La adquisición legal del derecho real del subadquirente de buena fe y la trascendencia del estudio de títulos*

Karina Vanesa Salierno

SUMARIO. I. *La teoría del título y modo.* II. *La adquisición legal del derecho real.* III. *La buena fe como principio general.* IV. *Los principios generales y sus aplicaciones en casos particulares.* V. *Las adquisiciones a non domino, una exclusión justa.* VI. *Bibliografía consultada.*

I. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO

Adquisición de los derechos reales

La adquisición de los derechos reales puede ser originaria o derivada. La distinción radica en que en la primera el adquirente obtiene el objeto del derecho real por sí mismo sin la intervención de otro del cual lo recibe, como sucede en la adquisición por prescripción adquisitiva larga o usucapión; y en la segunda se visualizan las figuras del *tradens* y *accipiens*. La adquisición derivada puede provenir de actos entre vivos o *mortis causa*. Las adquisiciones derivadas *mortis causa* son reguladas por las reglas de la sucesión del libro V. En las adquisiciones derivadas entre vivos se aplica el principio del derecho romano *nemo plus juris* consagrado en el art. 399

* Trabajo galardonado con el primer premio de la Editorial Astrea compartido en el marco de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Mar del Plata entre el 25 y el 28 de noviembre de 2015. Corresponde al tema 1.

Congresos y Jornadas

(libro I, parte general, título V: "Transmisión de los derechos") y supone la existencia de una doble causa de adquisición, título y modo, excepto en el caso de los derechos reales que no se ejercen por la posesión, que requieren sólo de la causa fuente o título, más la inscripción registral. Para que se configure la adquisición derivada de un derecho real el art. 1892 requiere la concurrencia del título y modo suficientes¹. El artículo sigue los lineamientos del código velezano, el que en la nota al art. 577 criticaba el sistema consensual francés de adquisición de los derechos reales y seguía a FREITAS en la teoría del título y modo, quien veía en la tradición la fuerza de oponibilidad *erga omnes* del derecho real. Asimismo se ratifica que las partes deben ser capaces y deben encontrarse legitimadas para la transferencia y adquisición del derecho real.

Título suficiente

El título suficiente es el *acto jurídico causal*² revestido de las formalidades legales exigidas que emana de un disponente capaz y legitimado al efecto que tiene como fin inmediato la constitución, transferencia, modificación o extinción de un derecho real. De la misma definición de título suficiente se pueden construir por oposición los conceptos de justo título (falta de capacidad y/o legitimación) y título putativo. El justo título está definido en el art. 1902 como aquel que cumple con las formalidades de forma, pero

1 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos S.A., Vol. II, Madrid, 1983, págs. 648 y 649: "...es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto completo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Solo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son válidos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se ha existido *traditio*, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propiedad, de modo que el tridente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reivindicatoria, tanto frente a los posibles poseedores" (subadquirientes de este).

2 Para comprender esto nada mejor que la lectura del siguiente párrafo de las Pandekten de Regelsberg (t. I, párrafo 167) que tomo de la obra de Capitant (*De la Cause des Obligations*, 2ª ed. París, 1924, pág. 180): "¿Existe acto jurídico sin causa? El acto jurídico no es un fin en sí mismo. Se lo realiza o concluye en miras a un fin determinado, querido por las partes, y es a ese fin que se designa con el nombre de causa. El desplazamiento de valores producido por los actos jurídicos más importantes, transferencia de un bien, creación, extinción de una obligación, no es un fin en sí mismo sino solamente el medio de alcanzar un fin. Por ejemplo, se transfiere la propiedad para efectuar una donación, un préstamo, para extinguir una deuda (*causa donandi, causa credendi, causa solvendi*). Ese fin que determina el desplazamiento de valor, constituye su causa".

que fue otorgado por quien no es capaz o no está legitimado para transmitir o constituir el derecho real de que se trate. Agrega el artículo que la buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella, y en materia de inmuebles requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales.

Modo suficiente

Asimismo, el artículo establece los modos suficientes de adquirir los derechos reales y presenta tres casos: la tradición posesoria, la inscripción registral y el primer uso. La tradición posesoria está consagrada como principio general para todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, la inscripción registral sólo para los casos legalmente previstos y el primer uso reservado exclusivamente para la adquisición de la servidumbre positiva.

