

El concepto de culpa como piedra de toque para juzgar la buena o mala fe en los derechos reales

por NELSON G. A. COSSARI(*) y LEANDRO R. N. COSSARI(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. CÓMO CALIFICAR LA BUENA FE EN LOS DERECHOS REALES. — III. CONCEPCIONES DE LA BUENA FE. 1. LAS DISTINCIONES. 2. LA BUENA FE OBJETIVA. 3. LA BUENA FE SUBJETIVA. — IV. LA REALIDAD POSESORIA COMO OBSTACULO DE LA BUENA FE. — V. NECESIDAD DEL ESTUDIO DE TÍTULOS Y DE LAS CONSTANCIAS REGISTRALAS COMO NECESARIO PARA CONFIGURAR LA BUENA FE. — VI. CONFLICTO ENTRE LAS CONSTANCIAS REGISTRALAS Y LA REALIDAD POSESORIA: LA BUENA FE COMO ÁRBITRO. — VII. QUÉ OCURRE EN LOS DERECHOS REALES QUE NO SE EJERCEN POR LA POSESIÓN. — VIII. LA BUENA FE Y LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA. — IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil a celebrarse este año en la ciudad de Corrientes han determinado como tema de las Jornadas Nacionales para la Comisión de Derechos Reales “El principio de buena fe y su aplicación en el ámbito de los derechos reales”.

Jorge H. Alterini siempre ha sostenido que “si el Derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación que tendría mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe”⁽¹⁾.

El Código vigente expresa en su art. 9: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Los Derechos Reales no podían, entonces, no estar atravesados por el concepto de buena fe como lo está cada rama del derecho.

Si examinamos el articulado referente a los Derechos Reales, veremos que la buena fe desempeña un papel fundamental en el ámbito de la adquisición. Ya sea en el ámbito de las relaciones reales, ya directamente en el de los derechos reales. La buena fe es un requisito para abonar el derecho que se pretende adquirir. Por otra parte, la ausencia de buena fe, la mala fe, obsta en la casi totalidad de los casos a la posibilidad de que el sujeto se torne en titular del derecho. Dentro de estos casos puntuales tenemos al art. 1899 CCCN⁽²⁾, que no es que premie la mala fe, sino

que ante el paso del tiempo y la posesión ejercida durante ese lapso da relevancia a otros factores que tornan innecesaria la existencia o no de buena fe.

Generalmente, la buena fe va unida a una relación real para que esta cobre relevancia en el ámbito de los derechos reales.

Además, la ausencia de buena fe —siempre refiriéndose solo a lo que ocurre dentro de la órbita de los derechos reales— tiene asimismo efectos en lo referente a determinadas responsabilidades que recaen sobre el sujeto que carece de ella.

En este trabajo, nos proponemos examinar cuál es la conducta del sujeto que permite desentrañar si es de buena o mala fe. En definitiva, que es lo que subyace en nuestro ámbito para concluir que existe una u otra calificación.

II. Cómo calificar la buena fe en los derechos reales

Cabe preguntarse cómo debe actuar el sujeto para que no pueda endilgársele la falta de buena fe y, por ende, ser calificado de mala fe.

Se ha dicho comúnmente que la buena fe consiste en “la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley”⁽³⁾; pero lo cierto es que una persona determinada puede tener esa convicción y estar errada porque ha sido culpable en cuanto a la diligencia que debía cumplir, sin tener conciencia de que, en rigor, está obrando de mala fe.

La hipótesis que sostenemos es que para ser de buena fe —con los matices del caso— la persona debe obrar con la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724 CCCN), es decir, inculpablemente. Caso contrario será de mala fe, aunque no hubiere actuado con dolo, aunque no tuviere conciencia de que su obrar es juzgado como no de buena fe por el derecho. Aclaremos que si hay conciencia cierta de la falta de derecho también será de mala fe, dado que por lo menos se ha obrado con una “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724 CCCN), que en el ámbito obligacional configura dolo.

