

34 JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

TITULO: DERIVACIONES NOTARIALES Y REGISTRALES DE LA AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE VIVIENDA

AUTOR:

RUSSO, Martín Leandro

martin0russo@gmail.com

Tema IV: AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR

Coordinadores:

Esc. Gabriel VENTURA

gabrielbventura55@gmail.com Subcoordinador:

Esc. Arnaldo DÁRDANO

escribaniadardano@yahoo.com.ar

PONENCIAS

1.- La inscripción de la escritura de afectación al régimen de vivienda en el Registro de la Propiedad es meramente declarativa, rigiéndose por la prioridad temporal que consagran los arts. 5, 17 a 19, y 22 a 25 de la ley 17.801.

2.- La afectación a vivienda otorgada por escritura pública queda comprendida en las previsiones del art. 23 de la Ley 17.801 en cuanto a la posibilidad de expedir certificado de dominio para su instrumentación y aplicar la retroactividad que establece el artículo 5 de la ley 17.801.

3.- No sólo los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios pueden afectar a vivienda un inmueble. También pueden hacerlo el superficiario, el usufructuario, el usuario y el titular del derecho real de habitación.

4.- Para el caso de la unión convivencial, no es requisito que la misma esté inscripta para que el conviviente pueda ser designado beneficiario, siendo exigible únicamente que se trate de una unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 del CCyCN.

6.- La subrogación alcanza al inmueble ya existente en el patrimonio del afectante y/o a toda nueva adquisición. Este principio abarca la permuta, aunque no haya compensación y a todo acto oneroso, a los acuerdos particionarios y todo otro bien adquirido por cualquier causa, incluso a título gratuito, por el subrogante.

7.- No es necesaria ni materia de calificación registral la reserva de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente. La misma puede ejercerse sin límite o plazo alguno.

8.- Es posible la afectación por tracto abreviado por cuanto los supuestos contenidos en el artículo 16 de la ley 17.801 no describen actos específicos sino, siendo suficiente con que el afectante sea el titular del derecho sobre el inmueble objeto de la afectación.

1. Introducción.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) regula la protección de la vivienda en el Capítulo 3, de la Sección 3, del Título III “Bienes” del Libro Primero correspondiente a la “Parte General”. Este instituto, vino a continuar con la protección que ya consagraba nuestra legislación bajo el régimen de bien de familia que consagraba la derogada Ley 14394.

En efecto, las disposiciones del CCyCN en la materia resultan aplicables a las afectaciones que hubieren tenido lugar con la normativa anterior, por cuanto los efectos protectorios del bien de familia no se extinguieron con la derogación de la normativa que lo regulaba, pasando a estar regido por la entrada en vigencia de la legislación actual¹.

El artículo 244 del Código establece que la afectación del inmueble destinado a vivienda se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las normas previstas en las reglas locales, rigiéndose la prioridad temporal de la inscripción por las normas de la Ley Nacional 17.801, es decir, reconociendo por ende los dos tipos de prioridad que consagra el ordenamiento registral con efectos bien distintos.

Consecuentemente, la cuestión referida a la inscripción registral de la afectación es de gran importancia, por sus efectos y oponibilidad de la misma.

2. El régimen de vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código, mantiene las características de la regulación que daba al instituto la ley 14.394. Sin perjuicio de ello, amplía su aspecto tuitivo por cuanto el artículo 244 en su primer párrafo, establece como objeto de la afectación al régimen un inmueble que cumpla con el destino de vivienda, pudiendo tal afectación ser total o parcial hasta una parte de su valor.

Como puede observarse, la protección se otorga a la vivienda y se expande de forma indirecta a toda persona que habite en el inmueble afectado a solicitud de quien se

¹ CNCom, Sala D, 11/12/2016, “Cuni Rosaria y otro c/ Sueiro José s/ Incidente” Microjuris, MJJ99098. CNCom, Sala E, 19/09/2017, “Nave Omar Edgardo c/ Stigliano Sergio Omar s/ Ejecutivo” Microjuris, MJJ112169.

encuentre legitimado al efecto, otorgando la norma tal protección, a todo sujeto que habite el inmueble haya o no formado familia.

Señala Rivera² que, cualquier persona puede afectar un inmueble destinado a vivienda, no siendo necesario que haya una 'familia' que habite en él; lo que resulta un fiel reflejo del cambio de paradigma que evidenciamos en los últimos años, donde la persona humana y el resguardo y protección de su dignidad y vivienda, han adquirido un rol protagónico y esencial por sobre el contenido de carácter patrimonialista; consecuencia de la constitucionalización del derecho privado³.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, los autores del código han expuesto que: *"...(a) Se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a su situación cada vez más frecuente, de la persona que vive sola..."*.

Se incorporan asimismo nuevos beneficiarios (art. 246 del CCyCN); requiriéndose que al menos uno de ellos habite el inmueble (art. 247, párr. 1). En consecuencia, es suficiente la declaración formulada por el otorgante en la escritura que destina el inmueble a vivienda y que, al menos, uno de los beneficiarios habite en el lugar; bastando con tal declaración en el documento.

Para el caso de la unión convivencial, no es requisito que la misma esté inscripta para que el conviviente pueda ser designado beneficiario en la afectación, si ello fuera requerido, se vulneraría el carácter tuitivo del régimen, lesionaría la protección integral

² RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., Derecho Civil. Parte General. Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (directores), La Ley, 2019, p.581.

³ Ya con anterioridad al régimen vigente, se había concluido en las XX Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, año 2005: "De lege data ... La protección constitucional de la vivienda (Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Art. 25, apartado 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art.14, apartado 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (Art.34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (Art.75 inc. 22 C. N.). Así, alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familia"

de la familia⁴. El único requisito exige es que se trate de una unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 del CCyCN⁵.

El código consagra la subrogación real (art. 248 del CCyCN), pudiendo ejercerse sin necesidad de determinación de plazo alguno.

La subrogación alcanza al inmueble ya existente en el patrimonio del afectante y/o a toda la nueva adquisición. Este principio abarca la permuta, aunque no haya compensación, a todo acto oneroso y a los acuerdos particionarios y todo otro bien adquirido por cualquier causa, incluso a título gratuito, por el subrogante.

Si bien es de correcta técnica notarial de instrumentación, el realizar la reserva de subrogación al disponer el inmueble afectado, para dejar claramente expresada la voluntad de las partes y la publicidad hacia terceros, ello no lleva a concluir que deba realizarse necesariamente en ese acto.

Excede las facultades del registrador disponer sobre el particular, imponiendo exigencias que la ley de fondo no estipula de manera expresa.