La posesión cumple una doble función: configura el modo suficiente de adquisición del derecho real y es reconocida como publicidad suficiente en pie de igualdad con la publicidad registral a los efectos de la oponibilidad del derecho real, conforme lo establece el art. 1893. Esta es la base normativa donde se ratifican con claridad los caracteres del sistema argentino de adquisición de derechos reales: es un sistema declarativo porque el derecho real nace extra registralmente con la coexistencia de título suficiente y modo suficiente y la inscripción registral le otorga oponibilidad *erga omnes*. La publicidad registral es la publicidad jurídica o cognoscibilidad que se obtiene por medio de un órgano específico denominado registro como actividad idónea para cumplir con el fin último que es la seguridad jurídica.

La oponibilidad

La registración ningún efecto produce sobre la bondad o eficacia intrínseca del título que se inscribe, sobre el nacimiento o constitución del derecho. Las condiciones, la eficacia o la irregularidades del acto, permanecen intactas en su origen, pese a la inscripción. El sistema registral argentino es no convalidante porque no subsana ni sana los vicios de los que adolecieren los documentos que llegan a su registración. El derecho real nacido extra registralmente es oponible a los que participaron en el acto y aquellas personas que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real. El sistema declarativo no convalidante descarta la fe pública registral y lleva en su seno la patología de la inexactitud registral. Aun en su función de publicidad de la mutación real inmobiliaria, la registración no posee una

Congresos y Jornadas

virtualidad monopolizante ya que coexiste con otros medios de publicidad de igual o mayor rango, como son la publicidad cartular y la posesoria³.

II. LA ADQUISICIÓN LEGAL DEL DERECHO REAL

El art. 1894 CCyC establece una forma distinta de adquisición de ciertos derechos reales, que no requieren la concurrencia de título y modo suficientes como venimos analizando, sino que es la ley misma la causa de su adquisición. Esta categoría no surgía expresamente del código velezano, pero los autores la reconocían en los supuestos de condominio de accesorios de dos o más heredades que pertenecían a diversos propietarios, por confusión de límites en el derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad, y en el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (arts. 2710, 2746, 287, 2816 y 3573 bis CC). El artículo en estudio omite toda referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad, porque es una figura que se elimina del Código Civil y Comercial de la Nación, aun cuando se fija la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (arts. 685, 694, 695 y 696 CCyC) y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial pero con obligación de rendir cuentas en determinados casos. También se omite el caso de la servidumbre forzosa que expresamente reconoce fuente legal (art. 2166 CCyC) en el caso de la servidumbre de tránsito a favor de inmuebles carentes de comunicación suficiente con la vía pública, de acueducto si resulta necesaria para la explotación económica establecida en el dominante o para la población y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías.

El artículo en estudio consagra los siguientes casos en los que los derechos reales se adquieren por el mero efecto de la ley:

1. Condominio con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles.
2. Condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso.
3. Condominio que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables.
4. Derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite.
5. Derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

3 CNac.Com., Sala A, 15/7/2008, "Atlantic Sound S.A v. Varela Darío A. y otros", AP, 1/1040675.

Condominio

En los casos de condominio es necesario destacar la opinión de GATTI en el sentido de que la adquisición del derecho real de condominio no es de origen legal sino que es la ley la que decreta el efecto de tal situación jurídica real cual es la indivisión forzosa perpetua. No hay causa legal en la adquisición del derecho real sino que el derecho real nace con título y modo pero se consolida por reconocimiento legal. Asimismo para HIGHTON la ley no es la causa inmediata de la adquisición en estos casos, sino que le da efectos jurídicos a determinados hechos, es decir que es fuente mediata ante ciertos hechos que son presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho y ello ocurre con todos los modos de adquisición. Se trata de los supuestos contemplados en los arts. 2004 y 2007, que son casos de condominio por indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles que pertenecen a diversos propietarios, y el que recae sobre muros, cercos y fosos en los casos de cerramiento forzoso. Aquí se evidencian supuestos en los que, de verificarse las condiciones de hecho, la ley le otorga efectos jurídicos específicos fundados en el beneficio de su imposición.

Derecho real de habitación viudal

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite fue consagrado por la ley N° 20.798 que modificó el código de VÉLEZ incorporando el art. 3573 bis, configurando una iniciativa que no contaba con sustento de doctrina previa ni antecedentes en el derecho comparado. El art. 2383 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra este derecho al cónyuge supérstite en forma vitalicia y gratuita y de pleno derecho, conforme la causa de su adquisición que venimos analizando. Establece que este derecho se ejerce sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal y con la única limitación de no encontrarse en condominio al momento de la apertura de la sucesión. Este derecho tiene carácter asistencial ya que el cónyuge obtiene un beneficio directamente de la cosa sin intermediación alguna. Constituye asimismo un desmembramiento del dominio que es necesario exteriorizar para el conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados. Configura un derecho propio del cónyuge que podrá ser ejercido o no hasta el momento mismo de la partición. No opera de pleno derecho sino a partir de la manifestación del cónyuge en el expediente sucesorio, momento en el cual su derecho será oponible a los herederos y/o legatarios y desde su inscripción registral será