Para examinar si se cumple o no con esta hipótesis repasemos las concepciones de buena y mala fe en los derechos reales. En particular en el ámbito dónde más ampliamente se desarrolló el concepto de buena fe, que —a nuestro criterio— es el de la publicidad, en el sentido que el tercero interesado para poder prevalecerse de la falta de publicidad de un derecho real —aun constituido conforme lo indica el Código— debe ser de buena fe (art. 1893 CCCN).

III. Concepciones de la buena fe

1. Las distinciones

Dentro de los Derechos Reales se ha hablado de buena fe objetiva y buena fe subjetiva. Las distinciones entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva suelen apuntar a si al sujeto le bastaba con adecuarse a la evidencia formal —v. gr. constancias registrales— la que se califica de buena fe objetiva; o si debe tenerse en cuenta el conocimiento que va más allá de ello, como la realidad posesoria, y allí se dice que se tiene en cuenta la buena fe subjetiva juzgando si ha sido o no diligente en conocer toda la realidad.

2. La buena fe objetiva

Acudiendo al derecho comparado, enseña Jorge H. Alterini que el concepto de buena fe del Código francés puede calificarse como objetivo dado que “prescinde del conocimiento de hecho que los terceros tengan de la desconformidad entre la realidad registral y la extrarregistral, y presume *iuris et de iure* la buena fe de aquellas cuando

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 A. 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 A. VALENTE, ED, 275-641; *Evolución normativa del sistema de propiedad horizontal. Nuevo ordenamiento legal y perspectivas futuras*, por MARCELO O. 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 R. 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, 306-1038; *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 A. FOSSACECA (h.), ED, 310-1190. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA), Profesor titular ordinario de Derechos Reales (UCA), Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA).

(**) Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Doctor en Derecho (UCA), Especialista en Magistratura (UCA), Profesor adjunto de Derechos Reales (UCA), Profesor de Ética Profesional y Social (UCA), Docente de Derecho Civil IV (UNR).

(1) ALTERINI, Jorge H., *La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito*, La Ley 2018-C, 880.

(2) Como caso de mala fe convalidada por el derecho es paradigmático la prescripción del art. 1899. “Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No

puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión”.

(3) CSJN, 11/12/1986, “Inverfin S.A. Compañía Financiera c. Provincia de Buenos Aires”, AP Online.

no se tomó razón en el Registro de determinadas situaciones jurídicas”⁽⁴⁾. Ello es así, en tanto y en cuanto, la norma se desentiende de todo lo no publicitado por el Registro.

Es una buena fe basada, dice Vallet de Goytisolo, en “aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que es el titular real y puede disponer de dicho derecho”⁽⁵⁾.

En rigor, aquí al adquirente se le exige legalmente solo la compulsas de las constancias registrales, no se exige un obrar más diligente que ese. Esa son solo las exigencias de persona, tiempo y lugar que se le impone al adquirente.

Abriendo el paso a lo subjetivo y al conocimiento que puede tenerse por fuera de lo estrictamente registral se señala que “la Ley Hipotecaria Belga de 1851 descartó la tutela de la inoponibilidad para el tercero, pese a la falta de publicidad registral si este cometió fraude”⁽⁶⁾. Y se señala que la concepción de la ley belga se ha considerado demasiado estrecha dado que “para desvirtuar la buena fe del tercero es ineludible acreditar un concierto fraudulento entre el que no inscribió y el que se benefició por la ausencia de inscripción. Es fácil comprender cuan dificultoso es probar dicho fraude”⁽⁷⁾. En rigor aquí se sigue dentro de una concepción objetiva, solo desvirtuada por el dolo, por el fraude entre quien no inscribió y el que se benefició con esa carencia. La subjetividad se abre al dolo, pero no a la mera culpa.

3. La buena fe subjetiva

Se ha dicho que la buena fe subjetiva “tiene como fundamento la ignorancia, o la creencia errónea, siempre que esa ignorancia o error no estén fundados en culpa o dolo del agente”⁽⁸⁾.