Asimismo, se amplían los supuestos de inoponibilidad por deudas posteriores y sus excepciones(art. 249 del CCyCN).

Por último, se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente para los actos de disposición que recaigan sobre el bien (art. 250 del CCyCN) y se elimina la causa grave para la desafectación al régimen (art. 255 del CCyCN).

⁴ SZMUCH, Mario Gabriel, "Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos", Artículo de Doctrina, Revista del Notariado 919.

⁵Art. 509 CCyCN.- Ambito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

ART. 510 CCyCN.- Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

- a) los dos integrantes sean mayores de edad;
- b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado;
- c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta;
- d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;
- e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

3. Legitimados para afectar. Afectación por tracto abreviado

Señala el artículo 245 del CCyCN: *“La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.*

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida”.

El artículo utiliza la expresión “titular registral”, en referencia al titular de un derecho real sobre cosa propia y/o ajena, mientras que el artículo 246, refiere al “propietario constituyente”. La expresión “titular registral”⁶, ha sido objeto de razonables y fundadas críticas por cuanto el dominio se adquiere mediante la conjunción de título y modo suficiente, siendo la inscripción un mero requisito de oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe⁷.

Sin embargo, se entiende que, el enunciado de la norma lo que hace es referir al sujeto titular de un derecho real sobre cosa propia o ajena. En consecuencia, el término afectante, debe interpretarse en sentido amplio.

Partiendo de tal interpretación, puede decirse entonces que no sólo los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios pueden afectar a vivienda un inmueble. También pueden hacerlo el superficiario, el usufructuario, el usuario y el titular del derecho real de habitación.

⁶ Utilizan la terminología “titular registral” la Disposición Técnico Registral 10/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires; la Resolución General 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Córdoba; Disposición Técnico Registral 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, por citar algunos casos. En cambio, otras disposiciones emplean la expresión “titular dominical”, como el caso de las Disposiciones Técnico Registrales 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, 40/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Chaco y 9/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de La Pampa, entre otros.

⁷ D`ALESSIO, Carlos María “Teoría y Técnica de los Contratos. Tomo I”, Editorial La ley, 2015

Ello fue resuelto por unanimidad en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), que: El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario. Del mismo modo se han expresado las comisiones que trataron el tema en el XX Congreso Nacional de Derecho Registral (Catamarca, 2019) y en XXI Congreso Nacional de Derecho Registral (virtual, 2021).

El Registro de la Propiedad Inmueble capitalino ha receptado tal posibilidad en la Disposición Técnico Registral 4/2016, estableciendo en su artículo 5, última parte, que: *“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”*.

Sin embargo, se considera inapropiado que se solicite la conformidad del usufructuario y nudo propietario conjuntamente (al igual que para el caso del uso y la habitación), ya que como se ha señalado, nada impide que el usufructuario pueda afectar el usufructo de un inmueble con destino a vivienda.

La cuestión fue planteada asimismo en el XXI Congreso Nacional de Derecho Registral, habiéndose concluido al respecto que el usufructuario puede manifestar su voluntad de afectación del inmueble sin necesidad de concurrir al acto el nudo propietario⁸.

El artículo 245 establece que, si el inmueble está en condominio, la afectación deberá ser solicitada por todos los condóminos⁹.

Este principio tiene una excepción, que se da en el derecho real de propiedad horizontal, cuando un propietario afecta una unidad funcional (departamento) y la parte

⁸ XXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL (2021) – Comisión 2: Se reiteran las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Catamarca en el año 2019, en el sentido de que el usufructuario puede manifestar su voluntad de afectación del inmueble sin necesidad de concurrir al acto el nudo propietario. Ello en virtud del claro enunciado del art. 245 primer párrafo del CCyC. Asimismo está facultado a acogerse al sistema de subrogación del régimen.

⁹ DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, DTR 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, DTR 1/2016 de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Río Negro, DTR 40/2015 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Chaco y DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, entre otros.

indivisa de una unidad funcional o complementaria (cochera, baulera), ya que en este caso, no es necesario que el resto de los condóminos afecten sus partes indivisas.

Debe analizarse el caso en que un condómino quisiera disponer su parte indivisa y el otro no, sin necesidad que deba desafectarse el inmueble en su totalidad. La disposición por uno de ellos de su parte indivisa habilita la desafectación parcial subjetiva por esa parte alícuota, subsistiendo la afectación para el otro condómino, por cuanto la protección de la vivienda, de rango constitucional, no puede ser restringida para quien no desea disponer del bien. Asimismo, el condómino que enajena su parte indivisa podrá ejercer el derecho de subrogación previsto por el art. 248 CCyCN sin límite alguno.

Para el caso de la disposición de la afectación por acto de última voluntad, se requiere que el testador, sea el único titular del inmueble (arts. 2462 a 2465 del CCyCN).

Se incorpora además en nuestro ordenamiento la afectación de la vivienda a pedido de parte, por decisión judicial, durante la atribución de la vivienda familiar o cuando existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida¹⁰.

Como se ha señalado, el artículo 245 señala que la afectación puede ser solicitada por el titular registral, sin mención a un derecho real en particular.

El artículo 16 de la ley 17.801, prevé las situaciones registrales que, prescindiendo del principio sentado en el artículo 15 de la ley, están dispensadas de cumplir con el principio denominado de "previa inscripción".

En tal sentido, la doctrina mayoritaria, coincide en que la interpretación debe ser flexible, y ése ha sido también el criterio de la Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble donde se resolvió que: " ... los supuestos contenidos en el artículo 16 de la ley 17.801 no describen actos específicos sino clases de actos"¹¹.

De lo contrario, la interpretación literal de la norma en cuanto refiere de que la constitución sea otorgada por el "titular registral" colisiona nuestro sistema de inscripción declarativa. En definitiva, tal como resulta del criterio imperante, basta con que el afectante sea el titular del derecho sobre el inmueble objeto de la afectación.

¹⁰ Flah, Lily.R. y Aguilar, Rosana I. ob. cit.

¹¹ XII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, Despacho Nº 4, Paraná, 1975

La Disposición Técnico Registral 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, en su artículo 2 no requiere que se trate del “titular “registral”, por lo tanto, permite solicitar la inscripción de la afectación por la modalidad del tracto sucesivo abreviado. En este caso, la escritura deberá relacionar los antecedentes que legitimen al constituyente para luego volcarlo al asiento registral (art. 16 in fine, Ley 17801)

4. Consideraciones en torno al objeto

El artículo 244 CCyCN determina que puede afectarse al régimen de vivienda un inmueble que tenga ese destino.

