

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. Las causales de disolución de la sociedad conyugal responden a un régimen legal y forzoso y producen, por imperio de la ley misma, la terminación de la sociedad conyugal; sus efectos comienzan desde el momento que ella fija.
2. La situación jurídica de los bienes, producida la disolución de la sociedad conyugal, no puede asimilarse a ninguna figura jurídica, en virtud de que las normas que la regulan son aisladas e imprecisas.
3. Después de la disolución y hasta la liquidación de la sociedad conyugal, la administración de los bienes se hará en forma conjunta. Se exceptúan los establecimientos comerciales, industriales y agropecuarios en los que la administración queda en cabeza de su titular, quien deberá rendir cuentas al otro cónyuge.
4. Decretado el divorcio, los actos de disposición de bienes gananciales que se otorguen previos a la liquidación y partición deberán efectuarse por ambos cónyuges - codisposición -, quienes responderán por evicción y por los cuales deberá solicitarse certificado de no inhibición.
5. Disuelta la sociedad conyugal, la liquidación y partición de los bienes podrá efectuarse judicial o extrajudicialmente. No dándose las condiciones del artículo 3465, y atento lo dispuesto por el artículo 3462, podrá efectuarse por escritura pública sin necesidad de homologación judicial.
 5. a. Al efecto de suplir un vacío existente y a fin de completar la publicidad, propiciamos la inscripción de las sentencias de divorcio en los registros que correspondan según los bienes.
 - 5.b. Hasta tanto no exista obligatoriedad de la inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro de la Propiedad Inmueble, pueden otorgarse escrituras de partición y venta simultánea por el procedimiento del tracto abreviado (art. 16, inc. c], ley 17801).
6. Recomendamos: Propiciar la reforma del artículo 1358 del Código Civil sobre la base de lo propuesto por el anteproyecto de reformas al Código Civil de 1954, en el sentido de mantener la prohibición de ventas entre cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal, y excluyendo expresamente de dicha prohibición a los divorciados.

ESTUDIO DE TÍTULOS. CLÁUSULA DE TÍTULOS PERFECTOS. BUENA FE Y DILIGENCIA DEL ADQUIRENTE A TÍTULO ONEROSO. RESPONSABILIDAD(*) (160)

Coordinadora
MARÍA T. ACQUARONE

Subcoordinador
EDUARDO H. PLAETSIER

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Autores MARÍA R. BUSACCHIO DE CALIFANO, ANA MARÍA CAMPITELLI, MARTÍN A. DETRY, DANIEL AUGUSTO FERRO, ANA MARÍA LUCASOVSKY, RENATA I. A. DE LIPSCHITZ, ELSA R. MADRIL DE MORELLO, SARA FISCH DE SCHAPIRA y NÉLIDA VERA BARROS

Recopilación de jurisprudencia
FLORENCIO ÁNGEL AMORESANO

SUMARIO

CAPÍTULO I

ESTUDIO DE TÍTULOS: Concepto Función. Sistema anterior del Código Civil. Situación doctrinaria y jurisprudencial antes de la reforma de la ley 17711. La reforma del año 1968 y su significado. Características de la adquisición. Características y amparo de otras adquisiciones. Revocación de las donaciones. La legítima, su integración. Títulos materialmente falsificados. El estudio de antecedentes después de la reforma.

CAPÍTULO II

BUENA FE. Concepto. Buena fe del adquirente a título oneroso y estudio de títulos.

CAPÍTULO III

CLÁUSULA DE TÍTULOS PERFECTOS. Concepto de título perfecto. Cláusula título perfecto.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD. Elementos de la responsabilidad civil del notario. Estudio de títulos, deber legal. Jurisprudencia nacional. Responsabilidad notarial de prestación profesional. Responsabilidad del notario por su criterio de interpretación. Naturaleza de la responsabilidad y de la función notarial. Importancia de la distinción. Nuestra posición dentro del marco doctrinario.

SÍNTESIS Y PONENCIAS

Hasta la reforma de la ley 17711 había una total desprotección al tercer adquirente, aunque fuera de buena fe y a título oneroso. El escribano realizaba el estudio de antecedentes dominiales con el objeto de asesorar a las partes y evitar posibles reclamos. Ello no contemplaba su actividad documental, que por sí misma era autosuficiente. Tal actividad, no impuesta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la ley, era una operación de ejercicio tendiente a coadyuvar su tarea documental.

Es presupuesto para el amparo legal la existencia de dos negocios jurídicos sucesivos: una primera adquisición por un acto nulo o anulable y una ulterior válida, realizada de buena fe y a título oneroso, extraña al primer acto viciado.

Los mencionados presupuestos hacen a la legitimación del titular aparente; legitimación que produce la conversión de la presunción iuris tantum en titularidad iuris et de iure.

La falsedad documental, uno de los casos de acto anulable. artículo 989 del Código Civil, se encontraría amparada por la doctrina de la apariencia, consagrada por el artículo 1051. Sin embargo, la doctrina autoral y la jurisprudencial tienden a excluir de dicho amparo a los supuestos de falta de autoría.

Se mantiene vigente el sistema anterior del Código, cuando el título que causa la reivindicación es resoluble o revocable, ya que, a diferencia del tratamiento normativo para las cosas muebles, no están incluidas las citadas vicisitudes en el nuevo art. 1051.

Es imposible establecer pautas para configurar la buena fe en la adquisición del tercer adquirente. Entre las diligencias que se pueden requerir se encuentran: concurrir al profesional idóneo; abonar el precio corriente en plaza a quien ostentaba públicamente el título de propiedad inscripto y estaba en posesión del bien. Por tanto, el estudio de títulos no tiene relación directa con la caracterización de la conducta de acuerdo con el estándar jurídico que plantea el art. 1051.

Si además de los requisitos establecidos por ley (título oneroso, buena fe, tradición y registro) se agregara que para contar con la protección legal el adquirente debe demostrar su estudio de títulos, carecería de objeto la reforma; y la ley, en la disyuntiva de proteger el verus dominus o la seguridad del tráfico, elige ésta y la estabilidad de las enajenaciones. La regla de la apariencia jurídica se impone sobre el principio nemo plus iuris.

Por estar implícita en la función notarial, no es indispensable la cláusula de títulos perfectos, y porque además el titular está obligado a ello, si no hiciera expresa reserva de sus falencias, desde que responde por evicción conforme al art. 1414 del Código Civil.

El escribano tiene el deber legal de prestar función, que se resuelve en dos obligaciones de distinta naturaleza a) Obligación de medio: asistir y asesorar al cliente poniendo a su servicio todos sus recursos técnicos, pero sin comprometerse en cuanto al fondo del asunto, y b) Obligación de resultado: que lleva implícito el compromiso de autorizar un instrumento inobjetable desde el punto de vista formal. Por lo tanto, quien juzga la conveniencia de examinar los antecedentes, verificar su bondad o deficiencia y emite el juicio de valor es exclusivamente el notario autorizante del documento.

El estudio de antecedentes dominiales, en consecuencia, es una tarea realizada por el escribano como una operación de ejercicio que no le es obligatoria. No tiene relación con la buena fe del adquirente ni con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación de resultado esencial a su función. Exclusivamente, el escribano debe decidir su realización. Coadyuva a la seguridad jurídica, cimenta la juridicidad y exige para su realización un profundo conocimiento del derecho.

CAPÍTULO I

ESTUDIO DE TÍTULOS. CONCEPTO. FUNCIÓN

Sistema anterior del Código Civil

Núñez - Lagos, en su ensayo TRES MOMENTOS DEL TÍTULO NOTARIAL, explica que la función notarial se desenvuelve principalmente en los modos de adquirir derivativos. La modificación de titularidades ha sido el principal quehacer del notariado: la transmisión de la propiedad, la constitución de derechos reales o personales integran el contenido histórico de la mayoría de los instrumentos públicos(1)(161). Cada una de estas titularidades son como el eslabón de una cadena que se remonta al pasado. En sí mismos, estos títulos notariales o instrumentos públicos son, con relación a la transmisión inmobiliaria, algo estático, que ya se ha producido, que se puede observar, que no tiene movimientos. Pero, mirado en su totalidad, es justamente lo contrario: representa el dinamismo del tráfico inmobiliario. Este conjunto de transmisiones tiene otra característica que lo individualiza perfectamente, y es que todos los actos son sucesivos.

Lo que analizamos cuando realizamos un estudio es la sucesión en su cantidad y su calidad. El estudio más orgánico, en cuanto al significado y función del examen de antecedentes antes de la reforma del Código Civil de 1968, es el del escribano Gattari, cuya definición adoptamos: "El estudio de títulos fundado en la recopilación de antecedentes o referencias es la relación orgánica de los diversos actos y documentos jurídicos verificados críticamente, y realizados durante el período de la prescripción máxima o superior, respecto de los bienes registrables con el objetivo de cimentar su juridicidad"(2)(162).

Es la última parte que vamos a tomar como pauta, para después hacer un paralelo con el objetivo y función del examen de antecedentes después de la reforma de 1968.

El objetivo del estudio de antecedentes consistía en "cimentar la juridicidad del título", y, según esta definición, es el resultado espiritual de la investigación y verificación críticas de las causas contractuales y de sus formas constitutivas; de ese examen emana la respuesta que da certeza a la titularidad actual.

Esto tiene una estrechísima relación, en cuanto a la extensión funcional, con el sistema de transmisión de la propiedad. Dice Núñez - Lagos en el ensayo ya mencionado que el tracto sucesivo de títulos tiene dos fenómenos: a) La yuxtaposición de títulos y de titulares, que da certeza a la titularidad actual. La cosa o el derecho que ha pasado a través de múltiples titulares tiene mayores garantías que la que tiene un solo título y reciente. Cada sucesivo titular se habrá asegurado de la cantidad y calidad del derecho. Además,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

agrega, habrá mayor cantidad de responsables por saneamiento en caso de evicción. b) El acrecentamiento interior de valor de los títulos en su marcha hacia la prescripción. No es lo mismo una titularidad reciente que una treintenaria(3)(163).

Nuestro sistema de transmisión inmobiliaria, de eminente corte romanista, adopta, en el Código de Vélez Sársfield, el principio de *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, por lo cual, como veremos, se transmite solamente el derecho que se tiene y en su misma extensión y calidad. Si en alguna de las transmisiones que quedaban reflejadas históricamente en un título había alguna vicisitud que le hacía perder eficacia, el que sufría la pérdida era el actual titular del derecho. Por ello se trataba de lograr que el titular del dominio lo obtuviera a éste por dos medios: 1) Uno cierto, mediante la adquisición derivada del derecho proveniente de título, modo, y posteriormente la registración. 2) Otro, que se trataba de asegurar, pero que no tenía los mismos valores que el anterior, y era que el titular lo fuera por la suma de posesiones de sus antecedentes en el dominio: adquirente por usucapión. Se lograba así la adquisición a través de un medio originario. Decimos que este último medio no era cierto como el anterior, porque a través del examen de antecedentes se veía todo lo ostensible, lo manifiesto, pero quedaba un amplísimo margen de defectos que no lo eran. Estos últimos también hacían caer la transmisión, si se operaba antes del período de prescripción para usucapir.

Por lo tanto, el único medio que había para consolidar el derecho de propiedad era la prescripción adquisitiva. Por esto, todo el examen estaba destinado a estudiar los motivos por los cuales podría producirse algún reclamo por reivindicación y además verificar el cumplimiento de las formalidades. El incumplimiento de éstas o los vicios de forma hacen presumir la mala fe en la posesión. Por este camino - la mala fe - no se pierde el derecho de usucapir, pero se alarga. Posesión con buena fe - presumida por la ley - y justo título: la adquisición se operaba a los veinte años. Posesión sin título ni buena fe: la adquisición se operaba a los treinta años.

Los autores sistematizan las causas que puedan dar origen a impugnación, y Pelosi(4)(164) las clasifica en: vicios del instrumento referido a su autor y vicios del instrumento por defectos de forma. Hace una exhaustiva descripción de las anomalías que sistematiza en su obra, a la que nos remitimos.