La concepción subjetiva, en cambio, tiene en cuenta la realidad extrarregistral.

Puede afirmarse que Vélez adoptó una concepción subjetiva de la buena fe. Se recuerda la nota de Vélez al art. 3136⁽⁹⁾ donde critica la legislación francesa y da los fundamentos de la norma: “El Código francés, art. 1071 (...) Dice así: ‘El defecto de inscripción no podrá ser suplido ni considerado como subsanado por el conocimiento que los acreedores pudiesen haber tenido de la constitución de la hipoteca, por otras vías que la de la inscripción’. Pero una doctrina más razonable y más moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos según lo dice Kent en su ‘Comentario a las Leyes Americanas’, Sec. 28, núm. 169, y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonra de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara”.

El 3136 velezano tiene en cuenta un caso concreto en el cual de alguna manera lo conocido por quien carece de buena fe es la situación de la existencia de un acto anterior al suyo aun cuando no se hubiere aun registrado, pero que está dentro de los plazos legales para ello. Es una ausencia de buena fe similar a la de, v. gr., el art. 1893 cuarto párrafo CCCN, cuando afirma: “No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos”. Y ello es así porque conocen que existe otra realidad cartular aunque no tenga reflejo registral. En el caso nuevamente no nos encontramos con “culpa”, sino con un conocimiento por lo menos de hecho de la existencia de un título anterior. Existe pues en algún sentido dolo como “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

(4) ALTERINI, Jorge H., en *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, dirigido por LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo I, núm. 33 bis, p. 68.

(5) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias”, en Córdoba, Marcos (director), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 282.

(6) ALTERINI, Jorge H., en *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, dirigido por LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo I, núm. 33 bis, p. 68.

(7) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, Comunicación efectuada por el Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de octubre de 2005, publicado en La Ley Online.

(8) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La buena fe y la propiedad de los automotores” en Córdoba, Marcos (director), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 529/530.

(9) Art. 3136 Código derogado: Si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si esta se registrare en el término de la ley.

Adentrándose en “la omisión de la diligencia debida”, Gatti va a decir que, si bien es necesaria la publicidad para la oponibilidad a terceros interesados, es una cuestión aparte “establecer si, como nosotros pensamos, la evidencia del conocimiento de la situación jurídica real, por el tercero interesado, hace que ella le sea oponible, aunque se haya omitido la pertinente publicidad legal”⁽¹⁰⁾.

Afirma Alterini que no hay buena fe si se puede “conocer por vía extrarregistral, lo que el Registro silencia. O sea, no solo hay que atender a lo que informa el Registro: hay que ponderar igualmente elementos de juicio externos al Registro. No es de buena fe el tercero, cuando se prueba que conocía por vía extrarregistral lo que el Registro silenciaba. En ese grupo legislativo se ubican, por ejemplo, el referido art. 34 de la ley hipotecaria española, y sistemas como el alemán y el portugués”⁽¹¹⁾.

Y coincide con que la manera de conceptualizar correctamente la buena fe subjetiva es la que primó en Argentina, y es la que contiene el art. 974 del Código Civil de Suiza de 1907. Explica Jorge H. Alterini que allí “los terceros son de buena fe si ‘no han conocido o debido conocer’ circunstancias silenciadas por el Registro. En la fórmula helvética la buena fe no es viable ante el conocimiento de la realidad registral y también cuando no se ha llegado a conocer por no aplicarse la debida diligencia para poder hacerlo. Si se adopta una actitud despreocupada e indiferente se desecha la buena fe, pues la buena fe no puede invocarse por quienes no despliegan todo el cuidado y el esmero razonablemente necesarios para no quedar supeditados a una realidad registral inexacta. Para ser de buena fe no hay que conocer ni deber conocer”⁽¹²⁾.