Hay inmuebles que pueden presentar un objeto mixto. Es el caso de aquellos que tienen destino comercial y/o apto profesional y que además sirven de vivienda.

En materia de propiedad horizontal, el destino de las unidades funcionales puede ser el de vivienda y/o apto profesional. También, puede darse el caso de inmuebles, que no han subdividido, en los cuales se separa la vivienda de un local comercial u oficina o consultorio (que frecuentemente da a la calle) y la vivienda, que se encuentra emplazada en el contrafrente, o bien en un primer piso.

Independientemente de cual sea el caso, es suficiente con que la persona viva en el inmueble para tener la protección del instituto.

En el caso de inmuebles linderos, podrán afectarse en tanto hubiere identidad de titulares, siempre que en ellos se asiente la vivienda. Puede ocurrir, también, que en el caso de un lote ubicado en un conjunto inmobiliario, por ejemplo, se edifique la casa en un lote y la piscina en otro. Este el principio receptado por el ejemplo por la Disposición Técnico Registral 10/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

En materia de propiedad horizontal, es procedente asimismo la afectación de la unidad funcional y de su complementaria o de una parte indivisa de la misma.

La XIX Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble (Salta, 1982) resolvió sobre el tema: Que el concepto de inmueble en el instituto de

Bien de Familia, está definido por su destino, ya sea vivienda o explotación, con los demás recaudos exigidos por la ley para su afectación (art. 34). Artículo 2°: Que para arribar a dicho encuadre no es adecuada la utilización del concepto parcelario o registral de inmueble. Artículo 3°: que la extensión señalada abarca tanto los inmuebles urbanos en todas sus manifestaciones como los rurales.

Señala Armella al respecto que, tal circunstancia, permite afectar más de una unidad al sistema, de conformidad con su “utilidad”, lo que no es óbice para que el tercero, que con ello considere vulnerados sus derechos, pueda accionar por desafectación¹².

5. Publicidad registral de la afectación

El artículo 244 del CCyCN dispone que la afectación del bien destinado a la vivienda se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble de acuerdo a las formas previstas en las reglas locales, y que la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

En este sentido, la referencia a la aplicación de ley nacional registral, dota a la inscripción de carácter declarativo, si se tiene en cuenta que en su artículo 2 se prevé que el registro se realiza con fines de publicidad y oponibilidad a terceros¹³.

Desde un punto de vista amplio, se ha definido la publicidad como una actividad dirigida a hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica, es decir, lograr que algo sea público¹⁴. Al efecto, ha dicho Alterini que, esta actividad, responde a la necesidad de dar a conocer situaciones jurídicas que pueden afectar intereses de quienes no fueron parte en las mismas¹⁵.

¹² ARMELLA, Cristina N., “Bien de familia. Cláusulas escriturarias para los casos en los que el instituto se vincula con otras figuras jurídicas”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 928, 1997

¹³ TOBIAS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético*. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E. (directores), La Ley, 2015, Tomo I.

¹⁴ MOISSET DE ESPANES, Luis, *La publicidad de los Derechos Reales en el Derecho Argentino, antes y después de la Ley 17801*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXVI, Nros. 1-5, año 1972, p. 15

¹⁵ ALTERINI, Jorge H., en “Código Civi y Comercial Comentado. Tratado exegético” Alterini, Jorge H. y Alterini, Ignacio E. (directores), 3ra edición actualizada y ampliada, La Ley, 2019.

López de Zavalía, enseña que la publicidad puede ser enfocada desde tres aspectos: como cognoscibilidad, como actividad y como medio. Lo que implica que, la publicidad registral no es conocimiento efectivo, sino posibilidad de conocer; puede ser extraída en cualquier momento y está destinada al público¹⁶.

En nuestro sistema registral declarativo, la titulación opera extraregistralmente, por lo tanto, el efecto de la inscripción es dotar al derecho de oponibilidad plena, siendo por ende un presupuesto integrador del derecho adquirido¹⁷.

Por ello, el objetivo fundamental de la publicidad reside en evitar la clandestinidad de las situaciones y relaciones jurídicas, evitando así perjudicar intereses de terceros, que pueden verse privados de la garantía que les corresponde sobre el patrimonio de sus deudores afectados al cumplimiento de sus obligaciones (art. 242 CCyCN), sin ninguna posibilidad de conocimiento¹⁸.

En el mismo sentido, Falbo exponiendo las bondades del sistema registral argentino, ha dicho que la inscripción del título en el registro “tiene como efecto principal perfeccionar el derecho real, haciéndolo oponible respecto de ciertos terceros”¹⁹, habiéndose ya verificado la transferencia por el cumplimiento de los requisitos intrínsecos, es decir, el título y el modo suficientes.

La inscripción tiene por efecto generar la presunción iuris tantum atributiva del derecho que porta el documento registrado y el carácter de la misma incide en la determinación de sus efectos y en consecuencia, en la oponibilidad o inoponibilidad de la afectación frente a terceros interesados de buena fe²⁰.

Respecto del bien de familia, el artículo 35 de la Ley 14.394, señalaba que: “*La constitución del bien de familia produce efectos a partir de la inscripción en el Registro*

¹⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Zavalía, Buenos Aires, p. 56.

¹⁷ GARCIA CONI, Raúl R., *La transmisión inmobiliaria en la legislación argentina*, Publicación del Instituto de Derecho Registral, p. 7, T. III.

¹⁸ MOISSET DE ESPANES, Luis, *La publicidad de los Derechos Reales en el Derecho Argentino, antes y después de la Ley 17801*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXVI, Nros. 1-5, año 1972, p. 15

¹⁸ GARCIA CONI, Raúl R., *Derecho Registral Aplicado*, Librería Jurídica, 1972, p. 21.

¹⁹ FALBO, Miguel N., *El registro de la propiedad organizado por la ley 17.801*, en *Curso de Derecho Registral Inmobiliario*, organizado por el Dr. Alberto Molinario, Ed. Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federa 1971, p. 542

²⁰ CAUSSE, C. R., PETTIS, F. J. *La protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial*. AbeledoPerrot, 2015.

inmobiliario correspondiente", lo que llevaba a una corriente doctrinaria a sostener que se trataba de una inscripción constitutiva²¹.

Por otra parte, para otro sector, la inscripción tenía **carácter declarativo** basando su postura a partir de la distinción entre: a) "constitución" (entre partes) e "inscripción" (frente a terceros); y b) los distintos modos de constitución: acta ante el Registro, escritura pública y testamento²².