Congresos y Jornadas

oponible a los terceros interesados, pero no será oponible a los acreedores del causante y a todas aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas en la sucesión. El cónyuge podrá realizar todo tipo de actos materiales para efectivizar su derecho sobre el inmueble, el cual es vitalicio y gratuito. Conforme el art. 2160 CCyC el derecho real de habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre las cosas. Quien tiene un derecho de habitación es realmente usuario de todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho se ha constituido, según que el cónyuge la ocupe en todo o en una parte material. El habitador tiene derecho a usar y gozar de los muebles indispensables de la casa porque son los objetos accesorios del inmueble para cuya comodidad han sido establecidos y porque el derecho de habitación no es un simple alojamiento personal, sino un derecho real de uso y goce de todos los accesorios del fundo. MOISSET DE ESPANÉS reconoció el carácter tuitivo de esta figura y entendió que el objeto del derecho real es el “hogar conyugal” por lo cual la protección debería incluir asimismo a los muebles que forman el ajuar de la casa o lo que denomina “inmuebles por accesión moral”⁴.

En materia de uniones convivenciales, cabe destacar que se le reconoce el derecho real al conviviente supérstite pero se lo limita al plazo de dos años y se exige para su reconocimiento que éste no tenga los medios suficientes para su subsistencia, circunstancia que justifica únicamente el reconocimiento del derecho real de habitación durante el plazo mencionado.

III. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL

Derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe

El último caso contemplado en el artículo en estudio es el de los derechos de los adquirentes o subadquirentes de buena fe, y esta disposición nos lleva directamente al análisis en conjunto con el art. 392 que reproduce el texto del art. 1051 del código de VÉLEZ modificado por la ley N° 17.711 con una importante incorporación: la expresa exclusión de las adquisiciones a *non domino*. El art. 392 se encuentra ubicado en el libro primero, título IV, “Hechos y actos jurídicos”; capítulo 9, “Ineficacia de los actos jurídicos”; Sección 4°, “Efectos de la nulidad”; y establece cuáles son los efectos de la nulidad del acto respecto de terceros en cosas registrables.

4 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (Protección de bienes muebles)”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 9.

“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso (...) Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto ha sido realizado sin la intervención del titular del derecho”.

En primer lugar, el efecto general de la nulidad está regulado por los arts. 390 y 391, tanto entre las partes como respecto de terceros. Se regula exclusivamente la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés protegido, según sea general, basado en el orden público, la moral y las buenas costumbres; o el particular, cuya base es la protección de ciertas personas en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, debiendo las partes restituirse recíprocamente lo que hubieran recibido cuando el acto ha producido total o parcialmente sus efectos propios. El art. 392 supera la distinción del acto nulo y anulable que había introducido la ley N° 17.711 al art. 1051 que generó diversas interpretaciones con relación a la ostensibilidad⁵ del vicio, refiriéndose exclusivamente al acto nulo como especie de ineficacia originaria del acto jurídico, conforme la clasificación de las nulidades del art. 386 en absolutas y relativas.

En segundo lugar, la condición de subadquirente se refiere al sucesor particular del adquirente del derecho real o personal en virtud de un acto posterior al acto nulo, protección del tercero que abarca tanto al subadquirente de derechos reales como al de derechos personales sobre cosas muebles o inmuebles, y exige que sea de buena fe y a título oneroso.

¿Por qué la declaración de nulidad de un acto jurídico puede carecer de eficacia reipersecutoria contra terceros de buena fe y a título oneroso? Porque la invalidez es inoponible respecto de esos terceros, que escapan por ello a los efectos de la nulidad. Dicha protección responde a la opción del legislador a favor de la seguridad del tráfico negocial frente a la seguridad estática del derecho real de titular de dominio. El aspecto social del derecho

5 La finalidad de la reforma al art. 1051 por la ley N° 17.711 se encontraba expresada en la nota de elevación de la ley que decía: “Uno de los aspectos importantes de la reforma proyectada es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones” (ver nota elevatoria de la Comisión de Reformas, ED, 21-963 y colaboración de Lloveras de Resk, María E., en Bueres y Highton. *Código Civil*, tomo 2-C).