Debe recordarse que las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral de 1973, celebradas en San Rafael, declararon: “Para que el tercero interesado pueda invocar el desconocimiento de la realidad extrarregistral de las mutaciones reales, debe ser de buena fe, la que se presume mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro (incluso la existencia del acto causal)”.

El cuarto párrafo del art. 1893 del Código Civil y Comercial deja muy clara la necesidad de la buena fe al establecer: “No pueden prevalecerse 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 decir, se utiliza la expresión no conocía o debía conocer y si bien se refiere al título ello puede completarse con el art. 1902 segunda parte: “La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella”. Y es que de la posesión de un tercero, que no tiene el derecho real inscripto a su nombre, puede inferirse la existencia de un derecho sobre la cosa que con mayor diligencia podría conocerse.

Vélez en el art. 4006 del Código derogado afirmaba que la creencia del poseedor para la buena fe debía ser “sin duda alguna” y en la nota citaba “La ley de Partidas dice que la buena fe consiste en creer que aquel de quien se recibe la cosa, es dueño y puede enajenarla, ‘que crea que aquel de quien la ovo que era suya, e que avia poder de la enajenar’ (L. 9, tít. 29, Part. 3ª). Decimos sin ‘duda alguna’. VOET enseña que no debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe”⁽¹³⁾. En rigor, si duda y no toma las diligencias razonables conforme “las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar” e igualmente obra, lo hará de mala fe.

Cuando el sujeto no conoce, ni puede conocer, que detrás de su relación real existe una falta de derecho es de buena fe. El sujeto es de buena fe si inculpablemente ignora ello y presupone que existe su derecho.

(10) GATTI, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 377.

(11) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, Comunicación efectuada por el Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de octubre de 2005, publicado en La Ley Online.

(12) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, Comunicación efectuada por el Académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de octubre de 2005, publicado en La Ley Online.

(13) En rigor el derecho no reconoce una zona gris entre buena y mala fe. Se es de buena fe o se es de mala fe, lo que no obsta que, como veremos, conceptualmente pueden establecerse matices.

Al igual que ocurre en el derecho italiano no se identifica la buena fe en términos positivos de la creencia del sujeto de ejercitar la relación de poder legítimamente sino en términos negativos. En la ignorancia inculpable de que detenta –o adquiere el derecho de la cosa agregamos nosotros– ilegítimamente⁽¹⁴⁾. Ha dicho un fallo: “la buena fe subjetiva no resulta justificativo para la protección que pretende, desde que el estándar al que alude la directiva no es la buena fe creencia subjetiva, es la buena fe diligencia”⁽¹⁵⁾. Aquí el sentenciante se refiere a la buena fe subjetiva, como el convencimiento, aunque culpablemente errado de obrar conforme a derecho. En rigor, en ese caso, a los fines de los derechos reales no existe buena fe, y no existiendo una zona gris debe hablarse de mala fe.

Para ser de buena fe el sujeto no debe conocer la falta de existencia del derecho, ni pudo conocerla obrando con el debido cuidado y diligencia.

Ello ocurre, afirma el art. 1918 CCCN, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.

La norma refiere a error de hecho en consecuencia está excluido el error de derecho. Conforme el art. 8° del Código Civil y Comercial, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico. Si alguien está persuadido que basta con las constancias registrales para realizar una adquisición de buena fe, esa creencia errónea del derecho no le servirá para no ser calificado de mala fe.

El error debe ser excusable, es decir que pese a haber desplegado la debida diligencia no pudo salir de este. Si tomando las medidas prudentes y adecuadas hubiere superado el error, no existe buena fe, “no conoce, ni puede conocer”. Es decir que, si habiendo sido cuidadoso pudo conocer, no hay buena fe.

El poseedor o tenedor está persuadido por el error de hecho, excusable de existencia, calidad y validez del título, al modo de adquirir y del derecho del transmitente. Precisamente, por ello es entendible que la norma haga referencia a que el error debe ser esencial.

