

# La buena fe y la publicidad de los derechos reales

por JUAN MANUEL PANIAGUA<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. – II. LA CONCEPCIÓN BIFRONTA DE LA BUENA FE. – III. LA PUBLICIDAD POSESORIA FRENTE A LA PUBLICIDAD REGISTRAL. – IV. ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO A LA SEGURIDAD JURÍDICA. – V. LA OponIBILIDAD DEL BOLETO A LOS ACREEDORES DE LA QUIEBRA. – VI. CONCLUSIONES.

## I. Introducción

La publicidad de los derechos reales es la manifestación esencial de su carácter de absolutez en cuanto a su oponibilidad *erga omnes*. Es por esto que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 17.801 que creó los Registros de la Propiedad Inmueble, la inscripción en dichos Registros es necesaria para que el derecho real declarado sea dotado de la publicidad máxima que prevé el sistema actual<sup>(1)</sup> y, por lo tanto, adquiera su oponibilidad plena.

Así las cosas, es necesario comprender que todos los derechos reales descansan sobre la base de la certeza de su existencia, por esto, todo sistema que favorezca a esta certeza es trascendente para la economía de un país<sup>(2)</sup>.

Ahora bien, el conocimiento que se alcanza a través de la publicidad registral no es cierto, sino una ficción mediante la cual existe la posibilidad de disponer de un medio de conocimiento del estado jurídico de los inmuebles, en principio, con un alto grado de exactitud de que lo registrado es conocido por todos. Lo dicho se relaciona con la buena fe, ya que, en la concepción que desarrollaré luego opera aquí como un elemento esencial que asiste a esta posibilidad de conocer.

Dado que nuestro sistema registral es no convalidante y declarativo, la realidad registral puede no coincidir con la realidad extrarregistral, ya que la incorporación del título al Registro no sana sus vicios, y es aquí en donde alcanza su relevancia máxima la buena fe toda vez que el adquirente, que no conozca ni hubiera podido conocer el vicio que cabalgaba sobre el título, queda protegido frente a cualquiera que quiera intervenir en la pretensión de vigencia de su derecho real.

Asimismo, no debemos pasar por alto que junto a la publicidad registral convive la publicidad posesoria, es decir, la que surge de la posesión ostensible de la cosa y

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas*, por NELSON G. A. COSSARI, ED, 204-887; *Destrucción o retiro de construcciones antirreglamentarias en la propiedad horizontal*, por MARCO A. RUFINO, ED, 254-155; *La propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 256-832; *Nuevos aspectos del derecho real de propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, por MARCELA ADRIANA PENNA y MIRIAM SMAYEVSKY, ED, 262-768; *Derechos reales: publicidad posesoria y publicidad registral. Relaciones. ¿Qué hay de nuevo antiguo?*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 267-953; *Definición y caracteres de los derechos reales en el Código Civil y Comercial*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 270-603; *Derechos reales: publicidad registral. Algunos interrogantes respecto a cuestiones de forma y fondo, el Código Civil y Comercial y la ley 17.801*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 272-791; *La subjetividad de la persona jurídica consorcio*, por LUIS ALBERTO VALENTE, ED, 275-641; *Evolución normativa del sistema de propiedad horizontal. Nuevo ordenamiento legal y perspectivas futuras*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 288-1074; *Sobreelevación (dentro y fuera de la propiedad horizontal) y derecho real de superficie*, por NELSON G. A. COSSARI y LEANDRO R. N. COSSARI, ED, 290-704; *Sobre la condición jurídica de los balcones y su incidencia en el régimen de responsabilidad civil*, por SEBASTIÁN E. SABENE, ED, 294-526; *El derecho de superficie frente a la situación legal de ciertos voladizos*, por JORGE RAÚL CAUSSE, ED, 302-1024; *El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis*, por EMILIANO C. LAMANNA GUINAZÚ, CARLOS A. FOSSACECA y PILAR MOREYRA, ED, 306; *Un caso poco frecuente: otorgar derecho real de superficie para construir, en una unidad horizontal*, por JORGE RAÚL CAUSSE, ED, 308-750; *La proyección de la buena fe en los derechos reales*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA (h.), ED, 310-1190. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado (UCA) y Licenciado en Administración (ESG). Magíster en Derecho Empresarial Económico (UCA) y Diplomado en Derecho Privado Patrimonial (U. AUSTRAL). Maestrando en Derecho Civil (U. AUSTRAL) y Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor de las asignaturas Principios de Derecho Privado, Instituciones de Derecho Privado, Derechos Reales Parte General y Parte Especial (UCA). Miembro del Instituto de Derecho Civil del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal y del Centro de Derecho Civil de la UCA.