Por su parte, Núñez - Lagos dice que el estudio de títulos debe abarcar:

A) En cuanto al sujeto.

1. La titularidad y sus limitaciones. Condiciones suspensivas, resolutorias, etc. Todo lo que reste o menoscabe la firmeza de la titularidad.
2. Facultades y capacidad del titular de disposición para el acto que se prepara.

B) En cuanto al objeto.

1. La finca o cosa objeto de la transmisión. Sus alteraciones a través de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

titulación y su estado de realidad.

2. Las cargas o gravámenes de la finca: su vigencia o cancelación.
3. Naturaleza y extensión del derecho que se transmite; sus variaciones y justificación de éstas.

C) En cuanto a los títulos.

1. Clase de títulos.
2. Su valor legal y sus lagunas y defectos(5)(165).
De cualquier manera, por exhaustiva que fuera la búsqueda, había un amplio margen de anomalías que no se llegaban a conocer. A modo de ejemplo:
 1. Venta realizada por mandatario cuyo mandante había fallecido.
 2. Venta realizada por mandatario cuyo mandato había sido revocado.
 3. Venta realizada por un homónimo.
 4. Escritura otorgada por demente o incapaz.
 5. Escritura otorgada bajo amenazas o mediante violencia.
 6. Firma apócrifa de una de las partes.
 7. Venta simulada en perjuicio de tercero.
 8. Falta de veracidad respecto al estado civil del enajenante.
 9. Falta de veracidad a la manifestación de no saber o no poder firmar.
 10. Escritura autorizada por escribano pariente de alguno de los otorgantes (art. 985 del Cód. Civil).
 11. Escritura autorizada por escribano suspendido (art. 983 del Código Civil).
 12. Escritura autorizada por escribano sordo (ley 12990).
 13. Escritura autorizada fuera de demarcación territorial.
 14. Firma falsificada del escribano.
 15. Falta de tradición.
 16. Vicios procesales en la tramitación del juicio causal.

Por otro lado, una cantidad de actos que eran perfectamente válidos y eficaces y que, si podían llegar a tener alguna causa de anulación, quizá se los calificaba como observables. Por lo tanto, por mejor que se hiciera el estudio, el tercer adquirente no estaba a cubierto de reclamos reivindicatorios.(6)(166)

Antes de comenzar el análisis de la forma de operar la reivindicación en el sistema anterior del Código Civil, sólo nos queda por marcar la responsabilidad notarial en este aspecto.

El escribano nunca tuvo obligación legal de realizar el estudio de antecedentes; de hecho no formaba parte de su actividad documentadora. Era parte de toda la actividad técnica de crítica y selección de títulos y consecuente asesoramiento a las partes. Núñez - Lagos expresa que estos deberes están sancionados meramente por la responsabilidad, por culpa o negligencia, distinguiendo netamente estos deberes del "momento segundo", el "que decimos en el título", que teniendo trascendencia documental puede integrar de algún modo falsedad en documento público(7)(167).

Queremos destacar que tampoco había polémica al respecto, ya que era

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aceptada la labor como coadyuvante de la otra tarea esencial, y aun cuando el adquirente estaba siempre sujeto a posibles reivindicaciones, ello no se consideraba obligatorio ni se pretendía responsabilizar al escribano por el incumplimiento de este cometido.

En el capítulo siguiente veremos en forma exhaustiva la reivindicación en el sistema del Código Civil antes de la trascendental reforma de 1968.

Situación doctrinaria y jurisprudencial antes de la reforma de la ley 17711

En el sistema de nuestro Código Civil y respecto de la posibilidad de reivindicación de un bien inmueble, jugaba una serie de artículos, entre los que debemos mencionar los siguientes:

Art. 3270: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

El art. 1051, en su anterior redacción: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados del poseedor actual".

Arts. 2777 y 2778: "Compete también contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como el comodatario", y "Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese obtenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado; y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor".

Nota al artículo 878: Nosotros... decimos que el poseedor de buena fe, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no transmite la propiedad de ella cuando la enajena y puede reivindicarla el verdadero propietario... No se pueden transferir otros derechos que los propios, y la enajenación hecha por el que no es propietario no hace propietario al que la adquiere. El que ha recibido en pago una cosa que no se le debía, no ha podido llegar a ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo fue por un error y por una falsa causa.

Del juego armónico de esos artículos y otros, que, en cada caso los autores traían a colación, resultaba una total desprotección al tercer adquirente, aunque fuera de buena fe y a título oneroso.

Como corolario de la interpretación de ese articulado, surgieron ciertas reglas que se tomaban como básicas:

1. Todo derecho real está protegido por una acción erga omnes y, por ende, reipersecutoria.

2. La anulación de un negocio jurídico tiende a retrotraer las cosas al estado en que debieron haberse hallado, de no haber existido dicho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negocio(8)(168).

En virtud de la casuística de la realidad jurídica viva, se fueron creando en la doctrina dos posiciones básicas, ambas recogidas en la jurisprudencia. Esas dos corrientes, llamadas por Molinario "clásica" una e "innovadora" la otra(9)(169)(denominación que adoptaremos en lo sucesivo), se vieron completadas con otras dos que no tuvieron demasiada repercusión, pero que debemos mencionar, como paso previo a entrar de lleno a analizar las otras dos antes mencionadas. La una corresponde a Llambías, Fornieles, Borda, Dassen, Carneiro y Bustamante Alsina, y consiste en declarar que la reivindicación sólo era procedente cuando la adquisición por el sucesor particular o tercero se había producido luego de declarada la nulidad del acto anulable, o sea, cuando el acto había sido ya anulado, quedando, en cambio, descartada cuando la transmisión al tercero se había producido antes de la anulación judicial del título anulable.

La otra teoría, de Spota (posición extrema), construida sobre la base de una elaboración jurídica alrededor de las normas que amparan la buena fe y las adquisiciones a título oneroso, llegó a sostener que, fuera el título nulo o anulable, en ningún caso la sentencia anulativa posterior a una adquisición de cualquier derecho, realizada de buena fe y a título oneroso, podría ser opuesta al tercer adquirente.

La teoría "clásica", sostenida por ,Segovia, Llerena, Salvat, Lafaille y Molinario, basa sus argumentos en los antes mencionados artículos, y además en el 2510: "El dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción".

Concuera este articulado con lo preceptuado en el 2606, por cuanto señala la prescripción como modo de perder el dominio. También importan los artículos 2756 y 2758: "Acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado", y "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella".

De esta última norma se infiere la existencia de un principio general, que juega siempre que no medie una limitación, que como tal debe surgir en forma categórica del texto de la ley, excepción que no existe en todo su articulado y que sí aparece para los bienes muebles en el artículo 2412 del Código Civil.

El artículo 2603 dispone: "Los únicos derechos que pueden transmitirse por la tradición son los que son propios del que la hace". En su virtud, la doctrina clásica llega a la conclusión de que para transmitir dominio debe tenerse dominio y que la enajenación por quien no es propietario no hace propietario al que adquiere y quien aparece como adquirente en tal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situación sólo lo es aparente.

En cuanto a la nulidad, la doctrina, basándose en los artículos 1046, 1050 y 1051 del Código Civil, proclama que, aun cuando hubiera acto nulo o anulable, siempre cabe la reivindicación mientras no se hubiera producido la prescripción de la acción de nulidad, caso en el que tales actos quedan convalidados y surten plenos efectos, como si su establecimiento no hubiese comportado la violación de la ley.

Esta conclusión coincide, para la teoría, con la primera parte del artículo 2778, en cuanto dispone la procedencia de la acción de reivindicación inmobiliaria contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe, que la hubiese tenido del reivindicante por un acto nulo o anulado.

Como no puede transmitir el dominio quien no lo tiene, el acto nulo o anulado carece de la posibilidad de transmitir el dominio y por ello el propietario inmobiliario siempre puede reivindicar. Respecto de los arts. 2777 y 2778, la teoría, en lo atinente a los requisitos claros de esos artículos (en cuanto a que es necesaria la buena fe en el adquirente y en el transmitente, y título oneroso), añade como otro elemento más la obligación de restituir la cosa al reivindicante, la que pesaba sobre el que transmite la cosa al último enajenante de buena fe. Este requisito concordaría, para Molinario, con el artículo 599, en cuanto dispone..."el acreedor tendrá acción real contra terceros que sobre ella hubieren aparentemente adquirido derechos reales, o que la tuvieren en su poder por cualquier contrato hecho con el deudor".

Con el juego de estos artículos llegan a la conclusión de que la teoría llamada innovadora es errónea, ya que los arts. 2777 y 2778 se aplicarían a contrario para el caso de los muebles, y esta interpretación a contrario es admitida porque con ella se vuelve al principio general, y si es para volver a los principios generales, la interpretación a contrario debe ser admitida.

El principio general en el caso de los muebles es obviamente el 2412 y los arts. 597 y 598, y, por lo tanto, se llegaría a la conclusión de que, en materia de cosas muebles, el reivindicante que entregó la cosa con obligación de devolver no puede reivindicarla del adquirente de buena fe y a título oneroso, que hubo la cosa de un sucesor a título particular de buena fe, que a su vez la hubo de quien tenía la obligación de devolverla. Como con la interpretación a contrario en el caso de los inmuebles no se volvería al principio general, ella no es admisible, pues no hay en el Código ninguna norma general que disponga que debe protegerse al adquirente de buena fe y a título oneroso y que pueda rechazar la acción de reivindicación sin mediar prescripción.

Como último argumento se analiza el art. 787.

Surge de este artículo que, aun siendo el adquirente de buena fe y a título oneroso, se encuentra desprotegido en este caso frente a la acción de reivindicación y también respecto al artículo 1487, en cuanto dispone que la anulación del contrato de permuta tiene efectos contra terceros; pero esta disposición se encuentra limitada en el 2130, en cuanto explicita que la acción queda paralizada si el permutante la hubiese enajenado a tercero mediante título oneroso. O sea que, cuando el codificador ha querido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecer excepciones a los principios generales, lo ha dicho expresamente y no lo ha dejado librado a una interpretación a contrario. La teoría clásica, finalmente, dice que no hay desprotección contra el tercer adquirente a título oneroso y buena fe, ya que esa protección existe en la garantía de evicción que se encuentra ínsita en todos los contratos, aunque no se pacte, y que, pactada, puede ser disminuida, renunciada o aumentada. Esa evicción cubriría al tercero contra todos los perjuicios que pueda tener; si bien el propio Molinario acepta que no hay protección en el caso de un obligado insolvente, cosa que resuelve diciendo que un ser adulto para la ley debe saber elegir la persona de su cocontratante. Por tanto, no sería admisible desproteger al verdadero dueño, quien no contaría con ninguna acción resarcitoria, para favorecer al tercer adquirente, aunque de buena fe y a título oneroso, por cuanto éste tiene su origen en distintas fuentes, lo que da lugar a normas jurídicas de distinta naturaleza, que deben ser armonizadas por los intérpretes en función de la realidad política y económica del momento en que las apliquen. Los arts. 3270, 787, 1051, 1487, 2422, 2603 y 3277, entre otros, responden a esta fuente y son reflejo fiel del individualismo reinante en la época de sanción del Código.

La segunda corriente, en cambio, más amplia, haría respetar el derecho aparente cuando hay buena fe y título oneroso. Tendrían su consagración legal en la nota del art. 2508, y en los arts. 124, 732, 960, 968, 969, 970, 1967, 2130, 3309 y, sobre todo, en el 3430.

De la interpretación a contrario de los arts. 2777 y 2778, base fundamental de esta argumentación (por cuanto de la parte final de ambos se desprende que hay reivindicación contra un adquirente de buena fe que hubo la cosa de un enajenante de buena fe a título gratuito), resulta fácil deducir que no hay reivindicación cuando el adquirente es a título oneroso.