Observamos que la legislación exige que quien esgrime la buena fe no omita las diligencias debidas conforme “las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”, es decir que no incurra en un actuar culposos. Generalmente, será la “negligencia” a la que puede sumarse la “impericia en el arte o profesión” de quien contrató (v. gr., un escribano negligente en el estudio de títulos).

IV. La realidad posesoria como obstativa de la buena fe

Si conoce, o debe conocer con el debido cuidado o previsión, que la cosa está siendo objeto de una relación de poder, significa que no puede simplemente confiar en lo inscripto. No se debe olvidar que se presume poseedor a quien ejerce un poder de hecho sobre la cosa (art. 1911, CCCN) y que esta, a su vez, se presume legítima (art. 1916, CCCN).

Se ha escrito en referencia al derecho español: “La posesión por otra persona es un hecho que tiene que herir forzosamente los sentidos. Todo adquirente cuidadoso debe enterarse, y en la vida corriente así ocurre, el estado de hecho de la finca que adquiere y por tanto, si lo desconoce, es solo debido a su desidia, y como no ha obrado con la debida diligencia no puede considerársele de buena fe”⁽¹⁶⁾. Nuevamente aparece aquí la culpa como obstativa de la buena fe.

Y nótese que, si bien no abundaremos, la falta del adquirente de cerciorarse debidamente de la realidad posesoria es uno de los casos más frecuentes de mala fe, por haber incurrido en culpa, en una ignorancia culpable, en un error inexcusable.

V. Necesidad del estudio de títulos y de las constancias registrales como requisito para configurar la buena fe

Para configurar la buena fe se requiere también el estudio cartular de los antecedentes.

No basta que desconozca la inexactitud del registro, sino que es menester, aquí también, un *plus* de diligencia. El deber de diligencia requiere también el estudio de los títulos antecedentes, de los asientos registrales además del estado posesorio del inmueble⁽¹⁷⁾. En general, el estudio de títulos y de las constancias registrales estará en manos del notario interviniente, si bien su pericia o impericia, diligencia o falta de ella, configurará la buena fe o mala fe del adquirente. Todo, sin perjuicio de las acciones que este tenga luego contra aquel.

El estudio de títulos cumple una función irremplazable. Si el tercero mediante el estudio de títulos hubiera podido advertir una invalidez que, sin embargo, no impidió la registración, no es de buena fe, es que debe recordarse lo dispuesto en el art. 4° de la ley 17.801 acerca de la no convalidación de los títulos inscriptos.

Como lo ha expresado copiosa doctrina y jurisprudencia, si el examen de títulos pudo poner de manifiesto un vicio, el tercero no puede ser considerado de buena fe porque tiene la obligación de examinarlos⁽¹⁸⁾. Por su parte, afirma Díez-Picazo que “para llegar a conocer con certeza que el transmitente es un legítimo propietario no basta que externamente aparezca como tal. Habrá que exigirle una demostración palmaria de que adquirió legítimamente, lo cual supone a su vez tener que examinar la validez objetiva de la anterior transmisión y la cualidad de dueño en el anterior transmitente. Y de igual manera habrá que conocer toda la serie o cadena de trasmisiones anteriores, por lo menos durante el tiempo necesario para la usucapión”⁽¹⁹⁾.

La jurisprudencia ha resuelto en tal sentido que “la prudencia exigible en la transmisión de bienes inmuebles requiere una conducta que vaya más allá de la simple constatación registral, y llegue hasta la investigación de títulos. Resulta evidente esa vigencia si se advierte que la mera inscripción en el registro no valida los títulos nulos, no subsana sus defectos ni presume la exactitud de los derechos inscriptos y que existen causas de invalidez que solo se conocen por el estudio de título y que no impiden la registración”⁽²⁰⁾.

La Corte Suprema de la Nación en autos “Inverfin S.A. Cía. Financiera c. Pcia. de Buenos Aires” sostuvo “que a las empresas que como la actora actúan como entidades financieras (...) les son aplicables los principios establecidos en el art. 902 Código Civil, y que un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar –o hacer efectuar– un estudio de títulos para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe–creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley”⁽²¹⁾. Es lo que hoy surge del art. 1725 CCCN: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.