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos en pos de esta última postura, debe destacarse asimismo que la ley 14.394 era anterior a la ley 17.801, sancionada en el año 1968, resultando en consecuencia incompatibles, por cuanto mientras el mencionado artículo 35 disponía que los efectos del bien de familia nacían directamente desde la inscripción, lo que daba un aspecto constitutivo al acto²³; la última, consagra un sistema declarativo con una retroprioridad o reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados (art. 23 de la ley 17.801),

En este sentido, en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005), se votó la siguiente recomendación: "La registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2º, 20 y 22 de la ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del Código Civil). 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

Esta situación, relativa al efecto retroactivo de la inscripción registral queda hoy esclarecida cuando el artículo 244 del CCyCN se remite a la Ley 17.801, admitiéndose claramente la retroprioridad registral o prioridad indirecta, dotando a la inscripción de carácter declarativo, lo que se tratará seguidamente.

En definitiva, el artículo resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 17.801 por cuanto la afectación conlleva de alguna manera una modificación del

²¹ AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 100. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 66

²² Fazio de Bello, M. E. y Martínez N. B. *Bien de familia*. La Ley, 2009. Guastavino, E. *Derecho de familia patrimonial*. Bien de familia. La Ley., 2010.

²³ FAZIO DE BELLO, Marta E. y MARTINEZ, Nory Beatriz, "Protección de la vivienda en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-A, 658.

derecho con relación al inmueble objeto de la misma, ya que, a partir del otorgamiento de la escritura, éste queda sujeto a las disposiciones del Capítulo 3, de la Sección 3 del Título III “Bienes” del Libro Primero, de la Parte General, en cuanto a la inejecutabilidad, o bien a la facultad de otorgar actos de disposición sobre el bien.

En definitiva, el artículo 244 del CCyCN al indicar que la “afectación” se inscribe en el registro de la propiedad inmueble”, remitiendo a las normas de la ley registral inmobiliaria, consagra el carácter declarativo de la inscripción, siendo esta interpretación la que se ajusta a la finalidad tuitiva de la norma.

5. El principio de prioridad en la Registración Inmobiliaria Argentina

Suele decirse que, la preferencia, como principio general, representa la consagración del pensamiento “*prior tempore potior iure*”, que se impone asimismo como uno de los elementos distintivos de los derechos reales con relación a los personales²⁴. En efecto, ello resulta claro y así lo consagra el artículo 1886 del Código Civil y Comercial de la Nación al disponer que el derecho real atribuye a su titular la facultad de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

Señala Allende que, la preferencia es el género que indica la prelación entre derechos patrimoniales²⁵, siendo los términos prioridad y rango, dos aplicaciones que tiene la preferencia en el ámbito de los derechos reales²⁶.

En este sentido, puede decirse que hablamos de prioridad de un derecho frente a otro cuando entre ellos son incompatibles o excluyentes entre sí; en cambio, el término rango queda reservado para designar la preferencia que un derecho tiene frente a otro cuando ambos son compatibles²⁷.

²⁴ MANTEGANI DE QUAGLIA, Silvia, *La prioridad en el Código Civil y en la ley 17.801*, Revista Notarial, 1983-1, nro. 45, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba

²⁵ ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 318

²⁶ URBANEJA, Marcelo E., *La preferencia entre la hipoteca y los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena*, Revista Notarial 952, 2005, p. 757. GARCÍA CONI, Raúl R., *Derecho registral aplicado*, Ediciones Librería Jurídica, 1972, p. 131

²⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Curso introductorio al derecho registral*, Víctor P. de Zavalía Editor, 1983, p. 374

La prioridad registral, está reconocida como uno de los principios registrales que consagra la legislación registral argentina, siendo éstos definidos como las orientaciones capitales, líneas directrices del sistema, la serie sistemática de bases fundamentales, y el resultado de la sintetización del ordenamiento jurídico registral.

Estos principios, explican el contenido y función del Registro y están conectados entre sí, confluyendo unos con otros, de tal manera que no existen en forma independiente.

Jerónimo González y Martínez define los principios registrales como "orientaciones generales o direcciones fundamentales que, jugando a modo de principios, informan la disciplina estudiada y sirven para resolver problemas concretos"²⁸.

Respecto del número y denominación de estos principios la doctrina no es uniforme, pudiendo identificarse los siguientes, cuyo reflejo puede verse en la Ley 17.801: i) autenticidad (art. 3); ii) rogación (art. 6); iii) legitimación (arts. 2 y 4), iv) especialidad (arts. 10); v) legalidad (arts. 8 y 9); vi) inscripción (art. 12) vii) prioridad (arts. 5, 17, 19 y 40) viii) tracto sucesivo (art. 15, Ley 17.801) y tracto abreviado (art. 16, Ley 17.801).

Mediante la prioridad o el rango, una situación jurídica gana preferencia sobre otra, ya sea por incompatibilidad o bien por oponibilidad, complementándose con la inscripción que se efectúa en orden cronológico²⁹, ello en virtud de contar con una estructura normativa, que cuenta, por un lado, con un sistema de prioridad directa (arts. 19 y 40, ley 17.801) y por el otro indirecta , (arts. 5, 17, 23, 24 y 25, ley 17.801) que se erige en un sistema progresivo de reservas entrelazados ente sí de manera uniforme, a la que García Coni ha dado en llamar también retroprioridad³⁰.

En el sistema registral inmobiliario argentino, el rango es de avance, la posición registral es dispositiva, por ende, puede renunciarse o alterarse contractualmente mediante los llamados negocios sobre el rango.

Estos negocios, se apoyan en la autonomía de la voluntad, y permite a sus titulares convenir la permuta, posposición y coparticipación del rango, estableciendo otro orden

²⁸ GONZALEZ y MARTINEZ, Jerónimo, Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil, Tomo I - pág. 289.

²⁹ VILLARO, Felipe Pedro, Derecho Registral Inmobiliario, Astrea, año 2010, pág. 328.

³⁰ GARCIA CONI, Raul R., Derecho Registral Aplicado, Ediciones Librería Jurídica, Buenos Aires, 1972, p. 124.

de prelación para sus derechos (se altera el asignado por la prioridad), en tanto se respeten los principios de especialidad y publicidad (arts. 2, 20,21, 23 y 27, Ley 17.801)³¹. Por ejemplo, si eventualmente nos encontráramos ante dos hipotecas consecutivas en su orden, los acreedores pueden permutarse voluntariamente el rango o posponerlo, o bien el propietario del inmueble puede reservarse el rango con consentimiento del acreedor publicitando el monto al que la hipoteca pueda alcanzar.

