado modificaciones en el régimen de adquisición del derecho real de dominio de inmuebles al introducir la inscripción registral.

Ha sido larga la discusión doctrinaria respecto de los efectos que dicha inscripción imprime a la adquisición o transmisión del derecho real inmobiliario. La mayoría concluye que tiene un efecto declarativo¹², lo que significa que el derecho real queda

⁹ Debido a que no han sido reformados los arts. 577 ya citado y 3265 del CC que dice que "Art. 3.265. Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones".

¹⁰ MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos reales inmobiliarios: ¿Inscripción constitutiva?" publicado en LA LEY 22/02/2012, 22/02/2012, 1 - LA LEY2012-A, 1037.

¹¹ Art. 2.505. La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

¹² Confr. VILLARO, Felipe P. "Derecho registral inmobiliario. Función Notarial 2". Etchegaray, Natalio

constituido por el título más la tradición, siendo la inscripción sólo necesaria para dar oponibilidad a terceros. Este efecto se opone al constitutivo, sostenido por la minoría, el cual implica que el derecho real nace con el título más la inscripción¹³.

El sistema actual tiene problemas e imprecisiones, ya que para que funcione perfectamente la tradición como constitutiva del derecho real, deberían existir procedimientos a través de los cuales se comprobase que la tradición en los hechos ha sido realizada. Sin embargo, los arts. 2505 del C.C. y la Ley 17801 (arts. 2 y 3) disponen que el derecho real se perfecciona con la registración del título, sin que nada pueda saberse respecto de si la tradición se ha realizado o no, dado que ella se verifica a través de actos materiales, los que no resultan ser calificados registralmente¹⁴.

Así todo, lo cierto es que en el sistema actual la tradición resulta ser un requisito ineludible para la adquisición del derecho real de dominio. Por mi parte, entiendo que, más allá del efecto que tenga la inscripción, el art. 2505 al darle la capacidad de perfeccionar el derecho real, no le está dando la capacidad de constituirlo, lo que sigue reservado para la tradición (más aún si consideramos que los arts. 577 y 3265 continuaron vigentes y no resultaron ser eliminados por la reforma de la Ley 17.711).

Ahora sí, habiendo hecho este recorrido, pasemos directamente a ver cuáles serían las implicancias para la realización y el respeto del derecho a la vivienda, de cambiar esta teoría del modo de la adquisición del derecho real de dominio, basada en la tradición (posesión del inmueble), por una teoría que se base en la inscripción registral como modo suficiente.

iv) Los cambios propuestos por el proyecto del Código Civil: la inscripción registral como modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales inmobiliarios.

El Anteproyecto del Código en reforma en su art. 1892¹⁵, le reconoce a la inscripción registral la capacidad de ser el modo suficiente para constituir el derecho real. La redacción de dicha disposición presta a confusiones.

pedro (Coord). Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 26.

¹³ Confr. Villaro (idem cit.) existen, otras posiciones más intermedias. Hay quienes entienden que la inscripción resulta ser perfeccionadora, lo que se desprende textualmente del art. 2505, y los últimos la consideran cointegrativa como un elemento que integra la constitución del derecho real junto al título y la tradición.

¹⁴ Confr. Idem cit. VILLARO, Felipe P. pág. 25.

¹⁵ ARTÍCULO 1892.- Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.

Mariani de Vidal, entiende que queda eliminada la tradición como modo de adquirir derechos reales inmobiliarios¹⁶. Por mi parte, no comparto tal tesis, ya que el propio art. 1892, establece que la tradición es modo para constituir los derechos reales que se ejercen por la posesión, y el derecho real de dominio sobre inmuebles, tal como lo dice el art. 1891¹⁷ del mismo proyecto, resulta ser uno de estos derechos.

Con lo cual, entiendo que, si bien la tradición posesoria de la cosa podría continuar siendo un modo suficiente para adquirir el derecho real inmobiliario, esta posibilidad también está dada por la inscripción registral, la que entonces podría sustituir por completo a la tradición.

v) Las consecuencias de las modificaciones propuestas por el proyecto del Código Civil: Aproximaciones desde el respeto por el derecho a la vivienda

A primera vista, se puede decir que, la principal consecuencia de dar a la inscripción la posibilidad de ser el modo suficiente para constituir derechos reales inmobiliarios, es que ella conducirá muy ciertamente a situaciones injustas que vulneren efectivamente el derecho a la vivienda de muchas personas y comunidades de nuestro país.

Al poder dejar de lado la tradición como requisito, todo se terminará resolviendo, en el terreno de los escribanos y de los registros (mundo al cual muchas personas no acceden ya que le es completamente ajeno y que resulta ser propio de una burguesía urbana),

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. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la posea a su nombre, o cuando el que la posea a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto.

¹⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos reales inmobiliarios: ¿Inscripción constitutiva?” publicado en LA LEY 22/02/2012, 22/02/2012, 1 - LA LEY2012-A, 1037.