(1) Kiper, Claudio Marcelo. *Tratado de Derechos Reales Tº II*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2021. P. 669.

(2) Kiper, Claudio Marcelo. *Tratado de Derechos Reales Tº II*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2021. P. 659.

que nuestro CCCN la equipara a la registral en función de sus efectos en cuanto a la oponibilidad. Así las cosas, y llegado el caso, esta última podrá prevalecer sobre la registral si es primera en el tiempo, aspecto que desarrollaré en el cuerpo de este trabajo.

## II. La concepción bifrente de la buena fe

La buena fe regulada en el artículo 9, técnicamente es una regla tan vasta como vaga y tan amplia como indeterminada que, como principio general del derecho, se aplica a toda conducta con eficacia jurídica.

Ahora bien, la buena fe se puede abordar desde dos aristas, una es tratarla como el breve mandato del artículo 9, un verdadero imperativo de la conducta honesta, diligente, correcta y no maliciosa. La buena fe opera aquí como un principio jurídico superior y general en todo el ordenamiento jurídico, sirviendo como dato de orientación general, completándolo y dotándolo de flexibilidad<sup>(3)</sup>.

Por lo dicho, esta es una verdadera regla de conducta que requiere que entre las partes se dé un grado de lealtad y honestidad que permita descartar toda intención maliciosa en su actuación. Este principio exige una proceder bienintencionado, no reticente, es decir, una buena fe lealtad que el derecho positivo impone a todas las relaciones y situaciones jurídicas.

Entonces, este principio es una exigencia insustituible, incanjeable e infungible de toda pretensión en derecho. Nadie puede hacer valer una pretensión sin este recaudo.

Ahora bien, desde otra arista, la buena fe cumple otro rol en el ordenamiento, este es el de concepto, esto implica un estándar mínimo a cumplir para no encuadrar en su contracara, la mala fe, y significa un aspecto cognoscitivo del agente en saber o haber sabido una situación o estado en concreto, es decir, es la convicción de haber actuado conforme a derecho, es la ignorancia de un hecho o circunstancia, la creencia errónea que se tiene de ello, un no conocimiento, que siempre deberá ser excusable o invencible<sup>(4)</sup>.

Esta última acepción se relaciona inseparablemente con las posibilidades de conocimiento e información que tienen las partes que actúan. Por ejemplo, la buena fe que se requiere como elemento esencial y típico en la prescripción adquisitiva breve.

En materia de los derechos reales, para ver configurada la buena fe, deberá evaluarse el estado de conocimiento, que nada tiene que ver con una maquinación o engaño de una de las partes, sino con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominial que se proclamase.

Finalmente la buena fe concepto supone la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el ordenamiento, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para creer (que esta podrá ser la publicidad registral o la posesoria), en definitiva, esta opera en una dimensión cognoscitiva concreta y radica en la creencia equivocada de una actuación correcta, y aquí el derecho bonifica un nivel de desconocimiento o confusión fáctica “razonable”, blindando al sujeto que yerra de las consecuencias que el acto le traería aparejadas, si no gozara de esta especial protección.

Téngase en cuenta aquí que la posibilidad de conocimiento cierto, es decir, la posibilidad de actuar de buena fe, se relaciona directamente con la publicidad que pueda surgir del derecho real.

## III. La publicidad posesoria frente a la publicidad registral

Inicialmente, a modo recordatorio, voy a decir algo muy elemental, para adquirir un derecho real tiene que

(3) López Mesa, Marcelo. Barreira Delfino, Eduardo. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Buenos Aires. Hammurabi. 2019. P. 202.