6. Prioridad registral directa.

El principio de prioridad o rango tiene por finalidad establecer el orden de preferencia de los documentos que acceden al registro, de forma tal que quien obtenga una registración no vea colisionar su derecho a otro incompatible, manteniendo al Registro libre de contradicciones, sin titularidades de derechos incompatibles. Señala García Coni al respecto que, prioridad directa, es aquella que adquiere un documento en el momento mismo de su presentación al registro, donde será inscripto o anotado³².

López de Zavalía sostiene que nuestra ley se enrola dentro de los sistemas registrales de prioridad inicial, por lo que se tiene en cuenta no la fecha real del asiento en el folio, sino la fecha y el número del libro diario, cuando entra el documento en el Registro y el otorgamiento del número de orden³³.

Ese primer asiento, debe llevarse cronológicamente y con asignación correlativa de números a los documentos que se presenten, siendo el ordenamiento diario el que determina la prioridad entre dos o más documentos con relación al mismo inmueble³⁴.

³¹ URBANEJA, Marcelo E., A 35 AÑOS DEL DECRETO-LEY 17801/68: PANORAMA SOBRE LA REGISTRACIÓN INMOBILIARIA ARGENTINA, op. cit.

³² GARCIA CONI, Raúl R., "La retroprioridad y su reserva", La Ley-1984-C, p. 892.

³³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, "Curso introductorio...", cit., p. 380.

³⁴ Art. 40 Ley 17.801: El Registro, por los procedimientos técnicos que disponga la reglamentación local, llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda.

La prioridad directa, encuentra sustento siempre en un criterio temporal y se establece por la fecha de la toma de razón o inscripción. La ley determina la prioridad en base a los dos elementos que menciona el artículo 19: fecha y número de presentación³⁵.

Ello significa que el documento que ingresa hoy prevalece sobre el que ingrese posteriormente, en consecuencia, el asiento de presentación es que le asignará prioridad directa³⁶.

Puede suceder que ingresen documentos con relación a un mismo bien, durante el mismo día. Si los derechos reales resultan compatibles, coexisten, pero con preferencia distinta, o como lo llama la doctrina, con rango diferente. Por ejemplo: un inmueble puede estar gravado por dos hipotecas, una en primer grado y otra en segundo; si la hipoteca inscrita en primer grado desaparece, automáticamente la de segundo grado asciende al primero y así sucesivamente. Cuando se trata de derechos reales incompatibles entre sí, el asiento de presentación será el que determinará la prioridad entre los documentos ingresados en la misma fecha, correspondiéndole al que lleve el número de presentación más bajo (arts. 19 y 40, Ley 17.801)³⁷, por lo que entra en acción el principio de prelación o preferencia (art. 1886 CCyCN).

De ello resulta que, si la afectación a vivienda se otorgara por escritura pública y no se solicitare certificación o solo se solicitara informe de dominio, se estará a la prioridad directa conforme lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 17.801.

En tanto, para el supuesto en que se requiera la afectación a vivienda por acta administrativa, al documento se le aplicará lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 17.801. En consecuencia, si la afectación es anotada de forma provisoria, y luego se obtiene la inscripción definitiva, la misma se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado al documento por efecto de la prioridad directa.

³⁵ Art.19 Ley 17.801: La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida.

³⁶ CUNEO, María M., DODDA, Zulma A., GIACOSA, Sebastián, URBANEJA, Marcelo E., "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado" (CLUSELLAS, Eduardo G. coordinador), ASTREA-FEN, 2019, T. IX, p. 249

³⁷ GARCIA CONI, Raúl R., La retroprioridad y su reserva, op. cit., p. 893

8. Prioridad indirecta

El sistema registral inmobiliario argentino, regulado por la ley 17.801, estructura el principio de prioridad indirecta, en función de reservas de prioridad progresivas que, a través del transcurso de los respectivos plazos, articula las posiciones registrales que le corresponden a los documentos, comenzando desde el momento en que se expide la certificación con reserva de prioridad. En este sentido, expresa García Coni³⁸ que la finalidad de la certificación radica en proteger, por un plazo determinado y perentorio, los actos y contratos que tengan como finalidad inmediata la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

La declaración aprobada en el II Congreso Internacional de Derecho Registral de Madrid de 1974, luego de invocar en sus considerandos la experiencia argentina, concluyó con la siguiente recomendación, aprobada por unanimidad: “1) Se reconozca la conveniencia, utilidad y necesidad de la reserva de prioridad para obtener seguridad en la constitución, transmisión o modificación de las situaciones jurídicas registrales, y la certificación registral con reserva de prioridad, como uno de los medios eficaces para alcanzarla. 2) Que cada legislación nacional considere la posibilidad de adaptar la forma y los efectos de la certificación con reserva de prioridad a las peculiaridades de su sistema jurídico”.

La prioridad indirecta va de la mano con la autenticidad documental, por cuanto solo se otorga a los que de forma expresa señala la ley³⁹.

Este mecanismo, es receptado por el artículo 17 de la ley 17.801 al establecer que a un documento registrado no podrá oponérsele otro de igual o anterior fecha, salvo que éste se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia que mencionan los artículos 23 y 5⁴⁰.

³⁸ GARCIA CONI, Raúl R., *Derecho Registral Aplicado*, Librería Jurídica, 1972, p. 124.

³⁹ GARCIA CONI, Raúl R., *La retroprioridad registral y su reserva*, La Ley, 1984-C, 892.

⁴⁰ Art. 17 Ley 17.801: Inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia de la certificación a que se refieren los artículos 22 y concordantes y se lo presente dentro del plazo establecido en el artículo 5°

Como señala Moisset de Espanés, esta técnica, tiende a proteger los "negocios jurídicos" en gestación, desde el momento en que se comunica al Registro su futura existencia, ya que toda persona con interés legítimo "podrá conocer" la modificación que se pretende introducir a la situación de derecho real⁴¹.

El artículo 23 de la ley 17.801, dispone que ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto. Ambos requisitos, constituyen una condición esencial para el otorgamiento de documentos que contengan los actos de la naturaleza señalada por la norma⁴².

La certificación, contiene la información referente al estado jurídico de los bienes y de las personas, siendo la reserva de prioridad la gran innovación que trajo la sanción de la ley 17.801, como efecto del certificado que opera desde su expedición. Señala Scotti al respecto que, el instituto de los certificados tiene divulgación en el derecho comparado, con diferencias de efectos sustantivos y adjetivos⁴³.

Lopez de Zavalía ha definido la certificación como "un documento público emitido por el registro a solicitud del escribano o funcionario que se propone autorizar un instrumento público de mutación real, o por un delegado notarial de ésta, y que tiene por fin informar a tenor de los asientos, garantizando patrimonialmente la exactitud e inmutabilidad de lo informado dentro del plazo y las condiciones subjetivas y objetivas que resulten de la ley, y dando lugar a un asiento en el folio que provoca un cierre condicional del mismo"⁴⁴.