Congresos y Jornadas

de la propiedad, representado en este caso por el interés colectivo de la seguridad de las transacciones, impone el criterio expuesto⁶. La apariencia jurídica, como principio consagrado por nuestra legislación es, para algunos, fundamento más que suficiente para lograr la protección del tercero. Así, autores como MOSSET ITURRASPE veían en el art. 1051 la consagración de este principio, que pone a salvo al subadquirente de buena fe y a título oneroso de cualquier vicisitud que pueda afectar al acto anterior a su adquisición⁷.

Entrar a considerar el concepto de buena fe en la ciencia del derecho es ahondar en un tema que tiene una gran amplitud y complejidad. En los países con tradición romano germánica la buena fe cubre todo el derecho como un principio general y tiene aplicación en instituciones jurídicas muy diversas. Nada obstaría para que este principio no estuviera consagrado explícitamente en el ordenamiento jurídico y aun así se aplicaría, pues es algo que, por la propia naturaleza de las cosas, de hecho irradia las relaciones entre los hombres. De conformidad con lo establecido por la doctrina se señala que en la buena fe existen dimensiones tanto internas como externas, circunstancias objetivas y subjetivas. En sentido subjetivo la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto. En la primera, la subjetiva, se abre la posibilidad de que el comportamiento de un sujeto sea irregular y antijurídico a pesar de que el sujeto obre convencido totalmente de lo contrario. Allí la consecuencia es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería; mientras que la segunda concepción, la objetiva, deja de lado elementos de apreciación internos del sujeto y hace alusión a un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Es por ello que se dice que un rol fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos, mientras que el rol de la buena fe objetiva es imponer deberes. En algunos casos se exige que el comportamiento del sujeto no sólo sea el adecuado, sino que además el mismo haya desplegado una dosis mínima de diligencia para establecer la realidad de la situación que se le pone a su consideración. Por ello, en tales casos, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia quien alega haber obrado de buena

6 "García, María A. Martínez de c/ Simón, Juan M. y otros", Cámara Civil Segunda de la Capital, agosto de 1944, JA, año 1945, II, pág. 651.

7 DE HOZ, Marcelo A. "Adquisiciones a non domino", disertación pronunciada por el autor durante la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado, celebrada el lunes 5 de diciembre de 2005, Revista del Notariado, N° 884, 21/6/06, pág. 101.

fe. Es allí cuando se llega a la distinción entre la buena fe simple y la buena fe calificada.

Ahora bien este resguardo a la protección del subadquirente trae como requisito la configuración de tal en el negocio mencionado, y en consecuencia deberá cumplir con los estándares de buena fe, que para el caso no se limitan a la buena fe objetiva ni a la buena fe registral sino que su actuación responderá a una conjunción de diligencias tendientes a configurar la *optimus fides*, es decir, una íntima convicción de obrar conforme a derecho. Esta buena fe requerida para la viabilidad de la protección legal es entonces una buena fe subjetiva-objetiva, creencia-diligencia, dinámica y práctica que tiene como uno de los elementos fundamentales el estudio de los antecedentes cartulares, registrales y posesorios. Es irrelevante para el caso que la nulidad sea absoluta o relativa, en cualquier caso el tercero estará protegido siempre que el vicio no sea ostensible. Por ello, para autores como DÍEZ PICAZO, una de las oportunidades en que la buena fe se aplica es aquella en la que la "buena fe significa confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente"⁸. "La seguridad de las transacciones exige que una adquisición en apariencia regular no pueda ser controvertida; el adquirente que haya adoptado todas las precauciones no debe ser inquietado"⁹.

El estudio de títulos es una de las operaciones de ejercicio del notario, quien en virtud de los antecedentes analizados verifica la inexistencia de vicios ostensibles que puedan enervar el derecho del transmitente y la bondad del título del adquirente y emite un juicio de valor. En el estudio de los antecedentes el profesional deberá verificar en primer lugar, la matricidad del testimonio de la escritura que se presenta como título del disponente, luego de que coincida con la realidad registral, y posteriormente se deberá verificar tanto en las escrituras matrices como en los antecedentes judiciales y/o administrativos la inexistencia de defectos o vicios que puedan provocarles la nulidad; o de cláusulas que lleven ínsita la ineficacia sobreviniente, y ello es así porque de la mano de la ineficacia originaria o sobreviniente entrará en escena la reivindicación del inmueble¹⁰.

El art. 1725 establece la regla de valoración de la conducta en materia de responsabilidad y eleva las diligencias de la conducta comercial cuando se

8 DÍEZ-PICAZO, Luis y Ponce de León, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1983. pág. 137.

9 MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de derecho civil, "Parte II"*, volumen IV, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954., pág. 118.