(4) López Mesa, Marcelo. Barreira Delfino, Eduardo. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Buenos Aires. Hammurabi. 2019. P. 202.

concurrir un título suficiente y modo, que es la tradición. Ahora bien, cuando se trata de cosas registrables, sobre todo de inmuebles, es necesaria la publicidad que surge de la inscripción en el Registro para que el acto sea oponible a terceros.

No se adquiere el derecho real solo con el título ni tampoco solo con la tradición, recién cuando se reúnen los dos requisitos se puede dar por adquirido el derecho real, mientras tanto, puede haber un negocio jurídico, que es un derecho personal, que es diferente y que emerge de un contrato, que será relativo y que por el principio *res inter alios acta* ni aprovechan ni perjudican a terceros, en principio. En cambio, los derechos reales son oponibles a todos, y para lograr ese efecto necesitan de la publicidad.

En el CCCN, la norma del artículo 1893 se refiere a esto en cuanto a la publicidad de los derechos reales. Y dice que “se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión” y aclara expresamente, “según el caso”. Así las cosas, ¿qué quiere decir “según el caso”? Claro está que cuando se trata de cosas registrables, se necesita la publicidad registral. Cuando se trata de cosas no registrables, por ejemplo, si transmito a otro un reloj o cualquier otra cosa mueble no registrable, basta con la tradición, porque no es necesaria la inscripción registral a los efectos publicitarios y su consecuente oponibilidad.

Sin embargo, hay una doctrina muy fuerte y bastante jurisprudencia que indica que la publicidad posesoria puede triunfar sobre la publicidad registral. Que es tan importante una como la otra y que son equivalentes. Inicialmente sería de aplicación para los casos de cosas no registrables, pero no es lo que todos interpretan.

Una inveterada teoría que emana de un antiguo Congreso de Derecho Civil dice que, en ciertos casos, cuando la publicidad registral, es decir, lo que informa el Registro no coincide con la realidad o, dicho de otra manera, si no coincide la publicidad registral con la posesoria, ¿cuál va a triunfar? Decantándose en que prevalecerá la primera en el tiempo.

Entonces podrá darse el caso en que una persona A le transmitió la posesión a otra persona B formalizándose por un instrumento privado en un boleto de compraventa, que es un contrato regulado por el artículo 1170 del CCCN, en 2017. Siguiendo con el ejemplo, un año después, en 2018, A le vendió el inmueble a una persona distinta C, y en este caso intervino el notario, pidiendo los certificados pertinentes en el Registro de donde surge que el titular del dominio es A, que se muestra como vendedor, siendo hasta aquí todo operado en forma regular. A todo evento, resulta que en el 2017 A ya había entregado la posesión otorgando un boleto de compraventa, y en el 2018 vendió el mismo inmueble a una persona distinta C, siendo este último acto jurídico instrumentado por escritura pública que se inscribe en el Registro.

Tenemos, entonces, publicidad posesoria y publicidad registral. Como dije antes, ninguno de los dos adquirió el derecho real, uno tiene la posesión y el otro tiene el título, pero ninguno tiene las dos cosas. Por lo tanto, ¿quién prevalecerá?, ¿B, que tiene la posesión y boleto, o C, que tiene el título suficiente inscripto? Léase en el artículo 1170 que “El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares”, refiriéndose aquí expresamente a las medidas cautelares. Entonces, ¿quién vence en esta verdadera pugna entre B y C? Sorprendentemente, la solución a esta controversia la brinda el artículo 756 del CCCN inserto en la regulación de las obligaciones, que se refiere al supuesto de que hay dos personas (acreedores) que reclaman la misma cosa. A todo evento, manda esta norma que va a triunfar el poseedor con boleto de compraventa porque es el primero que tuvo la posesión, el primero que tuvo, entonces, la publicidad posesoria.

#### IV. Algunas observaciones en torno a la seguridad jurídica

Ahora, si bien esta solución es acorde a la opinión mayoritaria, es dable hacer algunas precisiones al respecto, puesto que, al menos, pareciera peligroso basarse en esta posición legal para resolver estos casos. Si una persona firma un boleto de compraventa —un instrumento privado que no tiene publicidad, pero, según esta visión, sí la tendría al haber entregado el inmueble y detentar la publicidad posesoria—, entonces, sería una exigencia de buena fe ineludible cuando se va a comprar un inmueble verificar expresamente si hay alguien en el inmueble y si este es un

poseedor, porque si no es así, estaríamos obrando de mala fe. Ahora bien, no hay ninguna norma que mande eso.