La buena fe también exige cumplir con el requisito de la matricidad: “está fuera de toda disputa, es la necesidad de observar el requisito de la matricidad (...) el art. 23 de la ley 17.801 exige al autorizante del documento ‘tener a la vista el título inscripto’, si llega a una notaría copia de un título de propiedad para autorizar una escritura –copia con la terminología hispana, o testimonio–, es inexcusable el mínimo recaudo de analizar la matricidad del título. Es una diligencia primaria, que impone constatar si la copia que le llega al notario responde a un protocolo real, es decir, que hay matricidad”⁽²²⁾.

Téngase en cuenta que el art. 1902 CCCN referente a la prescripción corta, pero con evidente fuerza expansiva establece que en su tercer párrafo que “Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo

(17) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras las llamadas legitimación y fe pública registral”, La Ley, 14/9/2006.

(18) BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 12° edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, núm. 1280, p. 406.

(19) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª edición, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, Tomo III.

(20) CNCiv., sala A, 21/4/1983, “Padin, Ilda E. c. Grynbaum, Raquel”, ED, 104-755.

(21) CSJN, 11/12/1986, “Inverfin S.A. Compañía Financiera c. Provincia de Buenos Aires”, AP Online.

(22) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, Comunicación efectuada por el Académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de octubre de 2005, publicado en La Ley Online.

(14) BIANCA, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, Tomo 6, p. 765.

(15) CCiv. y Com., 2a Nom., Córdoba, 06/10/2023 “Tita, Jorge Eugenio y Otro c. Picon, Juana Antonia s/ acciones posesorias/reales – reivindicación”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/161756/2023.

(16) BENAYAS SÁNCHEZ CABEZUDO, Juan José, “La usucapión y el Registro de la Propiedad en el derecho español”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo 3, 1946, p. 491.

de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial”.

VI. Conflicto entre las constancias registrales y la realidad posesoria: la buena fe como árbitro

La segunda parte del art. 1893 CCCN dirá que se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión según el caso.

Así en cosas muebles no registrables la publicidad está dada por la posesión. En materia de inmuebles, y de muebles registrables, concurren la publicidad posesoria y la publicidad registral. Nótese, por ejemplo, que en materia de boleto de compraventa de inmuebles, el Código Civil y Comercial habla de “publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria” (art. 1170, inc. d).

Tratándose de la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, podría parecer publicidad suficiente para la oponibilidad a terceros, la inscripción registral (art. 2° de la ley 17.801, texto según la ley 26.994). Sin embargo, la interpretación armónica de las normas del Código Civil y Comercial y de las normas registrales, como hemos adelantado, ha dado pie a una altamente predominante corriente de opinión en la doctrina civilista que afirma la subsistencia de publicidad posesoria juntamente con la publicidad registral⁽²³⁾.

Bajo la vigencia del Código Civil derogado, en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1981 se emitió el siguiente despacho: “Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe”. Nótese que siempre la buena fe es lo que pone en valor la prioridad y como consecuentemente su ausencia la priva de efectos.

Las Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil de 1983 formularon las siguientes conclusiones: “a) En el derecho positivo vigente conserva toda su trascendencia la publicidad posesoria; b) Existirá publicidad posesoria cuando a través de ella los terceros interesados hayan conocido o podido conocer la realidad extrarregistral; c) En el supuesto de colisión entre las publicidades posesoria y registral primará la precedente en el tiempo”.

El art. 1843 del Proyecto de 1998 (primera parte) disponía que “En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe”.

Para justificar la solución contenida en el precepto proyectado se argumentó que “Conforme a lo que la doctrina claramente mayoritaria interpreta en función de los textos vigentes, con éxito en la jurisprudencia, se destaca la función publicitaria de la posesión”.