Esta argumentación encuentra su apoyo en la fuente de la norma legal, que es Freitas, quien era casuístico, pero que tenía un artículo expreso que Vélez habría olvidado de transcribir y que decía: Que no compete la reivindicación cuando la cosa demandada es inmueble, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe, aunque éste tuviese la obligación de restituirla al reivindicante.

Con respecto al acto anulable que menciona el artículo 2778, y frente a la existencia de los arts. 1050 y 1051, los innovadores recurren al art. 1046, que establece que los efectos del acto anulable son a partir de la sentencia que lo ha anulado, y con ello se borra la retroactividad que parecería surgir de los arts. 1050 y 1051.

Y, por último, cabe afirmar que los arts. 3270 y 3277 solamente encerrarían reglas generales, a las que hay que renunciar frente a normas particulares.

También ha argumentado Fornieles⁽¹⁰⁾⁽¹⁷⁰⁾ que se debe adoptar esta teoría, pues, en caso contrario, se resta seguridad al tráfico jurídico. "El interés del propietario, por más respetable que sea, tiene que ceder ante el interés de la sociedad, que exige una protección a los adquirentes de buena fe". Por otra parte, era ya la tendencia moderna en muchos países del mundo al punto tal que Alemania habla instaurado el negocio jurídico abstracto. La teoría fue recogida en los proyectos de reformas que existían

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el país y que, en el proyecto de 1954, se mencionaba directamente como si fuera doctrina actual indiscutible.

Con respecto a la protección del tercer adquirente - que la tendría en la evicción - la teoría hacía notar que tal protección cae cuando se encuentra a un transmitente insolvente.

Y argumentar, en tal caso, como lo hace la teoría clásica, que, al ser considerado jurídicamente adulto, debe tener cuidado y saber con quién trata y contrata y que la ley no puede tutelar la negligencia, es argumentar puerilmente cuando se trata de contratos realizados en una gran urbe como la nuestra, en la que es poco menos que imposible saber de quién adquirimos una propiedad, y gracioso sería pensar que, además de tener que encontrar una vivienda, el adquirente tuviera que tomar precauciones en cuanto a la solvencia del transmitente. Desde ya que tal situación lograría la paralización del tráfico inmobiliario (el que ya era fluido en ese entonces).

Esta teoría ha sido receptada en la jurisprudencia en importantes fallos que brevemente pasaremos a comentar, tratando de transcribir solamente los párrafos más sobresalientes. Así, en autos "Bidart Malbrán, Héctor c/Martini, Tulio C. M. y otro", de la Suprema Corte de Buenos Aires, diciembre de 1961, fallo No 48.013, publicado en L.L., t. 106, pág. 299(11)(171), los jueces Quijano y Fernández se adhirieron a la doctrina clásica. En cambio, los demás jueces se inclinaron por la teoría innovadora. Así, el doctor Martocci dijo: "...pienso que el propietario que dejó de serlo por mérito del acto luego anulado carece de acción contra el adquirente a título oneroso que llegó a serlo con anterioridad a la declaración de nulidad..."; "considero que la reivindicación no resulta procedente en atención a lo dispuesto en los arts. 2777 y 2778 del Cód. Civil. Estas normas importan una limitación al ejercicio de la acción reivindicatoria y en igual medida concretan una excepción al principio consagrado en el art. 3270 del Código Civil".

El doctor Portas, adhiriendo a la posición mayoritaria, en cuanto a que el art. 3270 menciona a los actos anulados, dijo: "...y no de actos anulables. Los primeros son los que ya han experimentado la declaración judicial que pone fin a su reputada validez (art.

1046) ...". "Una vez anulado el acto, los derechos que en adelante se constituyan sobre los bienes que fueron transmitidos como consecuencia de él, quedan sin ningún valor, pues desde aquel momento cesa la etapa de validez ínsita a los actos anulables y desaparece su eficacia jurídica del mismo modo que en los actos nulos esa potestad nunca existe, ya que cualesquiera sean las consecuencias materiales que aparecen en su celebración, sus proyecciones jurídicas son inválidas (art. 1038)". "...esclarecido así el sentido del art. 1051 del Código Civil, resulta concordante con el art. 2778, que solamente autoriza la reivindicación contra el tercero cuando lo es a título gratuito o cuando lo hubiese adquirido después de la anulación"... "En cuanto al argumento de que los arts. 2777 y 2778 del Código Civil importan transcripción incompleta del Esboço de Freitas... así Fernández Gianotti... afirma que Vélez Sársfield se limitó a enunciar los casos en que la acción era viable, sin necesidad de caer luego en redundancias tan frecuentes en el proyecto brasileño".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Entre los dos intereses individuales en presencia e igualmente dignos de ser protegidos en la cosa, debe ser preferido el tercero poseedor de buena fe... considero que el comercio jurídico se vería lesionado si en cualquier momento se privara a los titulares de buena fe, de derechos adquiridos, oponiéndoseles vicios acaecidos en transacciones reales, recién develados merced a una acción tardía de anulación".

También adhirieron a la oposición los doctores Trigo Viera y Acuña Anzorena; este último dijo: "sin embargo y como no podría ser de otra manera, el propio codificador se encargó de demostrar el carácter relativo de dichos principios, destacando a través de una multitud de artículos que no siempre es exacto el que no se puede adquirir un derecho de quien no lo tiene, ni que resuelta la primera enajenación por la declaración de nulidad del acto por el que se la llevó a cabo, quedan sin fundamento las enajenaciones sucesivas".

"Larga es la enumeración que a este respecto puede hacerse de numerosas disposiciones del Código Civil. Así, por ejemplo, con arreglo a los arts. 960 y 996, 968 y 970, 732, 1865 y 1866, 2130, 3209 y 3210 y 3249 y 3430...". "Todas estas disposiciones, que no agotan la lista, ponen de manifiesto que, a la par de los principios nemo plus juris y resolute jure dantis, existe otro, de no menor jerarquía, y a estar al cual la declaración de nulidad de un acto jurídico carece de eficacia reipersecutoria contra los terceros de buena fe y a título oneroso, vale decir, que la invalidez es inoponible respecto de esos terceros, que escapan por ello a los efectos de la nulidad".

"Si la aplicación más o menos extensiva de un principio debe determinarse por la razón o fundamento que lo inspira, pareciera que el que dejamos diseñado merece una interpretación amplia en consideración al hondo sentido social en que se informa".

"...el art. 2780 en cuanto prevé la alternativa de ser o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, situación la última inexplicable si se admite que la doctrina de Freitas es insostenible en el derecho patrio... evidentemente como hay casos en los que no es posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos (art. 1037), los hay también en los que tampoco es posible la reivindicación contra terceros adquirentes y esos otros casos tienen que ser necesariamente... los de buena fe y justo título".

En otro fallo muy anterior de la Cámara Civil Segunda de la Capital, en autos "García, María, A., Martínez de c/Simón, Juan M. y otros", agosto de 1944, publicado en J.A., año 1945, II, pág. 651, con voto del doctor Chute, se llega a análogas conclusiones, diciendo que no cabe reivindicación contra el actual adquirente que es de probada buena fe, a título oneroso y que lo hubo de un transmitente del cual él probó también la buena fe.

Y así dice: "Es indudable, en mi opinión, que el art. 3270 al sancionar el principio de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, sólo ha sentado una regla general, a la que no puede darse un valor absoluto, como lo prueba el hecho de que la misma queda derogada en numerosos casos particulares"... "Concordante con lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expuesto cabe recordar que el art. 1037 del tít. VI de la Nulidad de los actos jurídicos... admite la posibilidad de que la nulidad, una vez declarada, no puede surtir efectos contra ellos, y esta posibilidad no puede ser otra que la de los actos anulables, que según el art. 1046 se reputan válidos mientras no sean anulados y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase".

"El aspecto social del derecho de la propiedad, representado en el caso por el interés colectivo de la seguridad de las transacciones, como así también por la necesidad de proteger por razones de estricta equidad a los terceros de buena fe, impone el criterio expuesto".

Pero el juzgador llega aun más lejos, al afirmar: "La buena fe del enajenante Schneider y la interpretación a contrario del art. 2777, conforme a lo expresado precedentemente, descartan la procedencia de la acción, tal como lo resuelve la sentencia. Ello soluciona la situación particular del caso de autos, pero debe convenirse que dicha interpretación no es suficiente para la protección amplia de los terceros de buena fe, ya que condiciona el rechazo de la reivindicación a la buena fe del enajenante anterior, lo que en realidad crea una desigualdad irritante, puesto que si lo que se quiere amparar es la buena fe del tercer adquirente, no hay por qué entrar a considerar la buena o mala fe de aquél".

En otro fallo en plenario de las Cámaras de Apelaciones de Rosario, de junio de 1942, publicado en J.S., 1943, I, pág. 771, autos "Busso y otros v/Busso y otros", en un asunto en el cual se declara la nulidad de la cuenta particionaria de unos herederos, en base a la cual éstos habían vendido el inmueble que les correspondió, a un tercero, la nulidad se declaró por la pública y notoria demencia que afectaba a una de las herederas, o sea que en realidad hay en este caso un transmitente de mala fe (el heredero que enajenó el bien proveniente de la cuenta particionaria con su hermana a quien sabía demente). En su voto el doctor Capdet dijo: "...puede esa publicidad (se refiere a la de la demencia de la heredera) afectar el contrato que 12 años después celebra un tercero de buena fe, no ya con el incapaz sino con aquellos que hubieron el inmueble a raíz de actos anulables por haber sido celebrados con un insano notorio y en el cual no cabe intervención alguna de ese tercero"... "A las razones expuestas se agrega el interés público por la estabilidad y seguridad de los derechos reales".

En otro fallo del Superior Tribunal de Santa Fe, en autos "Cáceres, L. V. contra Stellacci, Luis", de diciembre de 1944, publicado en J.A., 1946, III, pág. 524, se trata de la reivindicación que solicita el doctor Cáceres de una fracción de tierra que hubo por cesión de derechos hereditarios, y que inicia contra Stellacci, actual poseedor de esas tierras, que las hubo por compra con escritura inscripta de quien se probó en autos era un transmitente de buena fe. Basándose en la interpretación de los arts. 2777 y 2778, el exponente, doctor Suter, dijo: "Los distingos de la ley, cuando regla especialmente la acción reivindicatoria, no tendrían sentido si se hubiese de estar a las normas generales de los arts. 1061 y 3270"... "Se suele ponderar la cautela con que ha de esgrimirse el argumento en contrario. Es un argumento como cualquier otro, cuya fuerza depende de la necesidad con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se imponga el razonamiento. Aquí es de rigor porque, si resolvemos que la reivindicación procede siempre, cualquiera sea la buena o mala fe de ambos contratantes y cualquiera sea la naturaleza del título, los dos artículos estarían de más, con lo cual no se lo interpreta sino que se los suprime". También se basa en los enunciados de los arts. 2779 y 2780 en cuanto, respectivamente, dicen: "en los casos en que según los artículos anteriores corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor..." y "Sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor...". "Luego si el artículo 2780 trata los casos en que los artículos anteriores conceden la acción reivindicatoria, es porque supone que hay otros casos en esos mismos artículos que no la conceden y... esos otros casos tienen que ser necesariamente los de buena fe y justo título...". "...entre el cesionario a ínfimo precio de los derechos y acciones de un heredero... y el poseedor actual que compró la cosa, pagó el precio en una operación honesta para él y para la vendedora,...el sentido de lo justo no puede vacilar. Si además la solución cabe en la ley, según interpretación aceptable, que encuentra apoyo en los textos legales expresos y en la doctrina de Freitas, fuente del Código..., creo que los jueces no necesitan de más para acogerla, salvo que manejen los preceptos con «un estado de indiferencia por los resultados», lo que felizmente no suele ocurrir...". "Es pues, por todo ello que afirmamos que esta interpretación de los arts. 2777 y 2778 del Cód. Civil que repele la acción reipersecutoria en casos como el del sub lite es la más ajustada a la hermenéutica jurídica que interpreta el derecho de acuerdo a la realidad social que vivimos, sin apartarse de la letra expresa de los Códigos, ni suplantar al legislador.