El Código, cuando habla de la buena fe, dice que hay que verificar si está inscripto en el Registro y la titularidad, actividad que despliega el escribano al hacer el estudio de título. En la práctica, no es de estilo que un escribano cuando hace el estudio de títulos vaya a verificar si hay alguien en el inmueble y si este es un poseedor. Y en este supuesto, ¿podría ser responsable el escribano si el comprador ve frustrada su compraventa porque cede su derecho ante un comprador con boleto? A esta pregunta interpreto que no. Ninguna norma le impone al escribano hacer esto.

Conforme al artículo 1170, si una persona tiene el derecho real de dominio sobre un inmueble, y tiene acreedores, en el hipotético caso de que no satisfaga sus obligaciones, responderá eventualmente con ese inmueble que es parte de su patrimonio, y los acreedores lo podrán embargar. Ahora resulta que hace un año se suscribió un boleto de compraventa y entregó la posesión. Nuevamente aquí, existe conflicto entre acreedores que, al momento de contratar confiaron en lo que dice el Registro en que el inmueble estaba en el patrimonio del deudor. Entonces, el adquirente con boleto de compraventa que pagó solo como pide el Código el 25% del precio prevalece sobre el que, como en el caso anterior, pudo haber pagado el 100% del precio y solo tiene un título suficiente, pero no la posesión. Hete aquí que el Código vuelve a proteger al adquirente con boleto.

En este artículo 1170 del CCCN se llama “boleto de compraventa de inmuebles” y se refiere justamente a este caso indicando que el comprador tiene prioridad sobre el derecho de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble, si contrató con el titular registral, si pagó el 25% del precio y si el boleto tiene fecha cierta. En este supuesto aparece nuevamente, en el inciso d), que “la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”. Parece que aquí también están en un pie de igualdad ya que el Código las denomina “suficientes” a ambas, lo que sigue siendo un poco peligroso en cuanto a la seguridad jurídica del tráfico negocial, en este caso, inmobiliario.

Entonces, ¿la adquisición luce de publicidad suficiente por tener la posesión? Quizás para el codificador decimonónico, donde la tradición era la publicidad, era correcto. Pero a partir del año 1968, que tenemos publicidad registral, pareciera ser que equiparar a las dos desmerece a la publicidad registral y crea un sistema muy inseguro dado que, cuando un acreedor quiera embargar a su deudor, ¿cómo se entera este que hay un boleto de compraventa? No lo puede saber. Y si bien la posesión es importante y tiene importantes efectos, a veces puede ser equívoca.

Podría darse el caso en el cual el día en que se fue a inspeccionar el inmueble no había nadie, entonces es imposible saber de la existencia de un poseedor, ya que, para ser poseedor, no es necesario estar todo el tiempo en la cosa, puesto que el hecho de la posesión se ejerce de distintas maneras.

Asimismo, si se configura un contrato de mutuo con una garantía hipotecaria, ¿cuál sería la exigencia de buena fe del acreedor? Ir al Registro y a través del estado registral (publicidad registral) surge que el inmueble está a nombre mío, en ese caso, tranquilo, se celebra el mutuo y se otorga el contrato de hipoteca. Ahora, si este acreedor el día que va a ejecutar la hipoteca por falta de pago, se encuentra con un poseedor con boleto. ¿Quién ganaría? Por aplicación del artículo 1170, el poseedor con boleto, algo que luce un tanto inseguro, pero, el artículo dice que el derecho del comprador de buena fe tiene prioridad, sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble, el acreedor hipotecario, cuya hipoteca está inscripta en el Registro, no necesita trabar una medida cautelar y su derecho real es oponible desde que se inscriba en el Registro.

De suyo que el artículo 1170 tendría aplicación solo a aquellos acreedores que han trabado medidas cautelares, pues nos guste o no el artículo existe, pero puede delimitarse su esfera y aplicarlo de forma restrictiva ya que esta es una excepción a las reglas generales.