La expedición de la certificación produce dos efectos: i) la reserva de prioridad y ii) la prevalencia de la situación jurídica contenida reflejada por el asiento, incluso aun

⁴¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Bien de familia. Publicidad y oponibilidad", LLC, 2000-891

⁴² Art. 23 Ley 17.801: Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas.

Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

⁴³ SCOTTI, Edgardo, Certificación registral con reserva de prioridad. La protección del negocio jurídico en gestación, ED,167-1147. FALBO, Miguel N., La certificación registral con reserva de prioridad, Revista Notarial 819, 1975, p..349

⁴⁴ LOPEZ DE ZAVALIA, "Curso Introductorio al derecho Registral", Pag. 331.

cuando se omitieran inscripciones o anotaciones que puedan resultar oponibles. Comprende tanto el certificado de dominio como el de anotaciones personales o inhibiciones.

Si bien el artículo 23 hace referencia a escribanos y funcionarios, la protección indirecta que surge del artículo 5 de la ley 17.801 refiere únicamente a las escrituras públicas, por lo tanto, los escribanos resultan ser los únicos legitimados para solicitar certificados⁴⁵.

El artículo 24 de la ley 17.801, establece diferentes plazos para la validez de las certificaciones, y para la anotación preventiva generada por efecto de la reserva de prioridad, tal como lo dispone el artículo 25 de dicha norma, en cuanto establece que expedida una de las certificaciones comprendidas en los artículos anteriores (art. 23, Ley 17.801), el registro tomará nota en el folio correspondiente y no dará otra sobre el mismo inmueble, sin la advertencia acerca de las certificaciones anteriores, dentro del plazo de vigencia de las mismas más el plazo del artículo 5 mencionado.

. Estos plazos son perentorios y pueden ser de quince, veinticinco o treinta días, según se trate de certificaciones para documentos autorizados por funcionarios con domicilio legal en la ciudad asiento del registro, con domicilio legal en el interior de la provincia o con domicilio legal fuera del ámbito de la Provincia o Capital Federal⁴⁶.

El plazo de vigencia de los certificados comenzará a contarse a partir de las cero horas del día de su expedición. En cuanto al comienzo del cómputo del plazo, debe precisarse que, no obstante, el artículo 24 hace referencia al día de expedición, algunos registros optaron por tomar el día del ingreso como el de inicio del cómputo del plazo⁴⁷,

⁴⁵ CUNEO, María M., DODDA, Zulma A., GIACOSA, Sebastián, URBANEJA, Marcelo E., "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado" op. cit., p. 99

⁴⁶ Art. 24 Ley 17.801: El plazo de validez de la certificación, que comenzará a contarse desde la cero hora del día de su expedición, será de quince, veinticinco o treinta días según se trate, respectivamente, de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del Registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal. Queda reservada a la reglamentación local determinar la forma en que se ha de solicitar y producir esta certificación y qué funcionarios podrán requerirlas. Asimismo, cuando las circunstancias locales lo aconsejen, podrá establecer plazos más amplios de validez para las certificaciones que soliciten los escribanos o funcionarios públicos del interior de la provincia o territorio.

⁴⁷ Art. 60, Dto Ley 2080/1980: A los efectos del artículo 24 de la Ley Nº 17.801 y sus modificatorias se entenderá por día de expedición de la certificación el día de ingreso de su solicitud.

en función de interpretar que éste es el día en el cual el certificado se expide en función a no violar la disposición legal⁴⁸.

Ello significa que la situación jurídica que da cuenta el certificado se mantiene en pos del otorgamiento del acto para el que fue requerido durante el plazo de validez que fija la ley. Así, el documento mantendrá su posición o rango registral desde la expedición del certificado. Pero, esta reserva no funciona de forma aislada, sino que debe articularse con el plazo de cuarenta y cinco días que establece el artículo 5 de la ley 17.801 para la presentación de los documentos. Si el documento ingresa al Registro fuera de esos cuarenta y cinco días, la reserva de prioridad se pierde y quedando solamente la prioridad directa (art. 19, ley 17.801), es decir, la que surge de su presentación⁴⁹.

La falta de certificados, no impide la inscripción, solamente genera que el documento se inscriba por la prioridad directa en función de su fecha de presentación (arts. 19 y 40, Ley 17.801). En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, ello es receptado por la Disposición Técnico Registral 9/1991.

La contundencia de los efectos del certificado fue destacada oportunamente por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones cuya resolución confirmó el desplazamiento de una escritura inscrita fuera de término, por otra de fecha posterior otorgada con certificación vigente dentro del plazo legal⁵⁰. En sentido similar, en autos caratulados "Rodríguez, Antenor c. Provincia de Buenos Aires, coadyuvante: Bombin, Juan Manuel. Demanda contencioso administrativa" se ha resuelto que: "La inscripción registral definitiva no puede condicionarse a las resultas de una orden judicial de no innovar ingresada al Registro antes de la solicitud de dicha inscripción, si la escritura de transmisión del dominio del bien se efectuó teniendo en cuenta la certificación del registro que acreditaba su libre disponibilidad y la solicitud de inscripción se formuló dentro del período de anotación preventiva".

⁴⁸ URBANEJA, Marcelo E. A 35 AÑOS DEL DECRETO-LEY 17801/68: PANORAMA SOBRE LA REGISTRACIÓN INMOBILIARIA ARGENTINA, op. cit. p. 83. GARCÍA CONI, Raúl R., ob.cit., pág. 94.

⁴⁹ Art. 25 Ley 17.801: Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo que se refiere el artículo 5º, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado. Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado.

⁵⁰ GARCIA CONI, Raul R., El juego de las prioridades, La ley 1975-B, p. 289.

De este modo, puede observarse una perfecta línea temporal que abarca desde el momento en que procede la reserva de prioridad que implica la expedición de la certificación (arts. 23, 24, 25), pasando por la del plazo de presentación del documento (art. 5), concluyendo con la inscripción definitiva del documento o de ser el caso por la del plazo de inscripción provisional y sus eventuales prórrogas (art. 9).

Esta organización consagrada por la ley 17.801, en definitiva, se entrelaza perfectamente con los artículos 17 (oponibilidad e incompatibilidad), 18 (inscripciones condicionadas) y 19 (prioridad pura y alteración convencional de la prioridad).