En nota a este fallo publicada en el lugar indicado por Julio César Ranea, en rotunda crítica, se dice: "Esta norma (art. 1051), como resulta de su propio texto, de su concordancia exacta con el art. 3270 y de las opiniones de los autores franceses que le sirvieron de fuente, es decisiva. En virtud de ella, la tesis que en la sentencia se acepta queda proscripta del sistema legal y no es posible extraer de los arts. 2777 y 2778 ninguna consecuencia favorable para la solución que se adopta. Como dice el doctor Salvat, no existe texto alguno que limite y restrinja el campo de aplicación de los principios generales; los arts. 2777 y 2778 hasta ahora sólo aparecen como una formulación incompleta". "Pero para el sistema de nuestro Código éste era imprescindible, si se quería limitar el efecto reipersecutorio en favor de terceros de buena fe"... "De donde resulta con máxima claridad que nuestro codificador desestimó conscientemente la norma de Freitas que quiere leerse como contenida implícitamente". "La tesis que ve en los arts. 2777 y 2778, por argumento a contrario, una aplicación del principio de la apariencia, falla en este aspecto fundamentalmente".

En otro fallo publicado en La Leg, t. XXV, pág. 822, autos "Martínez de García María A. y otra en Testagrosa de Solari, María R. contra Casseti Norma", Cám. Civil Primera, Cap. Fed., 9/2/42, la primera instancia en fallo del doctor Dobranich hace aplicación de lo que al comienzo hemos denominado la tercera teoría.

En el caso es la tercería de dominio que inician las propietarias en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejecución hipotecaria que se sigue a quien, comprobado fue, usurpó el inmueble. Se declara la nulidad de las escrituras de la usurpadora, pero como la nulidad es muy posterior a la constitución de la hipoteca, el juez dice: "... necesario admitir que la nulidad decretada no puede afectar ese nuevo acto jurídico realizado en base a una escritura pública, en aquel entonces válido y que acreditaba a Norma Casseti como legítima propietaria de la finca que hipotecaba..." "se impone admitir que el citado art. 1951 se halla limitado en sus efectos, cuando existe buena fe de las terceras". Cita en su apoyo doctrina Salvat, Comisión Reformadora del Código Civil argentino y a Francisco Ferrara.

En segunda instancia, el fallo es confirmado, pero haciendo hincapié en la buena fe. El exponente, doctor Mendonça Paz, expresa: "...hallándose en conflicto el derecho de las terceristas y el de la acreedora hipotecaria que contrató de buena fe, debe privar el de esta última, sin perjuicio de que aquéllas hagan responsables de los daños que sufran a quienes corresponda". Adhirieron al voto los doctores Barraquero y Grandoli.

Obsérvese que en realidad en este caso ni se menciona la buena fe del transmitente, que no existiría, pues la que constituye la hipoteca (transmitente) tiene total y probada mala fe.

Y, finalmente, debemos mencionar un plenario de las Cámaras Civiles del 20 de abril de 1923, publicado en J.A., t. X, pág. 397. En el caso "Sosa Barredo c/Buzio" se trataba de la reivindicación planteada por la actora que hubo los lotes en cuestión por cesión de derechos hereditarios de una de las herederas cuyo causante los había adquirido en 1872. El demandado, en cambio, los hubo por compra, y sucesivas compras se produjeron desde el origen invocado, una prescripción treintenaria que arrancarían de 1873.

El plenario, por ajustado triunfo de una mayoría (seis votos contra cinco), se pronunció haciendo lugar a la reivindicación pedida, revocando así el fallo de primera instancia. Transcribiremos solamente los que consideramos los más brillantes párrafos en la defensa de ambas posiciones.

Por la mayoría votaron los doctores Repetto, Pera, De la Torre, Juárez Celman, Gigena y Cáseres. El primero dijo: "...El art. 2792 establece que cuando el demandante y el demandado presentan cada uno títulos de adquisición que hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellas era el verdadero propietario, se presume sería el que tiene la posesión..."; "la cuestión de la prueba de la reivindicación en el caso del art. 2792... debe hacerse trasladando la cuestión sobre el dominio de los autores del demandante y del demandado y procediendo como si la contienda acerca del mismo se hubiese levantado entre ellas..." "El título de Núñez (origen de la actora), al ser anterior a la posesión que tenía Ortiz (origen del demandado)... está determinando la presunción sentada por el artículo 2790, de que el autor del título de Núñez... era la propietaria y la poseedora de los lotes reivindicados y así Núñez mismo".

Respecto a la prescripción invocada por el demandado, el mismo exponente dijo: "Faltaría en efecto la buena fe del demandado, pues en efecto ella se presume de acuerdo con el art. 4008 del Código Civil, tal presunción se desvanece en el caso con sólo considerar que mal ha podido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ella existir en el momento de la adquisición, como también lo reclama el 4008 en presencia de las deficiencias de la información producida por Ortiz" (refiérese a la información de usucapión). "La creencia indudable de que el transmitente, el poseedor, era el exclusivo señor de la cosa, para emplear los términos usados por el art. 4006 y su nota, no ha podido formarse en el espíritu del demandado.

Y ni siquiera cabe argumentar en el caso y con la jurisprudencia, que ha declarado que un título informativo se perfecciona por el transcurso de diez años, a contar de la aprobación de la información, por cuanto en las fechas de la adquisición de Buzio faltaba aún mucho tiempo para que esos diez años hubieran ocurrido. La buena fe debió existir en esas fechas, conforme al citado art. 4008".

Por la minoría encontramos el voto del doctor Salvat, pero debemos hacer notar que este ilustre magistrado no se enrola en la teoría innovadora sino que encuentra que en el caso de autos no hay pruebas suficientes para conceder la acción de reivindicación a la demandante: "Pero en manera alguna me parece admisible que la acción de reivindicación pueda prosperar, sin la prueba acabada y completa de la adquisición y pérdida de la posesión por el reivindicante...".

Merecen transcribirse en extenso algunos de los párrafos del voto del doctor Colmo, pues resultan sorprendentes, sobre todo considerando la fecha (1923). Así: "El demandado presenta título, que se encuentra plenamente cobijado por el art. 4010 del Cód. Civil..., está revestido de formalidades legales (escritura pública), es traslativo de propiedad, emanada de una persona, el vendedor originario, tenía a su favor una causa legal de adquisición: la prescripción (art. 2524, inc. 79) ...; "...el título de la actora es bien insuficiente, pues no cuenta sino con la apariencia del título escrito, ya que no ha acreditado posesión alguna, ni menos aún, la desposesión de que ella o sus autores hayan podido ser víctimas.

En cambio, y como si ello no bastara, el demandado presenta títulos perfectos: "escritura formal y posesión"... "No es, pues, que se quiere cuando se argumenta con el art. 3270:...si se pretende la aplicación escueta del precepto, como parece, se erraría a cartas vistas. El precepto es simplemente general y rige en los supuestos en que el Código mismo no lo ha derogado. Y el Código lo deroga en largos centenares de situaciones: posesión de cosas muebles, buena fe de terceros, posesión y prescripción, etcétera, como puede verse en rápida ojeada del Código... Tan numerosas, tan categóricas y tan importantes son las derogaciones legales del art. 3270 que éste prácticamente es letra muerta, de ahí que su regla aparente resulte en verdad una positiva excepción(12)(172). Y de ahí que su norma no pueda ser presumida: sea menester, indispensable, demostrar que se está en uno de los raros y secundarios casos en que efectivamente impera...".

"Lo que hay en el fondo de todo esto es otra cosa. Es una noción desgraciadamente infiltrada en nuestra jurisprudencia, muy individualista y romanista de los derechos. Y, al contrario, es la noción, prácticamente reducida a cero, de lo que más debe contar: la noción del tercero, la noción del derecho, actividad y vida, la noción de la firmeza y seguridad de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transacciones (menos de mala fe, gratuidad de la adquisición, etc., nada de lo que juega aquí). La noción del derecho colectivo de la sociedad, antepuesto a la del derecho individual, es, en suma, una de las peores concepciones que yo conozco en derecho: «quien ha adquirido una cosa no puede perderla nunca, porque el dominio es perpetuo»; o bien, «no importa que castigemos, por la espalda y a mansalva mediante vicios ocultos que nadie ha podido conocer, al tercer adquirente, obligándolo a devolver lo que una vez fue de otro, pues debemos hacer respetar el sagrado derecho de quien una vez fue propietario». Y, así, esos parásitos de la propiedad que jamás han poseído la cosa, que jamás han hecho viva la suma de valor que ésta contenía o entrañaba, que jamás han concurrido para nada a la producción y circulación de valores y al auge económico del país; esos zánganos sociales vienen a ser preferidos a los pobres que han adquirido, con el sudor de sus frentes, para sí y sus hijos, míseros lotes de tierra que son todo su capital, todo su porvenir y toda su esperanza, que les han incorporado trabajo y los han hecho fructíferos y útiles y que no han cometido más delito que el de creer que las leyes les asegurarían lo que habían adquirido con las penurias de su esfuerzos y de su salud, y en las más perfectas condiciones de buena fe...".

"Va, pues, mi conclusión: la demanda debe ser rechazada. Los tribunales no se han hecho para proteger especuladoras, como es la actora, a mi juicio..., contra poseedores laboriosos, que son factores mucho más útiles que cualquier especulador. Los tribunales no se han hecho para sembrar el terror entre todos los pacíficos poseedores con título legal de esos lotes de terreno que mañana podrían ver perdidos sus ahorros y todos sus afanes... Los tribunales no se han hecho para amparar parásitos, sino para favorecer el trabajo, la actividad, la productividad y el auge económico. Los tribunales son, como el mismo derecho, para, sobre todo, asuntos de honestidad y buena fe y nunca de aventuras".

La reforma del año 1968 y su significado

Con este panorama doctrinario y jurisprudencial se produce la reforma del Código Civil en 1968. Entre otras, se introduce un agregado al art. 1051, que en su texto completo quedó redactado así: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

El agregado final del artículo introduce en nuestro sistema de transmisión inmobiliaria un nuevo principio, ya que algunas adquisiciones van a ser consideradas como originarias, al igual que las provenientes por usucapión. Toma como base un viejo adagio del derecho romano: error communis facit ius, y consagra el principio de la apariencia jurídica, otorgándole una legitimación extraordinaria al acto jurídico así otorgado.

Algunos autores⁽¹³⁾⁽¹⁷³⁾ consideran que con este agregado se ha hecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una reforma total del Código Civil en materia de transmisión inmobiliaria, de modo que automáticamente se considera al anterior sistema, respecto al cual nos hemos explayado en el capítulo anterior, derogado en forma implícita; así como también consideran derogados todos los artículos que se le contraponen. Otros, en cambio, entienden que todo el sistema de transmisión inmobiliaria se sigue articulando en torno al art. 3270, ya que el Código continúa siendo congruente respecto a su concepción romanista de título, modo y sistema indemnizatorio relacionado con la evicción. En consecuencia, el agregado es una excepción a toda esa estructura perfecta, y como tal se aplica en contados y pocos casos(14)(174).

Ambas teorías son coincidentes con su propia posición antes de la reforma de 1968. La primera corriente bregaba por la justicia ante la falta de protección para el tercer adquirente. La segunda sostenía la justicia del sistema romanista del Código para el propietario reivindicante. Entre estas posiciones extremas se colocan las que, como la nuestra, no ven "un verdadero propietario" despojado frente al "tercer adquirente de la cosa", sino que todos son verdaderos propietarios. En el sistema romanista del Código, aun antes de instaurarse por las leyes locales la registración, a todo aquel que concurría ante un notario, quien hacía un juicio de legitimación, se le entregaba la cosa por la tradición y un título válido, era y es propietario.