El Código Civil y Comercial no contiene una norma como la proyectada, mas ello no significa que, en determinadas condiciones, la publicidad posesoria no deba ser priorizada en su colisión con la publicidad registral. El art. 1893 CCCN puede servir de punto de partida para abonar tal razonamiento.

Si para que la adquisición o transmisión de un derecho real sea oponible a los terceros interesados y de buena fe resulta indispensable que haya mediado “publicidad suficiente”, entendiéndose como tal a la toma de razón en el registro o a la posesión “según el caso”, parece necesario reconocer que ese estado de hecho, dada la función exteriorizadora que le es connatural, tiene en determinados supuestos la virtualidad de hacer oponible a los terceros la adquisición de que se trate, pues, para que estos resulten protegidos deben ser de buena fe, lo que requiere una actitud diligente de su parte, porque el tercero no será de buena fe si “conocía o debía conocer” y va a tener que conocer por las titulaciones, por las realidades extrarregistrales, por las realidades posesorias⁽²⁴⁾. Precisamente esa realidad posesoria antecedente, descartará la buena fe del tercero cuyo derecho se integra con la posesión, pues de haber mediado una actitud diligente, habría conocido el estado posesorio del inmueble.

Del art. 756 CCCN también puede deducirse que cuando concurren publicidad posesoria y registral primará la primera en el tiempo siempre que sea de buena fe.

El frustrado anteproyecto de reformas (decreto 128/2018) proyectó agregar un último párrafo al art. 2083 estableciendo que “En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe”. En los fundamentos del anteproyecto se explica que “el texto vigente confiere eficacia a la publicidad posesoria, pero ha omitido resolver el conflicto entre esta y la publicidad registral. Por ello se propone incorporar un último párrafo que resuelve tal conflicto sobre la base del principio ‘*prior in tempore...*’ como lo hacía el Proyecto de 1998 (art. 1843)”. Si bien, como explicamos en los párrafos precedentes, esta solución fluía de diversos artículos del Código, aplaudimos, en su momento, la incorporación de una norma expresa en tal sentido.

VII. Qué ocurre en los Derechos Reales que no se ejercen por la posesión

No se encuentra resuelto, expresamente, en el actual derecho –tampoco en el derogado– si indagar la realidad posesoria es solo tarea de quienes pretenden un derecho sobre la cosa que se integra con la posesión o si también es una manda para aquellos titulares de derechos reales que no requieren posesión, como en el caso de la hipoteca. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en el año 2011, con el Anteproyecto, luego tornado en el Código vigente en ciernes, se delinearon las dos posiciones de la siguiente manera:

“Conflicto entre el poseedor y el acreedor hipotecario o acreedor embargante. Despacho A. El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descriptas triunfa en el conflicto de oponibilidad frente al acreedor hipotecario y el acreedor embargante. La buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble (Mayoría). Firmantes: Alterini, Jorge H., Luna, Villanustre, Rojas Torres, Pepe, Corna, Morales, Ventura, Padilla, Hirsch, Orelle, Pereyra, Pérez, Fernández, Zencic, Salas, Cornejo, Castruccio, Palomanes, Vázquez, Gabriela A., Anis, Farina, Colombo, Toledo, Barbaglia, Cossari, Nelson G. Despacho B. En el conflicto con el acreedor hipotecario, no constando su conocimiento del estado posesorio anterior, debe triunfar este como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición posesoria. La solución que da el Proyecto de 1998 al respecto es correcta *de lege data* (Minoría). Firmantes: Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Bressan, Casal, Rossetti, Guardiola, Casabé, Sierz”.

Y es que nuevamente no puede el acreedor hipotecario que se despreocupó de constatar el estado posesorio de la finca esgrimir una buena fe que triunfe sobre la posesión del adquirente por un boleto de compraventa indubitable.