¹⁷ ARTÍCULO 1891.- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión.

prescindiendo completamente de la posesión, es decir del poder que se ejerce efectivamente sobre la cosa. Como dijimos anteriormente, “la relación directa con la cosa, es la que brinda el contenido útil al derecho real y es una de sus características esenciales, al par que denota el vínculo del sujeto con la tierra que habita y que hace producir. *Cabe en este sentido detenerse a pensar en que, a lo largo y ancho de nuestro inmenso territorio, existen grandes extensiones ocupadas por poseedores sin título, que no recurren al juicio de usucapión por su costo o por sencillamente ignorar su existencia*”¹⁸ (lo destacado me pertenece). Se puede también agregar a ello, que los requisitos que el sistema actual prevé para poder adquirir por usucapión, con sus extensos plazos (veinte años en casi todos los casos) resultan incompatibles con la dinámica de la sociedad moderna.

Todos estos poseedores, que no cuentan con sus tierras e inmuebles registrados, pero que sí resultan ser verdaderos propietarios que ejercen el “señorío”, se verán fuertemente perjudicados, ya que se vulnerará -aún más de lo que puede estar hoy en día- la seguridad jurídica de su tenencia, aspecto que forma parte fundamental del derecho a la vivienda adecuada, reconocido por el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) en su art. 11. La seguridad en la tenencia se encuentra desarrollada por el Comité DESC, en su Observación General N° 4, donde se establece concretamente que “sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, *los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.*” (párrafo 8) (el destacado me pertenece).

La inscripción registral como modo de adquirir derechos reales, permitirá seguir contribuyendo a un sistema de especulación inmobiliaria, en el cual simplemente, registrando las tierras, sin importar si se encuentran ocupadas o no¹⁹, quedaría constituido y perfeccionado el dominio.

Ello implicaría un retroceso en la satisfacción del derecho a la vivienda de dichos poseedores, lo que a su vez, iría en contradicción con la obligación internacional de no regresividad en materia de goce de derechos económicos sociales y culturales, que

¹⁸ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos reales inmobiliarios: ¿Inscripción constitutiva?” publicado en LA LEY 22/02/2012, 22/02/2012, 1 - LA LEY2012-A, 1037.

¹⁹ El Anteproyecto de reforma, en su art. 1926, sólo considerada la posesión vacua para adquirir por tradición. Al adquirir por inscripción y no por posesión o tradición, ya no se requerirá que el inmueble se encuentre libre de ocupantes (posesión vacua).

según la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰, resulta ser principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general y del PIDESC en particular. Para que dicha obligación no sea conculcada, mínimamente, debería suprimirse dicho párrafo cuarto del art. 1892 del anteproyecto.

Con todos los problemas e imprecisiones que conlleva el sistema actual que antes mencionamos, es preferible al que se propone la reforma (“el mal menor”), ya que en la actualidad se pone una especie de reparo que permite sostener y luchar por una utilización “más social” de la propiedad, entendiendo que para poder adquirir el dominio resulta necesario haber entrado en posesión de la cosa.

En un nuevo paradigma, con el cual pareciera querer contribuir el proyecto de reforma, en tanto en el texto de presentación del proyecto y en los fundamentos se refiere a los tratados de derechos humanos y al principio de función social de la propiedad, de lo trabajado hasta aquí, se deduce que el régimen de derechos reales no parece haber adoptado ni reflejado dichos valores.

Así, más allá de otras contribuciones positivas que el anteproyecto pretende realizar en derechos reales (propiedad comunitaria indígena), lo cierto es que en los hechos, el modo -inscripción registral- en el cual se conciben que puedan ser adquiridos los derechos reales inmobiliarios, va a estar muy lejos de la realidad de las comunidades tradicionales y de todos aquellos poseedores que sin título registral, ocupan y se relacionan con la tierra, dejándolos sin amparo frente a quienes constituyan los derechos de dominio con sólo una escritura y una registración. Dicha situación toma especial importancia, en un marco en el cual se han incrementado y profundizado los conflictos por la defensa del territorio, el acceso a la tierra, y a la vivienda digna²¹, junto con la consecuente criminalización de la pobreza y la protesta social.

Así, más allá de la mención que hace el Anteproyecto, a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, los mismos no han impregnado al cerrado régimen de derechos reales. Importando sistemas que no son propios, alejándose más y más de la realidad y de las necesidades de la mayoría de quienes conforman la comunidad en la cual va a regir, los derechos reales, nada tendrán de real.

²⁰ La CSJN estableció el alcance de esta obligación internacional en el caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, sentencia del 21 de septiembre de 2004. A. 2652. XXXVIII.

²¹ Sólo para mencionar algunos casos de represión, que han sido de mayor resonancia en los medios, podemos citar a: la represión a la comunidad Qom “La Primavera” en noviembre de 2010; los hechos represivos en el marco de la ocupación del Parque Indoamericano en diciembre de 2010; la represión de los ocupantes de un predio en Libertador General San Martín (mal llamado Ledesma), Jujuy, en julio de 2011; y los hechos ocurridos de represión a principios del mes de enero de 2012 en el pueblo de Famatina en la Rioja.