La pugna se plantea entre dos propietarios. Uno que, como decía Colmo en su citado voto, ha dejado de usar la cosa, o la ha descuidado; y otro que aparece en el tráfico inmobiliario.

La reforma de 1968 no ha optado por el "tercer adquirente" y desprotegido al "verdadero propietario". Para los notarios, propietario y verdadero es todo aquel a quien le otorgamos un documento que así lo declara. La reforma ha optado en realidad por el tráfico inmobiliario. Esa es la opción. Protege la transacción, el movimiento de la propiedad, que la transmisión se realice con la mayor tranquilidad dentro de los límites de lo posible. Dice Alsina Aienza(15)(175) que con la consagración de esta doctrina "el favor que se otorga al tercero de buena fe sale del bolsillo del expropiado", que se inmola en el altar de la apariencia jurídica". Pero es que antes de la reforma era al revés: el favor que se le otorgaba al llamado expropiado salía del bolsillo del tercer adquirente (porque no nos olvidemos que él también paga un precio, sino no juega aquí), que era inmolado en el altar del "verdadero propietario". También se había dicho por Molinario, según cita pág. 143, que el sistema indemnizatorio del Código era perfecto, porque con la evicción se cubría al tercer adquirente; pero también, como ya dijimos, ello dependía de la solvencia de la persona vendedora, ya que la acción para perseguir el cobro era personal.

Pues bien, con este sistema se puede perseguir a quien efectuó la transmisión que adolecía del vicio por quien resultó despojado, y también estamos en el campo de las acciones personales. Con esto queremos simplemente establecer que la reforma, como dice Guastavino(16)(176), tiene como fin inmediato el interés general en la seguridad del tráfico. Este interés jurídicamente protegido tiene, según lo señala el mismo autor:

Fundamento económico: Cual es la noción de seguridad jurídica dinámica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tendiente a proteger el interés económico del adquirente del derecho, ya que los actos adquisitivos son esencia de la vida comercial y la base del progreso; la onerosidad del acto adquisitivo es indispensable para proteger al subadquirente.

Fundamento moral: Es la necesidad de la justicia de no defraudar a quien se comportó honestamente en el tráfico jurídico y además proteger a quien actuó conforme los mecanismos previstos por la misma ley, para adquirir válidamente.

En consecuencia, la reforma del art. 1051 del Código Civil obedeció a un principio de política legislativa: se equipara el título con validez aparente al formalmente válido, en beneficio de quienes se fiaron excusablemente en aquél.

Esa equiparación surte efectos con independencia de las causas que provocaron el estado aparente. En suma, se opera una clase de legitimación. Esta sería el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado. La legitimación del autor constituye un presupuesto de eficacia del acto. Deriva siempre de una específica relación del autor del acto con el objeto de éste y, por tanto, con la esfera jurídica sobre la cual debe desplegar sus propios efectos el acto mismo(17)(177).

Betti define la legitimación como "la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, lo cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular"(18)(178). La posibilidad concreta de obrar es a veces un derecho subjetivo; otras, simplemente el poder jurídico de realizar el acto de que se trata.

Un título de propiedad, documento auténtico emanado de notario, crea, a favor de aquel que lo ostenta, la apariencia de ser el titular. Está legitimado, ya que se considera que tiene poder de disposición porque se presume iuris tantum su titularidad real. Esta presunción es iuris tantum porque cede ante la reivindicación, pero no en todos los supuestos, ya que se transforma en iuris et de iure cuando el tercero adquirente es de buena fe, a título oneroso; y el título viciado por el cual se produce el reclamo es nulo o anulable. Legalmente, la titularidad aparente se convierte en real cuando se dan los presupuestos del art. 1051, que veremos en detalle a continuación.

En nuestro sistema jurídico no entra en juego, en relación con la legitimación del disponente, la integridad de la fe pública del Registro de la Propiedad. Este último desarrolla su fe pública a un nivel diferente; no convierte la titularidad aparente en titularidad real, no hace presumir iuris et de iure que el titular inscripto es el real. La presunción iuris et de iure del Registro de la Propiedad se manifiesta a través de las certificaciones que expide, ya que éstas se consideran reales, aunque sean inexactas. El asiento registral se traslada en determinados supuestos fuera del Registro, mediante el certificado, que permite presumir, sin admitir prueba en contrario, que informa lo que figura asentado en aquél(19)(179). El hecho de que la titularidad registral no convierta al titular que aparece inscripto como real no quiere decir, como lo ha sostenido la ponencia del V Congreso de Derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil, que nuestro sistema registral no tenga fe pública(20)(180). Parecería que la doctrina no coincide en algo que con tanta maestría el Tribunal de Alzada de la Capital Federal discriminó in re "Akrich de Malbin s/ embargo omitido"(21)(181). El hecho de que la legitimación, según el concepto que aquí hemos explicado, no se encuentra ensamblada con el sistema registral, como ocurre con el art. 34 de la ley hipotecaria española, no implica necesariamente que el Registro de la Propiedad no tenga fe pública. Esta existe a otro nivel, no en razón de las titularidades.

Núñez - Lagos explica: "La legitimación opera con la titularidad aparente, considerándola iuris tantum real. Pero como presunción iuris tantum cede ante la reivindicación, a no ser que en ciertas hipótesis entre en juego la integridad de la fe pública y, en beneficio del tercero adquirente de buena fe, la titularidad, incluso aparente, valga como real; esto es: la presunción iuris tantum de titularidad se convierta en beneficio del tercero, en presunción iuris et de iure(22)(182).

En la doctrina se distingue entre legitimación plena, que es la que se basta a sí misma, y menos plena o imperfecta, cuando necesita otros elementos además de la apariencia que da el título de propiedad inscripto. El caso del art. 1051 es el de legitimación imperfecta porque hace falta la concurrencia de otro elemento: la buena fe en la adquisición y que ésta sea a título oneroso. Además, tampoco el titular aparente se convierte iuris et de iure en titular real en todos los supuestos, como veremos.

La plenitud de la legitimación se relaciona con otro aspecto de la cuestión. La habilitación para disponer de un titular inscripto se da por ese solo hecho: ser titular por un documento notarial. La eficacia de esa habilitación de disposición se proyecta en sus consecuencias: el amparo jurídico del adquirente. Es decir, que solamente la conversión de titular aparente en titular real se produce con relación al tercer adquirente. Si cabe, podemos decir que no es una habilitación erga omnes, que se produce nada más que por ser un titular inscripto. Se produce cuando se realiza la acción de transferir y sólo a determinados terceros y en determinadas situaciones.

Por ello, la legitimación para disponer por la apariencia es llamada por Gierke "poder de disposición formal", porque el poder de disposición emanaba de una forma con independencia de su real contenido sustantivo. El tercer adquirente que ha confiado en determinadas situaciones normales del tráfico jurídico (posesión de bienes muebles, art. 2412, Cód. Civil) o en ciertas formas públicas (instrumentos públicos, registración, etc., posesión de bienes inmuebles) no puede quedar defraudado en su buena fe. La ley lo ampara, hace válidas las consecuencias jurídicas causadas por haber confiado en tal apariencia.

Como dijimos, esta habilitación para disponer no lo es en forma plena o perfecta porque se manifiesta con la acción y frente a determinadas circunstancias. Estas circunstancias son las que vamos a explicar a continuación. Si ellas no se dan, no hay conversión y procede la acción reivindicatoria del titular sustantivo.

CARACTERÍSTICAS DE LA ADQUISICIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tercer adquirente

En primer lugar, el agregado al art. 1051 menciona al tercer adquirente. En un concepto muy general, el derecho califica de tercero a "todo aquel que no es parte de la relación jurídica", de manera que se define por exclusión. Este tercero es denominado tercero erga omnes, ya que son todos los que no han intervenido en ella. En la norma que estudiamos, sectoriza a una determinada clase de terceros, ya que establece el carácter de "tercer adquirente". De manera que presupone dos relaciones jurídicas: la primera, por la que una persona adquiere para vender posteriormente, y la segunda, por la que se produce la adquisición del tercero que va a resultar protegido. Este último es tercero respecto de la primera relación jurídica, pero al mismo tiempo se encuentra ligado a ella por la o las sucesivas transmisiones. La afectada por el vicio de nulidad o anulabilidad es la primera relación, y en virtud de esa vicisitud el acto cae, surgiendo para el transmitente la posibilidad de reclamo. La ley protege de ese reclamo al que tenga la cosa por adquisición onerosa posterior. Por ello, a este tercero se lo denomina tercer subadquirente, tercer adquirente o tercer interesado. Este tercero, cuando a su vez, en virtud de su compra, ha logrado la protección registral, se denomina tercero registral. El tercero registral puede ser de dos tipos, según sea la calidad y extensión del derecho que registra, que Adrogué(23)(183)clasifica y denomina: tercero de tipo latino y tercero de tipo germano. El primero es aquel que adquirió en forma válida y plena, pero no alcanzó la esfera de protección del registro (se venció el término de inscripción). El tercero, de tipo germano, en cambio, es aquel que tiene un título de adquisición inválido, pero alcanzó la protección registral (y como consecuencia es un titular inscripto).

¿Cuál es el tercero cuya adquisición está amparada? Pensamos que es el tercero que ha realizado la adquisición, aun cuando no haya llegado a obtener la protección registral. El art. 1051 empieza diciendo: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros...", de manera que califica, en su comienzo y en el nuevo agregado como tal, al que ha realizado el acto de adquirir. Adrogué sostiene que la adquisición puede ser tanto de un derecho personal como real; el único requisito está en que el transmitente sea un titular de un derecho inscripto para obtener la legitimación necesaria para disponer en forma eficaz. De tal modo que estaría protegido por la norma el locatario (por haber celebrado un contrato con un titular inscripto), pero no el sublocatario (porque el contrato no se celebra con un titular registral; el comprador por boleto, no el cesionario)(24)(184). La mayoría de la doctrina está conteste en admitir la protección para el titular de derechos personales, por lo cual deseamos la interpretación de que el adquirente debe ser el que obtuvo la inscripción registral.

La doctora Gurfinkel de Wendy sostiene, en cambio, la posición adversa a la nuestra, con el argumento de que si el reivindicante tiene un derecho oponible erga omnes, el adquirente sólo puede oponerle un derecho de igual clase, es decir, un derecho real que logre la nombrada oponibilidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la inscripción registral(25)(185).

Título oneroso

Ello implica que ha habido contraprestaciones equivalentes, y es la médula por donde pasa la razón de ser de la norma, y consiguientemente de la protección. Se trata de evitar un daño, en el caso del comprador que ha pagado un precio, y proviene de un antiguo derecho romano que decía: certant de damno vitando. En cambio, si la adquisición es a título gratuito, de lo que se priva el individuo es de una ganancia que no percibe, y se basa en el principio romanista certant de lucro captando. Se protege a aquel que puede tener un daño(26)(186).

Buena fe en la adquisición

Como hemos sostenido en este estudio, es la buena fe en la adquisición la que provoca la legitimación del disponente. Por ello vamos a realizar su estudio en un capítulo separado, para no distraer la atención en la continuidad de este análisis y sobre todo la relacionaremos con el tema general del trabajo, cual es el estudio de los antecedentes en el dominio del transmitente.

Sea el acto nulo o anulable

La nulidad, según una definición clásica en nuestra doctrina, es "una sanción legal que priva al acto jurídico de sus efectos propios en virtud de una causa existente en el momento de la celebración de un acto jurídico"(27)(187). Otra corriente revisa el concepto de sanción legal y dice que es una reacción del orden jurídico frente al acto imperfecto(28)(188). Adoptamos la definición de Alterini, que, tomando esta última concepción jurídica, dice: "la nulidad del acto cumplido es la que priva de los efectos propios al acto jurídico frustrado en virtud de una causa incidente en el momento de la celebración"(29)(189).