10 ZINNY, Mario Antonio. *Bonsenbiente*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, págs. 255 y 264.

Congresos y Jornadas

exige una confianza especial según la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. El escribano es el profesional del derecho que debe velar por la seguridad de las transacciones y, en este quehacer, el estudio de los antecedentes es una de las más importantes tareas a la hora de certificar la firmeza de un título.

Conforme la definición del I Congreso del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948: "El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo las copias que den fe de su contenido".

El notario en su doble condición de experto en derecho y funcionario público, antes de proceder a la autorización de la escritura, efectuará las calificaciones del caso y como legitimador formal primigenio rechazará aquellos requerimientos en los que advierta vicios o defectos que comprometan *a posteriori* la eficacia del documento y su contenido, so pena de responder por su impericia o negligencia frente a los requirentes y terceros ajenos al acto por igual¹¹. El estudio de títulos tiene una doble finalidad: en primer lugar, descartar la existencia de vicios ostensibles que hagan vulnerable la adquisición del requirente y, en segundo lugar, una vez identificado el vicio, lograr su neutralización mediante las técnicas de subsanación notarial.

La jurisprudencia ha adherido a esta posición y considera conveniente u obligatoria la realización del estudio de títulos, ya sea como deber funcional o como obligación legal implícita, ambas en cabeza del notario por delegación del interesado, por ser el medio idóneo para configurar la buena fe del subadquirente de buena fe¹². También la doctrina entendió que el estudio de títulos se requería con la finalidad de que de ellos surgiera la legitimidad de los antecedentes del bien adquirido¹³.

11 SAUCEDO, Ricardo J. "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias", SJA, 15/2/2006, JA, 2006-I-92.

12 CNCiv., Sala F, "Trevisán, José v. Zimmer, José Monfasani, Juan v. Zanardi de Ferraris, Margarita", 3/11/1978, ED, 83-524; "Sigfrido SA, en Erdmann del Carril, Elisa M. E. y otros v. Lozada Mario del" 27/8/1979, ED, 87-252; "Marcials, Juan suc. y otra v. N. N. Álvarez Jonte", 4072/76, del 14/11/1978, LL, 1979-D-101; CNCom., Sala D, "Álvarez, Julio R. s/ Concurso", 26/5/1980, JA, 1981-II-613; y Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Inverfin SA Compañía Financiera v. Provincia de Buenos Aires", 11/12/1986, ED, 124-423.

13 GUASTAVINO, Elías. "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", JA, sección "Doctrina", 1973, pág. 104. Trigo Represas, Félix A. "La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles", Revista del Notariado, N° 821, pág. 1427. Alterini, Jorge H. "Estudio de títulos", LL, 1981-B-858.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SUS APLICACIONES EN CASOS PARTICULARES

Régimen patrimonial del matrimonio

El art. 480 que regula el momento de la extinción de la comunidad por anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes, deja a salvo los derechos de los terceros de buena fe a título oneroso.

Compraventa

El art. 1138 referido a los gastos de entrega de la cosa, establece que son a cargo del vendedor, entre otros, los del estudio de título y sus antecedentes y el art. 1166, que regula los pactos de la compraventa de cosas registrables, establece que para que sean oponibles a los terceros interesados dichos pactos deberán resultar de los documentos inscriptos en el registro correspondiente o si de otro modo el tercero ha tenido conocimiento efectivo.

Justo título

El art. 1902, que define el justo título para la prescripción breve, establece expresamente que cuando se trata de cosas registrables, la buena fe exigida como uno de las condiciones para configurar el justo título requiere el examen previo de la documentación y de las constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial. Dentro de los actos de verificación pertinentes en materia de inmuebles, tiene especial relevancia la publicidad posesoria.

Presunción de buena fe

Conforme el art. 1919 la relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario, y se presume la mala fe, entre otros casos, cuando el título es de nulidad manifiesta, por lo cual si el vicio surge patente del acto (ostensible) el adquirente será considerado de mala fe.

Congresos y Jornadas

Dominio imperfecto

Los arts. 1967 y 1969 en materia de dominio revocable establecen la importancia de la publicidad cartular con relación al efecto retroactivo o no de la revocación del dominio de cosas registrables, ya que salvo pacto en contrario plasmado en el texto escriturario, la revocación del dominio tendrá efecto retroactivo, por lo cual el revocante readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos de administración y disposición realizados por el titular de dominio resuelto.

Condición resolutoria

En este tema debemos tener presente que en el capítulo 7 del título IV del libro I de "Parte General", en materia de condiciones resolutorias, el art. 346 establece el principio contrario, es decir, salvo que del título surja lo contrario, la condición no opera retroactivamente.