Por último, además del certificado, el artículo 23 de la ley 17.801 exige también que el escribano tenga a la vista el título inscripto en el Registro, medida que impide por un lado, que el titular haga una doble disposición del inmueble, otorgando trascendencia a la publicidad cartular, que se configura con la nota que el escribano inserte en el título con relación a la naturaleza del acto otorgado, fecha y partes del mismo⁵¹.

Esta disposición de la norma, a diferencia de lo que sucede con los certificados, rige tanto para escribanos, como para el resto de los funcionarios que la norma prevé. Por ejemplo, los jueces y funcionarios deben verificar el cumplimiento de tal requisito, por ejemplo, ante el caso la venta de inmuebles por subasta judicial o administrativa (art. 1017 CCyCN).

9. Efectos sustantivos y registrales de la prioridad indirecta

La prioridad indirecta, como puede observarse, tiene por finalidad proteger los intereses creados entre las partes que integran el negocio, evitando cualquier situación que pueda modificar el estado inicial de las cosas.

Nuestro registro inmobiliario, reconoce que el derecho real es preexistente a su inscripción (arts. 1892 y 1893 CCyCN), y el legislador a través del sistema de prioridad indirecta pretendió salvaguardar el negocio relativo a las mutaciones jurídico-reales, desde su gestación hasta su concreción, para posicionarse una vez que accede al

⁵¹ URBANEJA, Marcelo E., A 35 AÑOS DEL DECRETO-LEY 17801/68: PANORAMA SOBRE LA REGISTRACIÓN INMOBILIARIA ARGENTINA, op. cit. p. 85

registro, libre de gravámenes y/o restricciones como resultado de la inscripción definitiva, que le otorga oponibilidad erga omnes⁵².

En este sentido, señala Alterini, que el principio de prioridad es una de las columnas fundamentales de todo buen derecho inmobiliario, gracias al mismo, permitiendo que quienes busquen adquirir un derecho real inmobiliario, no deban preocuparse de posteriores inscripciones, por cuanto éstas para nada les afectan, garantizando así la certeza⁵³.

Por medio de una ficción legal, la situación jurídica que informa el certificado, se mantiene solamente en favor del documento para el cual fue solicitado, siempre que el mismo ingrese al registro dentro del plazo legal establecido. Reiteramos que este rango o posición queda reservada desde el momento mismo en que el Registro expide el certificado, en tanto se respeten los plazos legales establecidos, esto es, utilización del certificado e ingreso del documento a inscribir.

La prioridad entonces, se retrotrae a la fecha de emisión del certificado, ya que, es a partir de ese momento en que se produce el mantenimiento de la inmutabilidad de la situación jurídica existente⁵⁴, efecto que se extiende al plazo de inscripción previsto en el artículo 5 de la Ley 17.801, por cuanto esta norma, debe interpretarse en concordancia con las que regulan la denominada reserva de prioridad (arts. 18, inc. b), 24 y 25, Ley 17.801).

Si la escritura se hubiese autorizado sin haber solicitado el certificado o con el plazo del mismo vencido en contravención a lo dispuesto por los artículos 23 y 24 respectivamente, el documento obtendrá la prioridad directamente por la fecha de presentación o entrada al Registro, según la regla de los artículos 19 y 40 de la Ley 17.801; requiriéndose para que opere el efecto retroactivo de la prioridad indirecta, que

⁵² URBANEJA, Marcelo E., A 35 AÑOS DEL DECRETO-LEY 17801/68: PANORAMA SOBRE LA REGISTRACIÓN INMOBILIARIA ARGENTINA, Revista del Notariado N° 875, p. 71

⁵³ NUSSBAUM, Arthur, *Tratado de derecho hipotecario alemán*, Madrid, 1929, trad. de la 2ª ed. alemana por W. Roces, p. 31, citado por ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, María Eugenia (autores), *Tratado de los Derechos Reales*, ob. cit., p. 824.

⁵⁴ CASABE, Eleonora, *El Principio de prioridad en la Ley Nacional Registral Inmobiliaria de la República Argentina*, El Notario del Siglo XXI, ENSXXI N° 30, MARZO-ABRIL, 2010.

el documento se haya otorgado bajo la protección de la reserva de prioridad, es decir, dentro del plazo de validez del certificado.

Desde el plano sustancial, la reserva de prioridad tiene su fundamento en la inmutabilidad del derecho “cerrando el camino para quien llega atrás, por los plazos que la misma establece”⁵⁵, proyectando sus efectos sobre la oponibilidad de los derechos. En caso contrario, bastaría con que ante un eventual reclamo, el acreedor coteje la fecha de la causa fuente de su acreencia con la fecha de inscripción.

En consecuencia, la reserva de prioridad proyecta los efectos sobre la oponibilidad del derecho de fondo. Es decir, que ante el eventual caso de adquisición y afectación simultánea, la certificación deberá requerirse por ambos actos, ya que, ante la existencia de un acreedor del adquirente, la fecha de la causa fuente del crédito se va a cotejar con la fecha de inscripción (supuesto sin reserva) o la fecha del ingreso del certificado (supuesto con reserva).

Esto no significa negar la posibilidad de otorgar otros negocios jurídicos compatibles con aquél para el cual se solicitó la certificación, ni de la obtención de otras certificaciones de la misma naturaleza que se anotarán en forma condicional. Estos asientos, quedan condicionados en su vigencia a que el documento que cuenta con reserva de prioridad ingrese al registro cumpliendo los plazos legales previstos por la ley (arts. 5 y 24)⁵⁶.

Los efectos de la inscripción condicionada se extienden incluso a la etapa de la inscripción provisional de 180 días que establece el inciso b) del artículo 9 de la Ley 17.801, y aun se mantendrá durante las sucesivas prórrogas que acuerde el Registro en caso que el defecto a subsanar continúe.

En materia de bien de familia, resulta relevante traer a colación el falle comentado por Moisset de Espanés donde un matrimonio que otorgó una escritura con fecha 30 de noviembre de 1992 por la que se constituye el inmueble como bien de familia, gozando la misma de reserva de prioridad concedida por el certificado correspondiente, habiendo

⁵⁵ SARUBO; Oscar E., *El certificado registral y el principio de prioridad*, Revista Notarial 976, 2014, P. 310.