Esta vicisitud del acto jurídico puede ser de diversos tipos, y por ello se ha sistematizado su clasificación. La doctrina distingue entre las nulidades manifiestas y no manifiestas, de acuerdo con la ostensibilidad del vicio. Otra clasificación, que surge del articulado del Código, es la de actos nulos y anulables. Los actos nulos son los que tienen una causa de imperfección taxativa, rígida, perfectamente perfilada y dosificada por la ley; llegado a instancia judicial, la misión del juez es declararla, ya que no es susceptible de apreciación. Se da la causa; ya tiene la consecuencia. El acto anulable, en cambio, tiene una causa de imperfección fluida, susceptible de apreciación judicial. En consecuencia - siguiendo a Alsina Atienza -, la fundamental distinción entre el acto nulo y el anulable es la función del juez; en el caso de acto nulo, como dijimos, la declara; en el caso del acto anulable, tiene que apreciar la causal, dosificar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencia(30)(190)(31).

Otra importante distinción mencionada en el articulado del Código son los actos susceptibles de nulidad absoluta y nulidad relativa. La primera - art. 1047 - puede y debe ser declarada por el juez aun sin petición de parte; puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley. Concluye el artículo que no es susceptible de confirmación, y en consecuencia es imprescriptible. La nulidad relativa, en cambio, no puede ser declarada por el juez - art. 1048 - sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la ley o de la moral; sólo puede alegarse por la parte en cuyo beneficio la han establecido las leyes. En consecuencia, es confirmable y su acción prescriptible.

A pesar de la perfecta discriminación legal, los autores discuten en cuanto a esta clasificación dos puntos que en el tema que nos ocupa requieren el mayor interés. La primera cuestión es la asimilación hecha por una parte de la doctrina en cuanto a la nulidad absoluta como proveniente del acto nulo y la nulidad relativa del acto anulable(32)(191). Por otra parte, la doctrina que es mayoritaria hasta el momento hace una doble clasificación, ya que considera que el acto nulo lo puede ser de nulidad absoluta o de nulidad relativa, según tenga o no los caracteres que mencionamos, y el acto anulable de la misma manera puede tener una anulabilidad relativa o anulabilidad absoluta(33)(192).

La otra cuestión sobre la que no hay acuerdo doctrinario versa sobre cuáles son los valores jurídicos protegidos para realizar la distinción entre absoluta y relativa. Por una parte, algunos autores, cuya opinión compartimos, establecen que la distinción es realizada cuando el vicio ataca la moral, el interés colectivo y el orden público. Otro sector de la doctrina entiende que la nulidad es absoluta cuando ataca la esencialidad de los elementos constitutivos del acto jurídico(34)(193). Así, por ejemplo, como la capacidad es un elemento esencial, el acto celebrado por un menor sería de nulidad absoluta. No estamos contestes con esta última posición, ya que el mismo Código establece en el ejemplo mencionado la confirmación automática cuando pasa un período de la fecha en que el menor se convierta en mayor de edad y en consecuencia capaz. ¿Cómo puede ser absoluta una nulidad para la que la ley establece una confirmación automática?

Volvemos al tema que nos ocupa. El artículo dice: "sea el acto nulo o anulable", por lo tanto abarcaría todos los supuestos que hemos enunciado de nulidad. Algunos autores consideran que la nulidad absoluta no podría estar amparada, ya que por este medio la adquisición del tercero vendría a confirmar un acto inconfirmable, se consolidaría un derecho imprescriptible(35)(194). Nosotros creemos, sin desmerecer estas calificadísimas opiniones, que se incurre en una confusión con relación a la vicisitud del acto jurídico que dio origen a la primera de las relaciones jurídicas que enunciamos, con la consolidación de la adquisición hecha a través de un acto jurídico posterior y perfectamente válido. Pensamos que no tiene nada que ver la consolidación de la adquisición del tercero con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulidad de la primera relación, que sigue siendo inconfirmable o imprescriptible. Es la doctrina que surge del fallo del Superior Tribunal de San Martín in re "Tambini de Carnero, Celia c/Bombasaro, Neldo A. y otro"(36)(195), donde se pide la redargución de falsedad de una escritura pública - acto anulable, art. 998, Cód. Civil, y de nulidad absoluta porque afecta el orden público - y se opone la excepción de prescripción, que es rechazada por ser la nulidad absoluta. Por lo tanto, se concede la posibilidad de dirimir la falsedad; decretada ésta, se procederá en consecuencia, pero estas consecuencias no pueden atacar jamás el acto de adquisición realizado por el tercero, que evidentemente va a ser de buena fe por no ser ostensible el vicio de quien lo transmitió. Esta doctrina, con todas sus implicancias, está ilustrada en una consulta evacuada por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal(37)(196), donde el escribano consultante plantea la cuestión en un caso en el que en los títulos antecedentes existió vinculación por parentesco entre el escribano y uno de los otorgantes. Se trata, dice el dictamen, de un acto nulo, ya que el art. 985 del Cód. Civil establece que tales actos son de ningún valor; tiene una sanción expresa, cuantificada y total, pero dicha nulidad no es ostensible o manifiesta. Es decir, que se inclina por la tesis de que los actos nulos pueden serlo con un vicio manifiesto u oculto(38)(197). Además, dicha nulidad es absoluta y como tal imprescriptible e inconfirmable. Pero, aunque ella se declarara, no se podrían llevar a cabo sus efectos, ya que, al no ser ostensible el vicio en el acto, el tercer adquirente no lo pudo llegar a conocer y, por lo tanto, es una adquisición realizada de buena fe y amparada por la norma del art. 1051, es decir, a salvo de cualquier reclamo reivindicatorio(39)(198). Coinciden con esta doctrina de que se encuentran amparados los terceros, sea el acto nulo o anulable y ya sean las mismas de nulidad absoluta y relativa, las conclusiones de la I Convención del Colegio de Escribanos de Capital Federal.

CARACTERÍSTICAS Y AMPARO DE OTRAS ADQUISICIONES
Resolución y revocación

La nulidad es una de las vicisitudes que puede tener el acto jurídico. Hay otras que, si bien no son incidentes en éste en el momento de su celebración, también afectan su eficacia. En materia de transmisión de muebles, donde estaba consagrado el principio de protección al adquirente antes de la reforma en el art. 2412, el artículo 2413 dice expresamente que "las acciones de resolución, nulidad o rescisión a que se halla sometido el precedente poseedor no pueden dirigirse contra el poseedor actual de buena fe". Al no tener en materia de inmuebles disposición similar, la doctrina se ha dividido en dos posiciones: una minoritaria, que expresa que el art. 1051 introduce un principio general y, en consecuencia, abarca todas las vicisitudes del acto jurídico(40)(199), considerándose derogados todos los demás artículos del Código Civil. Otra posición mayoritaria sostiene que, al no estar expresamente establecido como en el caso de las cosas muebles, no están comprendidas. Dentro de la posición de la mayoría hay

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una variante: es la de Alterini(41)(200), quien dice que el orden jurídico establece un sistema de protección para casi todos los demás supuestos. Así, en el caso del art. 1388, "La obligación de sufrir retroventa pasa a los herederos del comprador aunque sean menores de edad y pasa también a los terceros adquirentes de la cosa, aunque en la venta que se les hubiese hecho no se hubiera expresado que la cosa vendida estaba sujeta a pacto de retroventa". Este es de los casos de pactos con condiciones resolutorias, el más difícil de interpretar, porque establece que "aunque no se hubiera expresado en el título de adquisición", y es interpretado por el último de los autores nombrados que la confusión surge porque está mal traducido de su fuente, que es el artículo 1664 del Código francés, que establece que la condición no debe constar en el segundo contrato, ya que el tercero debía conocerlos por estar en el primero. Por su parte, Adrogué sostiene que este caso, como en el de cualquier otro de condiciones resolutorias y suspensivas, debe registrarse en virtud de lo dispuesto en el art. 33 de la ley 17801, que dispone que el cumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias que resulte de los documentos inscriptos se hará constar en el folio respectivo por medio de notas aclaratorias cuando expresamente así se lo solicite. Es decir, que con este mecanismo el tercero siempre conocería la causa de resolución(42)(201). Por su parte, Guastavino también sostiene que el tercero siempre conoce la condición que establece que su dominio es revocable, basándose en la nota al art. 2666, donde el codificador dice:..."Estas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite"(43)(202). Nosotros compartimos de manera general la posición mayoritaria, en el sentido de que, al no estar expresamente reguladas las causales de revocación y resolución, el tercer adquirente no puede repeler la acción reivindicatoria que cabría; pero también estamos contestes con los últimos autores nombrados en que el sistema jurídico trae todos los mecanismos para que el tercero conozca las causales de resolución y revocación, de modo que, al adquirir, está conscientemente aceptando las condiciones de su dominio revocable.

Revocación de las donaciones

En cuanto a la revocación de las donaciones, tenemos dos supuestos: el de las revocaciones por causa de ingratitud y el de las revocaciones por liberalidades inoficiosas. Ambos supuestos reciben un tratamiento legislativo completamente diferente, por lo que las pasamos a analizar por separado. El art. 1866 dispone que "La revocación de la donación por causa de ingratitud no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario ni por las hipotecas u otras cargas reales que hubiesen impuesto sobre los bienes donados antes de serle notificada la demanda". Con la claridad de esta norma no hay dificultades de interpretación, ya que el tercero, que mal puede conocer esta causal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobreviniente al acto de la donación, se encuentra perfectamente protegido. En cambio, respecto a la causal de revocación de las donaciones por liberalidades inoficiosas, ha ocasionado las más arduas polémicas. Estas se refieren a la cuestión desde su origen, y por la importancia del tema le daremos tratamiento separado.

La legítima. Su integración

La legítima se integra con el activo líquido del patrimonio de la herencia, al que debe agregarse el valor que tenían las donaciones hechas por el causante (art. 3602). Por su parte, el art. 3601 establece que "Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima se reducirán a solicitud de los herederos forzosos a sus términos debidos". Art. 1831: "Las donaciones que fueren inoficiosas se reducirán hasta que queden cubiertas las legítimas".

La acción de reducción tiene por fin sustancialmente salvar la legítima y pretende incorporar al activo líquido del patrimonio hereditario valores que no existían en el patrimonio del causante al momento de la apertura de la sucesión. Se plantea el problema respecto de si es una acción personal contra el beneficiario de la liberalidad o una acción real para lograr en definitiva la reivindicación del dominio de la cosa al patrimonio de la herencia. El tema es arduo y aún más en nuestro derecho positivo, donde hallamos normas contradictorias. La cuestión aparece resuelta por una norma destinada a un tema secundario a su respecto, cual es el determinar el momento en que empieza a correr el término de la prescripción. Art. 3955. Este artículo otorga a los legitimarios el ius persecuendi respecto del bien y ha tenido por fuente a Aubry et Rau, y es la transcripción literal de uno de sus pasajes. En tanto que la nota al art. 4023, principio general en materia de prescripción de acciones personales, se ejemplifica precisamente como un caso comprendido en la norma prescripción decenal: "el derecho para pedir la legítima que corresponde por ley". Corroborante, aunque en forma indirecta, la nota al art. 3477, al referirse a la composición del acervo mediante la reunión de los valores colacionables, agrega: "la donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante...". Esta nota se refiere evidentemente a la colación, pero una parte de la doctrina sostiene que podría aplicarse a la reducción.