La segunda parte del art. 1843 del Proyecto de 1998 establecía: “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”. En la exposición de motivos se afirmaba que “Para compaginar esa incontrovertible realidad con las necesidades del crédito, se descarta la oponibilidad de la publicidad posesoria frente a los titulares de derecho reales o de situaciones jurídicas registradas que no se ejerzan por la posesión (por ejemplo, hipotecas, embargos), salvo que la posesión exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido”.

Si bien la norma tiene sentido particularmente en el caso de los derechos reales de garantía que no se ejercen por la posesión, lo cierto es que en la inmensa mayoría de los casos se trata de acreedores profesionales, generalmente instituciones de crédito, que no han prescindido –o no deberían hacerlo– de una tasación del inmueble para lo cual es imprescindible el constatación *in situ* de su estado, por tanto, no pueden ignorar la existencia de un estado posesorio que pueda obstar a su derecho. Lo dicho no quita que también es lo que debe hacer prudentemente un acreedor ocasional. En suma, la ausencia de tal comportamiento es culpable e implica mala fe.

VIII. La buena fe y la inscripción constitutiva

La tercera parte del art. 1893 dispone que si el modo es la inscripción constitutiva “la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real”.

(23) GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, La Ley, Buenos Aires, 1973, p. 80; COGHIAN, Antonio, *Teoría general del derecho inmobiliario registral*, pp. 49 y ss.; KIPER, Claudio M., *Juicio por escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 60 y ss.

(24) ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, *La Ley*, 2006-E, 1126.

Pero cabe preguntarse qué buena fe puede invocar quien pretende adquirir una cosa registrable –constitutivamente registrable– del dueño inscripto y no constata que ella se encuentra efectivamente en su poder.

Debe recordarse aquí nuevamente el citado art. 1902 tercera parte, aplicable a todas las cosas registrables. Viggola y Molina Quiroga habían sostenido que la buena fe requiere en materia automotor: a) examen documental, b) certificado registral, y c) verificación física⁽²⁵⁾. En resúmenes cuentas la verificación material del objeto y la verificación de su situación jurídica⁽²⁶⁾.

La posibilidad de realizar la verificación física descarta que la cosa estuviera en poder de una persona diversa al titular registral, y si lo estuviera obviamente debería despertar sospechas que de no despejarse adecuadamente implicarían culpa y, por ende, mala fe. En suma, nuevamente se da aquí la necesidad de un examen completo.

Las directivas expresadas se encuentran reflejadas para los muebles registrables –sea la registración constitutiva o no– en normas ubicadas dentro de la acción reivindicatoria. Así, para el caso específico de los automotores, el art. 2254 segunda parte establece que son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo. Y el 2257 para toda cosa mueble registrables entre otras directivas establece en su inciso a) que se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos

identificatorios de la cosa de acuerdo al régimen especial y tampoco se constata la documentación y estado registral.

Nuevamente, la buena fe queda destruida aun cuando quien la esgrima no tuviere conciencia de la existencia de un derecho prevalente por haber obrado con negligencia y, en definitiva, con culpa.

IX. A modo de conclusión

En nuestro derecho, la buena o mala fe en los derechos reales no puede juzgarse con parámetros objetivos, sino que se necesita escudriñar si el sujeto actuó conforme lo dispuesto expresa o implícitamente en la legislación. La mala fe no siempre implicará el dolo por un conocimiento cierto de la falta de derecho y, por ende, obrar “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” o incluso –aun por medio de fraude– se tiene conciencia de que intencionalmente se está produciendo un daño, pero si más frecuentemente existirá culpa al no tomar los recaudos “de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar” generalmente por imprudencia o negligencia en el caso del lego, o por la “impericia en el arte o profesión” de quien debió examinar las constancias registrales, la matricidad y realizar el estudio de títulos.

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

(25) VIGGIOLA, Lidia y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Régimen jurídico del automotor*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 331.

(26) ALTERINI, Jorge H., “Modos de adquisición del dominio de los automotores”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, n° 7, octubre 1991, p. 122.