Dominio fiduciario

El art. 1688, que regula sobre los actos de disposición y gravamen del titular fiduciario, establece que las limitaciones a las facultades dispositivas que no tengan publicidad cartular o registral no serán oponibles a los terceros interesados de buena fe. El contrato de fideicomiso que se refiera a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público, debe celebrarse por escritura pública. Por lo cual es de la escritura pública de donde surgirán las limitaciones a las facultades dispositivas del fiduciario, las que deberán transcribirse en la escritura de transferencia de dominio fiduciario y en todas las escrituras subsiguientes y tendrán asimismo publicidad registral.

Conjuntos inmobiliarios

El art. 2080 establece que toda limitación o restricción establecida por el reglamento, ya sea por limitaciones edilicias, por creación de derechos reales de servidumbre, por restricciones al dominio, por reglas de convivencia, por condiciones y pautas para el ejercicio de los derechos de uso y goce de los espacios comunes por terceros, por régimen de invitados y admisión de usuarios, por transmisión de unidades y sanciones, deberán ser

transcriptas en todas las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal. Agrega que el reglamento es parte integrante de los títulos de propiedad y se presume *iure et de iure* conocido por todo propietario del conjunto inmobiliario.

Todas estas aplicaciones particulares de los principios generales que venimos analizando nos hacen reflexionar acerca de la trascendencia de la publicidad cartular, posesoria y registral en materia de adquisición, constitución, transferencia o modificación de derechos reales sobre inmuebles y en particular la proyección e importancia del estudio de los antecedentes registrales, catastrales, cartulares, administrativos y judiciales a los efectos de coadyuvar a la configuración de la buena fe del tercero cuya adquisición en dichos términos tiene expresa causa legal.

V. LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*, UNA EXCLUSIÓN JUSTA

El art. 1051 no hacía referencia a las adquisiciones a *non domino*, es decir aquellas en las que no había participación del verdadero titular del derecho. Fue ALSINA ATIENZA¹⁴ quien en el año 1968 recomendó la inclusión de un párrafo seguido al reformado 1051 que establecía: “Esta excepción no es aplicable si el acto anulado ha sido realizado sin la intervención alguna del titular del derecho o consistiera en actos dolosos de terceros”. Finalmente la no inclusión de este párrafo en la reforma inició una ardua discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la procedencia o no de la acción reivindicatoria contra el subadquirente de buena fe y a título oneroso en una adquisición a *non domino* y la naturaleza jurídica de este acto de adquisición.

El art. 392 CCyC excluye expresamente de la protección a los casos de falta de autoría o falta de intervención del titular del derecho y recepta la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en este sentido, ya que sin estar expresamente contemplada la exclusión en el art. 1051 del código velezano se justificaba su inaplicabilidad en virtud de diversas construcciones doctrinarias por juzgarse que se trataba de un caso de inexistencia o de inoponibilidad o de invalidez absoluta no comprendida en la tutela consagrada por

14 ALSINA ATIENZA, Dalmiro. “Los derechos reales en la reforma del Código Civil”, JA, 1969-470/471, N° 81, nota 91.

Congresos y Jornadas

la norma¹⁵. La doctrina y la jurisprudencia¹⁶ argentina se mostró contraria a sacrificar la seguridad estática en aquellos casos en los que no había participado el verdadero titular de dominio¹⁷. La posición del titular del dominio quedaba vigorizada frente al tercero de buena fe que adquirió a título oneroso cuando el primero no había sido partícipe del acto de enajenación. Las situaciones comprendidas en esta hipótesis son casos de sustituciones de personas, escrituras materialmente falsificadas, utilización de poderes apócrifos, inválidos o revocados, personerías inexistentes o ineficaces, y demás situaciones que se caracterizan por la falta de autoría o participación del verdadero dueño del inmueble en el acto transmisivo¹⁸. De esta manera, la transmisión operada sobre la base de actos falsos o adulterados no puede quedar legitimada en cabeza de ese tercero el cual sufrirá sin más los efectos propios de la nulidad. En concordancia con todo lo expuesto, expresamente el art. 2260 CCyC establece los alcances de la acción reivindicatoria, la paraliza frente al subadquirentes de buena fe y a título oneroso, excepto si el acto se realiza sin la intervención del titular del derecho. Se simplifican las soluciones consagradas en los arts. 2775, 2776, 2777 y 2778 del Código Civil, es decir que la improcedencia de la acción reivindicatoria no obedece a la configuración del acto de adquisición a *non domino* como inexistente o inoponible, o por una interpretación legal, sino que se trata de un acto nulo en donde la adquisición legal del derecho real del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso se paraliza frente al expreso texto de los arts. 392 y 2260 CCyC.