Caso en que el donatario ha transferido el bien a terceros

Resultando la donación inoficiosa y demandado el donatario por reducción, han sido propiciadas dos soluciones: el bien debe ser reintegrado en especie(44)(203), según la opinión de Borda. Otra solución propuesta por Lafaille y Fornieles es que el donatario estaría facultado para pagar su valor al legitimario hasta quedar cubierta la legítima(45)(204). Esta última posición es mayoritaria, y fácil es observar que la apoyan múltiples razones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de orden económico y moral(46)(205). En consecuencia, podrá demandarse al donatario por el valor o precio del bien que recibió del causante a título gratuito; pero, si el demandado fuese insolvente, se podría perseguir el bien en poder de terceros adquirentes. Se trataría de una acción evidentemente reipersecutoria, aunque no toda la doctrina esté conteste en considerar que sea una acción real, aun cuando tenga ese carácter. Parecería que las mayores discusiones se centran en el encasillamiento de si la acción es real o personal. Por un lado, la doctrina minoritaria que sostiene que es personal y en consecuencia no tiene carácter reipersecutorio(47)(206); por otra parte, los que sostienen que es real y puede seguirse contra cualquier tercero que la detente, sin previa acción contra el donatario. Por último, la doctrina mayoritaria sostiene que se trata de una acción personal con carácter reipersecutorio. Se basa en el derecho francés, en cuyo Código Civil se establece, en el art. 930, que la acción de reducción o la reivindicatoria podrá ser ejercitada por los herederos contra los terceros poseedores de los inmuebles que formen parte de las donaciones y que fueron enajenados por los donatarios de igual manera y en el mismo orden que contra los propios donatarios y previa excusión de sus bienes. Al no existir norma similar en nuestro derecho, se discute si la acción contra el tercero detentador de la cosa puede prosperar en forma directa o si éste puede oponer la excepción de la previa excusión de los bienes del donatario.

No entraremos a realizar un examen exhaustivo del tema; sólo queremos dejarlo planteado.

Nosotros coincidimos en que la acción es reipersecutoria; deseamos la posición que ha sostenido que, por ser una acción personal, no tiene por definición carácter reivindicante. En consecuencia, tiene relación con el tercer adquirente, y analizaremos si éste se encuentra amparado en la norma del art. 1051. Pensamos que uno de los requisitos del amparo es tal, como dice el texto legal, que la anterior transmisión, la que cae, lo sea en virtud de un título nulo o anulable. En este caso caería por otra vicisitud, la revocación de la donación, por resultar inoficiosa. A partir de ahí, surge la posibilidad del reclamo. Evidentemente no es una causa existente en el momento de la celebración y nada tiene que ver con la nulidad o la anulación.

Lo que es más grave, en cuanto a tranquilidad del adquirente, es que sólo prescribe a los 10 años de la muerte del donante, es decir, no se puede con estudio de títulos averiguar la posibilidad de revocación. Cabría preguntarse si es posible usucapir; y se ha contestado negativamente porque las mismas razones que convierten a la acción en reipersecutoria son las que no permitirían al poseedor adquirir por este medio. La doctrina que sostiene que el tercero no está amparado por el art. 1051 expone diversos argumentos para ello: Adrogué(48)(207)se fundamenta en la falta de autoría, caso que no cubriría la legitimación en la disposición. Guastavino(49)(208)sostiene que, en este caso, hay razones de orden axiológico superior, tratándose de la legítima, ya que para nuestro sistema jurídico lo relativo a ella es de orden público. Nosotros pensamos que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

está incluido en el amparo, pero que debería haber algún medio por el cual en algún momento las transmisiones quedaran firmes. Por suerte, son pocos los casos de jurisprudencia. De hecho, el último plenario ilustrativo sobre la materia se produjo en el año 1912, "Escary c/Pietranera"; pensamos que en gran medida porque se trata de no hacer donaciones. Es absurdo que un medio lícito de transmitir el dominio se convierta en una mácula que todos traten de evitar, como si se tratara realmente de la comisión de un delito. Bregamos por una solución, pero no queremos por ello sacar de la galera argumentos y posiciones que nada tienen que ver con nuestro sistema normativo.

TÍTULOS MATERIALMENTE FALSIFICADOS

El amparo al tercer adquirente se discute arduamente en el caso de títulos materialmente falsificados. De acuerdo con lo expresado por Alsina Atienza, no se incluyó el agregado al art. 1051 por él propuesto, que eliminaba expresamente el amparo, y como consecuencia de ello se convierte en una zona gris. Producida la reforma, se producen casos en los que el fraude imperó y ante tales circunstancias la doctrina autoral y jurisprudencial se abocó al tema, encontrando argumentos de toda clase para que el supuesto no quedara incluido.

En primer lugar, mencionaremos la doctrina de Alsina Atienza, que expresa - a pesar de no estar de acuerdo con que el amparo al tercer adquirente se produce - lo siguiente: el instrumento falsificado no puede ser anulado sin previo juzgamiento, es decir, previa impugnación de éste por acción o excepción de parte interesada en la prueba de la falsedad material, y ocurriría, entonces, que el fallo anulativo de la escritura sería inoponible a terceros de buena fe que a título oneroso derivaran sus derechos inmobiliarios del titular aparente, según dicha escritura materialmente falsa(50)(209). Llambías comparte la teoría de Alsina Atienza, pero con una consecuencia totalmente diferente, que concluye en la exclusión del amparo. El sostiene que por la anulación del instrumento se demostraría un acto inexistente, y como tal no puede derivar derecho alguno para los terceros, aunque éstos sean adquirentes de buena fe, salvo si se trata de cosas muebles, porque para éstas regiría siempre, e incluso frente al título inexistente del enajenante, la regla del art. 2412 del Cód. Civil(51)(210). Borda opina que el art. 1051 no podría aplicarse en el caso de nulidades originadas en un título materialmente falso, en el que no ha tenido ninguna intervención el titular del derecho, ya que se trataría de un acto inexistente(52)(211).

Adrogué sostiene que "faltando autoría, por calificado que sea el tercero, sufrirá reivindicación"(53)(212).

Para Alterini: "La escritura falsificada es un acto inoponible para el propietario", y nos dice que detrás de una escritura falsificada hay una venta de cosa ajena, y ésta es un acto inoponible para el dueño que no participó en el negocio. Está el acto, pero frente al propietario no vive, a él le es inoponible, él se desinteresa de ese acto; donde no hay autoría, donde no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hay participación del propietario, no rige el art. 1051. Pero considera que el tercero no puede quedar desprotegido, quedándole el resguardo del art. 4010 (justo título) para usucapir, mediando buena fe y posesión (3990). La prescripción corta procura la plena oponibilidad del derecho adquirido(54)(213).

Otros autores consideran que existe nulidad absoluta; entre ellos, Hernán Cortés y Gurfinkel de Wendy, quienes dicen que "el acto está viciado de nulidad absoluta, y que dicha nulidad tiene alcance contra los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, pese a la modificación introducida al art. 1051 del Cód. Civil(55)(214).

En similar sentido, las V Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, aprobaron el siguiente despacho: "Que el principio del art. 1051 no debe cubrir aquellos supuestos en los que no medie un acto que emane del titular del derecho de que se trate, sino sólo una falsedad instrumental", y que el art. 1051 - in fine - del Cód. Civil admite ser interpretado en el sentido de que su salvedad es inaplicable cuando no existe título que emane del titular del derecho (caso de falsedad de escritura pública)(56)(215).

Trigo Represas, en su comentario al fallo de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, en autos "Craven, S.C.A. c/Biblioteca para Ciegos s/acción reivindicatoria", expresa "...que la hermenéutica del art. 1051 del Cód. Civil, tal cual resulta de las sentencias de Cámara y primera instancia motivo de este comentario, se insertan en una adecuada línea interpretativa de tan controvertido precepto legal - merecedora de nuestro más cálido elogio y adhesión - en cuanto afirman que su verdadero sentido y alcance, compatible con el resto del articulado del Código Civil, es excluyente y descarta la protección de los terceros subadquirentes, en los casos de actos inoponibles al verus dominus (o sus sucesores) por no haber mediado autoría de su parte en la sólo aparente transmisión de derechos"(57)(216).

Lo cierto es que no podemos hablar de títulos resolubles o revocables que, sin ninguna duda, están excluidos de la norma. Podrían ser, en cambio, títulos anulables, como afirma una gran parte de la doctrina y, en consecuencia, estarían amparados. Para los sostenedores de la teoría del acto inexistente, la solución está dada por añadidura. Por consiguiente, es presupuesto básico para excluir al tercero del amparo, aceptar la teoría de la inexistencia, o excluir del amparo todos los supuestos de nulidad absoluta. También hemos observado de la lectura de los casos de jurisprudencia que los jueces, tomando una tesis, utilizando otra teoría y, en algunos casos, varias, han excluido de la protección estas adquisiciones.

EL ESTUDIO DE ANTECEDENTES DESPUÉS DE LA REFORMA

Con el panorama doctrinario que hemos explicado, veremos la función que cumple el estudio de antecedentes. Por una parte, la doctrina se ha inclinado por suponer que, producida la misma, y recién ahora, para que exista un adquirente de buena fe éste tiene que haber cumplido todas las diligencias ordinarias y extraordinarias para que ella se configure y, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencia, se produzca el amparo. Toma un rol protagónico el estudio de títulos; sólo con él, para esta parte de la doctrina, se configura la buena fe del adquirente. Se llega a decir que ahora es mucho más importante que antes.

Nosotros, como ya veremos en el capítulo correspondiente, nos enrolamos en una posición distinta, que consiste en el análisis de la situación jurídica de los adquirentes. Esa situación, antes de la reforma, acarreaba peligro de reivindicación permanente. Después de ella se crea la legitimación extraordinaria a través del agregado al art. 1051. y una gran parte de los adquirentes se encuentra amparada. Por lo tanto, sostenemos que la investigación de antecedentes coadyuva a la función documental, pero nunca puede ser más necesaria cuando hay mucho menos causales de reivindicación.

También deseamos completamente la posición de que, al existir el art. 1051, ya no tiene sentido realizar el estudio de antecedentes. porque el tercero se encuentra protegido. Reiteramos: su rol es el mismo. coadyuva a la función documentadora y es muy importante desde el punto de vista del asesoramiento. No es esencial al documento, que se basta a sí mismo, ni es esencial para la configuración de la buena fe del tercer adquirente porque ella se perfila de otra manera. Sabemos que hay un margen de desprotección de los adquirentes frente a posibles reclamos reivindicatorios. Por ello y en este sentido igual que en el régimen del Código, es una de las tareas que apuntalan el deber de asesoramiento.

Se ha modificado de manera fundamental la manera de realizar el estudio de antecedentes después de la reforma del Código Civil. Antes se buscaban las causales de anulación. Así, por ejemplo, se dictaminaba que era observable un título que podía llegar a ser anulado, aunque en la realidad no lo fuera nunca. Hoy, en cambio. no cuentan ninguna de las nulidades ni tampoco las causa]es de anulación, y, en consecuencia, en el estudio que realicemos, si encontramos algún título con este tipo de vicisitud. no obstará a la realización de la adquisición (en virtud del amparo legal que surge del art. 1051). El resultado de la investigación no perjudicará la buena fe del tercero y, en consecuencia, aunque su antecedente en el dominio fuera nulo o anulable la ley lo protegerá. Esto es lógico por lo siguiente: 1. El vicio que ocasionaba la nulidad no puede ser ostensible o manifiesto; 2. Siendo el acto anulable, es perfectamente válido y eficaz mientras no se declare su invalidez y, en consecuencia, las transmisiones operadas en este período quedan a salvo de acciones reivindicatorias.

Sostenemos el primer argumento porque solamente la ostensibilidad del vicio hará caer la buena fe del adquirente. Si aquél no es manifiesto, aunque se descubra mediante circunstancias especiales en la investigación, no hará caer la buena fe en la adquisición. (Conf. Consulta Colegio de Escribanos, Revista del Notariado, N° 706). Por su parte, en el caso del segundo argumento encontramos todos los títulos que con anterioridad a la reforma se denominaban observables y que ahora no lo son. Ello ocurre con la permuta y la dación en pago. En el primer supuesto, lo establecido por la misma norma nos lleva de la mano a la salida propuesta. El art. 1487

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establece: "la anulación del contrato de permutación tiene efecto contra los terceros poseedores de la cosa inmueble entregada a la parte contra la cual la nulidad se hubiese pronunciado". Al referirse tan claramente a la anulación del contrato, no cabe ninguna duda que el tercer adquirente se va a encontrar amparado.