⁵⁶ Art. 18 Ley 17.801, inc. b): Si al solicitarse la inscripción o anotación existieren otras de carácter provisional, o certificaciones vigentes, o esté corriendo respecto de éstas el plazo previsto en el artículo 5º, aquélla se practicará con advertencia de la circunstancia que la condiciona.

ingresado al registro el 22 de diciembre, de la que se toma razón de manera definitiva el 20 de agosto de 1993. El 14 de diciembre de 1992, uno de los cónyuges, se compromete como fiador solidario ante el Banco de la Nación Argentina. Incumplida la deuda, el banco procede a la ejecución y en primera instancia se ordena llevar adelante la sentencia contra el inmueble por considerar que la deuda era anterior a la inscripción. La Alzada rectifica el pronunciamiento, aplicando lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 17.801, cuando establece que las escrituras presentadas en término "se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación"⁵⁷.

10. Efectos de la inscripción de la afectación a vivienda.

En este sentido, la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 18 al 21 de Agosto de 2015) ha interpretado que dicha norma se refiere "tanto a la prioridad directa como indirecta, habilitando a cada Registro a darle a la inscripción, el carácter que considere conveniente...".

Pueden vislumbrarse entonces dos momentos cuando se trata de afectación voluntaria al régimen de protección a la vivienda. Por un lado, la constitución y por el otro, la inscripción.

La constitución por acta administrativa, parece reunir en un solo acto los dos momentos señalados, produciéndose una prioridad directa desde la toma de razón en el registro, pero cuando la afectación se realiza por Escritura Pública, los efectos de la retroprioridad otorgada por el certificado notarial resultan manifiestos⁵⁸.

De esta manera queda superada la divergencia de criterios doctrinarios y jurisprudenciales existentes durante la vigencia de la ley 14.394⁵⁹, a raíz de la contradicción e incompatibilidad con el régimen de prioridad regulado por la ley 17.801, en cuanto a la naturaleza del carácter de la inscripción.

⁵⁷ Moisset de Espanés, Luis, Bien de familia. Publicidad y oponibilidad, LLC, 2000-891. En el mismo sentido, SOLOA, Ana María, Inoponibilidad de la afectación al régimen de bien de familia, La Ley, 2009-C, 366; COSSARI, Nelson, Bien de familia: Retroactividad de los efectos de la inscripción registral del bien de familiar, La Ley, 2006-B, 1112, en el que el autor expone la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Carrizo" Fallos: 307:1647

⁵⁸ Fazio de Bello, Marta E. y Martínez, Nory Beatriz, *Bien de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 154.

⁵⁹ El 35 de la ley 14.394 establecía que "La constitución del bien de familia produce efecto a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente"

La DTR 4/2016 del Registro capitalino dispone que, 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 cctes. 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.

El artículo 12 de la DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires señala que: *“A la registración de la afectación a "vivienda", se le aplicará el principio de prioridad directa (artículo 19 de la Ley N° 17.801) o el principio de prioridad indirecta (artículo 23 de la Ley 17.801) en el supuesto de expedición de certificado de dominio. Si el documento por el que se afecta al régimen adoleciera de defectos subsanables, la afectación a "vivienda" será registrada en forma provisional, de conformidad con las previsiones del artículo 9 inciso b de la Ley N° 17.801”.*

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ya había resuelto que: *“...tratándose de una deuda contraída entre el lapso que va desde la constitución del bien de familia mediante escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad (dentro de los 45 días que establece la ley registral para otorgarle efectos retroactivos a la fecha de la escritura) el inmueble no está afectado por dicha deuda, razón por la que corresponde levantar el embargo”⁶⁰.*

11. Conclusión

Establecer la naturaleza jurídica de la inscripción del inmueble bajo el régimen de vivienda que regula el código en los artículos 244 a 256, fija la pauta de determinar el momento a partir del cual surgen sus efectos frente a terceros, si se tiene en cuenta que, la ley 17.801, en su artículo 2° se prevé que el registro se realiza con fines de publicidad y oponibilidad a terceros.

Si la afectación se otorga por escritura pública, se aplica la denominada “reserva de prioridad” siempre que el certificado se utilice dentro del plazo de validez, por cuanto como se ha dicho, durante ese lapso se mantiene la posición registral y la prioridad de la inscripción se retrotrae a la fecha de su instrumentación. En consecuencia, el efecto

⁶⁰ SCBA “Minadeo de Federico c/ Deambrosi s/ tercería de dominio” , 19/03/1993

principal de tal inscripción es que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción⁶¹ (conforme arts. 244 CCyCN y 5, 17 a 19 y 22 a 25, ley 17.801)

En este supuesto, los efectos de la afectación nacen con el otorgamiento de la escritura y no con su inscripción en el Registro de la Propiedad, por cuanto estamos frente a una inscripción con efectos declarativos.

Si en cambio, se requiere la afectación por vía administrativa ante el funcionario del Registro de la Propiedad, tal modalidad carece de la posibilidad de solicitar certificado registral porque ello solo está reservado para los documentos notariales.

En tal caso, los efectos de la inscripción son los derivados de la prioridad directa, es decir, se retrotraen a la fecha de presentación del documento administrativo en el Registro y consecuentemente los gravámenes que ingresen con anterioridad o durante su inscripción obtendrán la prioridad que les otorgue el orden cronológico conforme su ingreso.

Por lo tanto, resulta evidente y razonable que la prioridad indirecta solo se otorgue a los documentos notariales en la forma que expresa la ley 17.801⁶².

La función notarial se traduce en una gama variadísima de operaciones⁶³ y la actividad del notario se enmarca en un derecho que se podría denominarse preventivo o cautelar, de carácter esencial, cuya finalidad primordial es lograr que las relaciones jurídico-privadas, puedan nacer, crecer y desarrollarse protegidos por precauciones y garantías de distinta índole, que reduzcan al mínimo los riesgos de conflictividad⁶⁴. Por ello, no es la forma notarial la que dota un documento de eficacia en todos sus niveles (legitimadora de derechos, probatoria, ejecutiva, ejecutoria), sino el alcance de la

⁶¹ Herrera, M. y Pellegrini, V. (2015). *La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial*, Nuevo Código Civil. <http://www.nuevocodigocivil.com/la-proteccion-a-la-vivienda-familiar-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-por-marisa-herrera-y-maria-victoriapellegrini>.

⁶² GARCIA CONI, Raúl R., La retroprioridad registral y su reserva, La Ley, 1984-C, 892.

⁶³ ETCHEGARAY, Natalio P., Escrituras y Actas Notariales – Examen exegético de una escritura tipo, Buenos Aires, Astrea, 7° edición, 2019, pág. 37.-

⁶⁴ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “La función notarial y la seguridad jurídica”, en publicación de la Academia Sevillana del Notariado, “La seguridad jurídica y el notariado”, Revista de Derecho de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid (España), 1986, ps. 83 y ss.

intervención personal del escribano en el límite legítimo de su competencia (lo contrario es confundir al notario con el documento).