15 ALTERINI, Jorge. "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, 1971-634. Alsina Atienza, Dalmiro. Ob. cit., JA, 1969-457. Llambías, Jorge, J. *Tratado de Derecho Civil*, "Parte General", t. II, pág. 583; Borda, Guillermo. *La reforma del Código Civil*, pág. 161; entre otros.

16 CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala 2, 6/12/2007, "San Martín, Ana M. v. Carro, Anahí", AP, 1/70041735.

17 La jurisprudencia se inclinó por la no aplicación del amparo del art. 1051 en las transmisiones a *non domino*, ya sea porque se trata de un acto inoponible o inexistente: CNCiv., sala F, "Anaeróbicos Argentinos SRL v Seutin de Solari, María L.", 9/6/1982, JA, 1984-I-388; CNCiv., sala C, "Rebelo, Aldo J., v Rebelo Velasco, José y otros", 26/3/1985, LL, 1985-C-327; CNCiv., sala G, "Martins Domingo, José y otra v. Leone, Antonio", 10/5/1984, LL, 1985-B-559; "Bottini, Agustín v. Tarek Made, del", 27/3/1995, Revista del Notariado, N° 843, pág. 944; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Ramos, Roberto M. v. Bagnardi, Martín", 17/11/1992, LL, 1993-B-365. Asimismo ver V Jornadas Sanrafaelinas en 1978; V Congreso de Derecho Civil, Rosario 1972; II Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil del año 1981.

18 DE HOZ, Marcelo A. Ob. cit.

Entendemos que la adquisición a *non domino* no configura un acto inexistente, ya que la categoría de inexistencia conforme lo explica ZANNONI¹⁹ no es aplicable dentro de la teoría general de la ineficacia del acto, sino que se aplica en otro plano, que es el plano del ser y no en el plano del deber ser en donde se analizan las ineficacias dentro de las cuales tenemos a la nulidad. Analizar la ineficacia supone la existencia del acto, que como tal deviene ineficaz en virtud de un vicio congénito enquistado en alguno de los elementos del acto jurídico o bien por una causa sobreviniente al mismo. Tampoco configura un acto inoponible, ya que esta es ajena a la configuración de un vicio congénito, porque se refiere exclusivamente a imposibilidad de producir el acto sus *efectos*²⁰ plenos frente a determinadas personas. La procedencia de la acción reivindicatoria en las adquisiciones a *non domino* está prevista expresamente por el art. 2260 y es esta acción la que provoca la nulidad del acto de transferencia a *non domino*. Si precisamente la reivindicación se sustenta en el hecho afirmado por el reivindicante de que él no otorgó el acto, su derecho a poseer está directa e inmediatamente afectado por el acto de terceros. Este será nulo como consecuencia de la reivindicación triunfante.

El tercer adquirente en la medida que pueda probar su buena fe, es decir que no ha conocido o podido conocer la falta de derecho en su relación posesoria a través de las constancias registrales y de los exámenes previos de la documentación legitimante, en el caso de sustitución de personas por ejemplo, sólo podrá ampararse en la prescripción breve para consolidar su derecho. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años a partir de la inscripción del justo título (art. 1898). La inscripción del justo título y la posesión del tercer adquirente de buena fe son dos medios idóneos y suficientes para publicitar su derecho *erga omnes* y principalmente frente al verdadero propietario que es contra quien va a adquirir. El justo título para usucapir posibilita la adquisición de un inmueble en tanto se sumen buena fe y posesión decenal. En su versión más pura²¹ es un acto jurídico que tiene por finalidad transmitir el derecho real de que se trate, revestido de las formalidades exigidas por la ley, pero sin consideración de quien emana. La prescripción corta procura la plena oponibilidad del derecho real adquirido. "Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor de la transmisión, es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir"²².

19 ZANNONI, Eduardo A. "Reivindicación contra subadquirentes de inmuebles que adquirieron de un enajenante a *non domino* (Inaplicabilidad del art. 1051 CC)", JA, 1982I-781.