#### V. La oponibilidad del boleto a los acreedores de la quiebra

Ahora, el artículo 1171 se refiere al conflicto que tiene un comprador con boleto cuando el vendedor está en

quiebra y manda a que este comprador con boleto y que pagó el 25% del precio puede hacer valer su derecho frente a la quiebra y, por lo tanto, le van a tener que escriturar el inmueble.

Hay un sector de la doctrina que sostiene que el comprador con boleto le puede hacer oponible su derecho a toda la quiebra, a toda la masa de acreedores, y por ello con mayor razón le podrá oponer a un solo acreedor que podría ser el embargante. Si puede contra todos, también puede contra uno, incluyendo aquí al acreedor hipotecario.

Esta interpretación también luce peligrosa dado que el boleto de compraventa no tiene publicidad y los acreedores nunca podrán conocer el verdadero estado de la cosa y podrá darse el supuesto en que un acreedor hipotecario, que tiene un derecho real de garantía, va a ceder frente a un quizás desconocido comprador con un boleto de compraventa, que tiene un derecho personal en expectativa a que le otorguen una escritura pública. Pareciera ser que la fortaleza del derecho real es vencida por un derecho personal entre partes.

Finalmente, se puede llevar más lejos todavía a la posesión. En el caso de la usucapión, si alguien adquirió un inmueble después de 20 años de posesión, prescripción adquisitiva larga, ese derecho real es oponible a todos, *erga omnes*. La regla general es que los derechos reales para ser oponibles a terceros tienen que ser inscriptos en el Registro. Pero hay una corriente que piensa que bastaría con la posesión ostensible durante 20 años para la oponibilidad por el efecto de la publicidad posesoria, ya que el Código se manifiesta en favor de equipararla a la registral en los supuestos descriptos más arriba.

Entonces, de lo dicho se desprende que la inscripción en el Registro será nada más que para el tracto sucesivo al día que este adquirente por usucapión quiera transmitir, pero ya tiene publicidad con la posesión. Esta situación no debería ser así de ningún modo, tan es así que en todos los procesos judiciales en donde se tramita un juicio de usucapión ocurre que después de que el juez resuelve y dicta sentencia, ese verdadero título suficiente se inscribe

en el Registro para que tenga publicidad registral y por lo tanto oponibilidad frente a todos.

## VI. Conclusiones

Si bien admito la función social de la publicidad posesoria de arraigada usanza en el derecho argentino al lograr a través de ella la estabilidad del derecho real de que se trate, no puedo dejar de señalar que la debilidad que pueda resultar de un descalce entre el derecho real registrado y la realidad de las cosas produce, como en los casos mencionados más arriba, una cierta inseguridad jurídica en el tráfico negocial inmobiliario al dejar desprotegido al pretenso comprador que de buena fe pagó el precio y obtuvo el título suficiente, frente a quien con un mero boleto de compraventa pero con la posesión anterior haya recibido la tradición de la cosa.

Es por esto que debe analizarse en el caso concreto la solución que el legislador dio para este supuesto en el artículo 756 del CCCN, ya que de aplicarlo sin una aguda interpretación podrían favorecerse injusticias con respecto a los terceros que de buena fe obtengan su estudio de título y lleven adelante una transacción que tenga por objeto un inmueble.

Así las cosas, no interpreto que el legislador de 2015 haya querido igualar a la publicidad registral con la posesoria, sino, más bien, asignar importancia a esa función social de esta última en salvaguarda de las situaciones de hecho que se generan especialmente en materia inmobiliaria.

**VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS REALES - PROPIEDAD HORIZONTAL - DERECHO DE PROPIEDAD - DOMINIO - DERECHO REAL DE SUPERFICIE - DAÑOS Y PERJUICIOS - CONSTRUCCIONES - BUENA FE - ACCIONES REALES - BIENES REGISTRABLES - COMPRAVENTA INMOBILIARIA - PUBLICIDAD - TERCEROS - REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE - BOLETO DE COMPRAVENTA - PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA - POSESIÓN - CULPA**