20 MARTÍNEZ RUIZ, Roberto. "Distinción entre acto nulo y acto inoponible", JA, 1943-IV-335.

21 ALTERINI, Jorge H. Ob. cit.

22 Nota al art. 4010 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Congresos y Jornadas

Podemos concluir que esta protección que resguarda la adquisición del derecho del subadquirente de buena fe frente a una posible acción de nulidad tiene ahora expresa causa legal. Los arts. 1894 y 392 consagran el principio de abstracción en miras de la protección del tráfico jurídico inmobiliario, es decir que la ley en cierta forma independiza la adquisición de este especial tercero del acto antecedente. Entendemos que el art. 1894 va más allá del art. 392 cuando amplía la protección al adquirente de buena fe por lo cual la protección de este adquirente no encuentra otra justificación más que la suma de su voluntad de adquirir, su posesión y su buena fe. Según los hermanos MAZEAUD, allí la adquisición de la propiedad se produce por virtud de la ley: es una adquisición *lege*²³. El art. 392 establece que el segundo negocio dispositivo es perfectamente válido a punto tal que se abstrae del primero, existe, es válido y eficaz, permitiendo así al tercero legitimar su derecho y bonificar su título reingresándolo al tráfico jurídico negocial, pero exige para permitir su protección que este tenga la íntima convicción de estar actuando conforme a derecho y que su actuar sea activamente diligente, lo que involucra al notario como operador del derecho, quien deberá mediante el correspondiente estudio de títulos verificar los antecedentes cartulares, registrales, administrativos y posesorios a los efectos de garantizar la bondad del título del tercero. La estructura de las normas y su fundamento conducen a pensar que la intención del legislador fue radicar directamente la propiedad de los bienes, estableciendo una excepción evidente al sistema de título y modo, pero basada dicha determinación en la necesidad de amparar la buena fe exenta de culpa.

En definitiva, el estudio de títulos como operación de ejercicio es natural de la función notarial y deriva de su calidad de operador del derecho y creador de documentos autosuficientes. La intervención del notario en la contratación privada constituye la competencia en asuntos no contenciosos más difundida. El valor del notariado en el asesoramiento y en la documentación de las relaciones jurídicas de la comunidad es innegable y es por esa razón que debemos mantener y desarrollar el nivel de eficacia.

“Renunciar al deber funcional de la realización del estudio de títulos, el cual constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el notariado de tipo latino, significa, en consecuencia desnaturalizarlo y abrir las puertas a la inseguridad jurídica, llevando a la irremediable y lógica aparición del seguro de títulos.”²⁴

23 MAZEAUD, Henri, León y Jean. Ob. cit., pág. 119.

24 XVIII Jornada Notarial Argentina, Salta, 2 al 7 de noviembre de 1980, “Tema II: Estudio de Títulos. Cláusulas de títulos perfectos. Buena Fe y diligencia del adquirente a título oneroso. Responsabilidad”, despacho 2, minoría redactada por Alberto Villalba Welsh, Elisa Alabes de Colombo y Gabriel Barat.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BUERES, ALBERTO J. *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, tomos 1 y 2, Ed. Hammurabi, 2014.
- BUERES, ALBERTO J.; CAUSSE, FEDERICO; y PETTIS, CHRISTIAN. *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*, Ed. Hammurabi, 2015.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. "Esquemas de Técnica Notarial", Ed. Colección Esquemas del Instituto Argentino de Cultura Notarial.
- ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Práctica Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.
- GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Vocabulario jurídico notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N. (directora). "Summa de Derechos Reales", varios tomos, Abeledo-Perrot, 2012.
- HIGHTON, ELENA A. (directora) y VITALE, ANGÉLICA. (coordinadora). *La función notarial en la comunidad globalizada*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- Jornadas Notariales Argentinas, 1944-2008, FEN, primera edición, 2010.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO. *Teoría de los contratos*, tomo I, "Parte General", Ed. Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1984.
- LLAMBIAS, JORGE J. y ALTERINI, ATILIO A. *Código Civil anotado*, tomo III-A, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- NERI, ARGENTINO I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, volumen 2, "Instrumentos"; volumen 3, "Escrituras y Actas"; volumen 4, "Protocolo. Títulos".
- NUÑEZ LAGOS, RAFAEL. "Los esquemas conceptuales del instrumento público", Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967.
- PELOSI, CARLOS A. *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- RIVERA, JULIO CÉSAR y MEDINA, GRACIELA (directores). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, varios tomos, La Ley, 2014.
- ZAVALA, GASTÓN. "Nulidades instrumentales", en ARMELLA, CRISTINA. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo 3, Ad hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 121 a 181.
- ZAVALA, GASTÓN. "Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial", en *Revista Notarial*, Nº 943, 2002, págs. 755 a 781.

Congresos y Jornadas

- ZAVALA, GASTÓN. "Subsanación de los documentos notariales" en ARMELLA, CRISTINA. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, tomo 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 219 a 239.
- ZANNONI, EDUARDO A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, 1986.