Respecto de la dación en pago, el panorama, a priori, no parece tan sencillo porque la norma no se refiere a anulación alguna sino que debemos analizar los textos legales para demostrar nuestra posición. El Código Civil, en su art. 779, dice: "El pago queda hecho cuando el acreedor recibe voluntariamente por pago de la deuda alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se debía entregar o del hecho que se le debía prestar". Puede suceder que quien efectuó el pago lo haya hecho por error o falsa causa, y el acreedor que recibió la cosa en pago, de buena fe la haya enajenado onerosamente. Frente a este caso, el art. 787 del Código Civil dice que el que efectuó el pago indebido puede reivindicar la cosa del actual poseedor.

Ya con anterioridad a la reforma del art. 1051 del Código Civil algunos autores consideraban que el tercero de buena fe y a título oneroso no podía estar sujeto a la acción de reivindicación. Así, Colmo expresa: Que esa acción reipersecutoria contra terceros que pueden ser de la más perfecta buena fe, es toda una ignominia jurídica. Es atentar contra la seguridad general, contra los intereses colectivos, en nombre de derechos individuales. Es trastornar todo principio económico, es echar por tierra el movimiento de los valores, al sembrarse la desconfianza con tales acciones ocultas, mucho más cuando la acción contra el tercero puede ser totalmente innecesaria, ya que el enriquecido puede ser solvente y responder con la indemnización(58)(217). Salvat, al respecto, dice: "...la reivindicación acordada por el art. 787 es susceptible de críticas severas e ilevantables: jurídicamente, ella está en contra de los principios adoptados por el Código en otras materias, por ejemplo, en lo relativo a la acción revocatoria o pauliana; a los actos del heredero aparente, etc.; en todas las cuales la reivindicación contra el tercero de buena fe, adquirente a título oneroso, es improcedente; económicamente, la reivindicación del artículo que estudiamos trae la absoluta inseguridad en la transmisión de la propiedad a base del pago por entrega de bienes, lo cual explica la desconfianza a que dan lugar los títulos de este origen. En el terreno de la legislación comparada, la mayoría de los Códigos, o bien restringen la procedencia de esta acción al caso de terceros de mala fe o de adquirentes a título gratuito o bien guardan completo silencio sobre ella, lo cual equivale a excluirla en regla general como ocurre en el Código Civil alemán y el federal suizo de las obligaciones"(59)(218).

Luqui expresa que: 1. El art. 787 es inaplicable en los casos que la dación se efectúa por el verdadero dueño para cancelar una obligación regularmente constituida; 2. La acción reivindicatoria que resulta del art. 787 funciona cuando la dación en pago se lleva a cabo por error; pero entonces no es la dación en pago lo que resulta insuficiente a los fines de la transmisión del dominio, sino el vicio que la invalida, el error; es éste el que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

origina la anulación del acto(60)(219).

Por tanto, a modo de conclusión, diremos que el rol del escribano y su responsabilidad son los mismos con relación al estudio de títulos antes de la reforma de 1968 que en la actualidad. Pero la búsqueda en los antecedentes ha cambiado fundamentalmente a raíz del nuevo principio introducido en el agregado al art. 1051. La verificación en los antecedentes debe hacerse de otra manera: no podemos ignorar un cambio legislativo tan trascendental. También hemos dicho en alguna oportunidad, y ahora reiteramos, que ha cambiado la prueba de su realización: Ahora todas las partes están interesadas en quedarse con dicha prueba. Pensamos que esto no es necesario, pero resulta así de la doctrina emanada fundamentalmente de la jurisprudencia, ya que en algún caso los jueces han pedido al escribano mismo las constancias de la realización o falta de ella. Evidentemente, hay una desorientación general respecto al tema de la prueba del estudio de antecedentes, por lo que nosotros, que conocemos la materia desde siempre, debemos producir interpretaciones ajustadas a la ley. Como dijimos en la introducción, seamos hombres de derecho, internalicemos los cambios legislativos para aportar mejores y más sabios consejos, cumpliendo como siempre esa función que es la más preciada por quien requiere nuestros servicios.

CAPÍTULO II

BUENA FE

Buena fe es una noción de amplio contenido moral. No se puede dejar de considerar los sentimientos que hacen actuar a los sujetos, ya que la ciencia del derecho, en su interpretación, no puede obviar las motivaciones subjetivas y estados psicológicos que llevan a un individuo a actuar: por eso el doctor Spota dice que la buena fe es una conducta humana aprehendida por la ley con efectos jurídicos. El principio jurídico de la buena fe no difiere mucho del concepto general de buena fe y es reconocido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Nuestro codificador lo recogió en varias de sus disposiciones, y con la reforma introducida al Código Civil en el año 1968 por la ley 17711 fue incorporado en forma más amplia y generalizada, considerándose como presupuesto básico válido para el nacimiento de derechos (ej.: arts. 1051, 1071, 1185 bis, 1198, 2488, etc.).

En este caso nos hemos de limitar a desarrollar el concepto de buena fe a que se hace referencia en el agregado introducido al artículo 1051 del Código Civil, principio éste cuya existencia es considerada como requisito fundamental de conducta humana ineludible para que se puedan operar la garantía y protección jurídica a favor del tercer adquirente a título oneroso, víctima de cualquier acción reivindicatoria. Con la incorporación de este principio de la buena fe al artículo 1051 se ha tratado de buscar la llamada seguridad "dinámica" de los contratos, o sea, la seguridad en el tráfico jurídico. El legislador se encontró en la disyuntiva de amparar la seguridad en el tráfico jurídico o los derechos absolutos del propietario real,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decidiendo restringir los alcances de la acción reipersecutoria en materia de inmuebles. Es así como el doctor Roberto Martínez Ruiz, miembro de la comisión redactora, dijo que(61)(220)"...uno de los más arduos o difíciles problemas de la ciencia política y del derecho público o privado es salvar el razonable equilibrio de estos valores de justicia y seguridad, y si se impone alguna vez el sacrificio de alguno de ellos en aras de otro, sólo ha de ser ante la necesidad de asegurar el valor que se juzgue supremo e intangible, según las contingencias del caso. La certeza y seguridad son presupuestos ineludibles de bien general y, aun cuando sean valores de rango inferior a la justicia, condicionan la posibilidad de lograrlo... La ley 17711 ha sido dictada bajo la honda preocupación de quienes integraron la comisión que la proyectó, de consagrar soluciones de justicia salvando el valor de la seguridad... La intangibilidad del derecho del tercer adquirente oneroso de buena fe es una exigencia ineludible de valores superiores".

Según el diccionario de la Real Academia Española, buena fe es la convicción en que se halla una persona de hacer o adquirir una cosa con todos los derechos. Las Leyes de Partidas decían que es el creer que aquel de quien se recibe la cosa es dueño y puede enajenarla. En nuestro Código Civil no hay una definición precisa. En la nota al artículo 4006, refiriéndose a la buena fe requerida para la usucapión, el codificador cita a Volt, quien nos dice que el que actúa de buena fe debe hacerlo sin duda alguna, pues no debe ser considerado de buena fe el que duda de si su autor era o no señor de la cosa y tenía o no derecho a enajenarla, porque la duda es un término intermedio entre la buena fe y la mala fe. El doctor Dalmiro Alsina Atienza nos dice que la buena fe jurídica consiste en la convicción de actuar conforme a derecho.

La protección jurídica del tercer adquirente de buena fe a título oneroso tiene sustento en la llamada "apariencia jurídica", la que, a su vez, tiene su fundamento en el adagio romano error communis facit jus, por medio del cual se consideraba que una situación de hecho generalizada podía tener como resultado hacer creer que alguien era considerado titular de un derecho. En nuestra legislación, los arts. 991 y 3697 del Código Civil han receptado este principio. El primero de ellos dice: "El error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto".

Y el art. 3697 expresa: "Un testigo incapaz debe ser considerado como capaz, si, según la opinión común, - fuere tenido como tal". En la nota a este último artículo el codificador nos dice que... puede establecerse la capacidad putativa, no sólo por la creencia general, sino por una serie de actos que formen como una posesión de estado...".

En la doctrina clásica se admite la división del principio jurídico de la buena fe en dos categorías: Buena fe creencia y buena fe lealtad. Buena fe creencia o apariencia jurídica es creer en lo que es aparente, o sea el convencimiento de la legalidad de una situación ajena. Buena fe lealtad es la voluntad de obrar honestamente. Del análisis exhaustivo que hace la doctrina del concepto de buena fe, concluimos que la buena fe de la que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

habla el art. 1051 es la resultante de la unión de ambos conceptos: en el momento en que el individuo realiza el acto jurídico está plenamente convencido (voluntad de obrar honestamente) de que lo adquiere de quien es titular del derecho y que dicho acto no se encuentra alcanzado por vicio alguno (cree en lo que es aparente, o sea está convencido de la legalidad de la situación ajena).

¿Cómo se demuestra la existencia de buena fe en el tercer adquirente? Ante cada caso concreto la existencia o no de buena fe deberá ser el resultado del análisis de una conducta sobre la cual se emitirá un juicio de valor sobre su actuar y teniendo en cuenta las condiciones sociales, culturales, económicas y el medio ambiente en el que actúa el individuo.

El tercero, en el momento de adquirir el derecho, debe actuar con el convencimiento de la legalidad del acto y con la total seguridad de la apariencia de titularidad del derecho respecto de la persona con quien contrata, sin lugar a dudas, pues como se dijo precedentemente, al citar la nota del artículo 4006, la duda es un término intermedio entre la buena fe y la mala fe. El tercero tiene un comportamiento activo: realiza y ejerce los actos necesarios para eliminar las dudas, ignorancia y error sobre determinados estados, y teniendo en cuenta que, de acuerdo con nuestra legislación el único error excusable es el error de hecho, no así el error de derecho (arts. 20 y 923 del Cód. Civil), por ejemplo: por un lado constata la realidad aparente del hecho de la posesión material por su enajenante y por otro acude al profesional idóneo: el escribano. El doctor Spota dice que la buena fe debe ser diligente activa y no negligente pasiva. Los vicios de que adolece el acto impugnado deben ser ro manifiestos, ya que en forma expresa y terminante el art. 4009 del Código Civil dispone que la existencia de vicios de forma en el título de adquisición hacen suponer mala fe en el poseedor. El codificador, en la nota a este artículo, expresa que los vicios de forma son visibles y extrínsecos, por lo tanto nadie debe ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos. El artículo 1198 del Código Civil dice: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión..."; y respecto de esta norma, el doctor Osvaldo S. Solari expresa que la buena fe requerida por el art. 1051 no podrá ser invocada por aquellos que en la contratación no actuaron con el cuidado y previsión normales para el tipo de negocio jurídico realizado. El convencimiento acerca de la legalidad del acto es estrictamente personal. No hay reglas objetivas para encuadrar una conducta, quedando librada a la valoración judicial las circunstancias de hecho que puedan conducir al tercer adquirente a ser víctima de un error en la apreciación del acto que está realizando, y si de esta apreciación judicial surge la existencia de la buena fe, se convalidará el derecho de éste.

Consideramos que no se pueden fijar pautas objetivas y pretender indicar actos que, por el hecho de haberse o no realizado, sean determinantes de la existencia de la buena fe. Entendemos que el principio es que el adquirente a título oneroso poseedor de un bien goza de una presunción de buena fe, ya que así lo prevén expresamente los artículos 2362 y 4008 del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Código Civil, cuando dicen: Art. 2362: ~«Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume»; y el art. 4008: "Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición". Por lo tanto, estará a cargo de quien invoque que no existió buena fe, en el acto de la adquisición, la carga de la prueba. Gran parte de la doctrina considera que, para demostrar la buena fe del tercer adquirente, se hace necesaria la realización previa del estudio de antecedentes dominiales por el período máximo de prescripción. No podemos dejar de tener presente que el llamado estudio de títulos nace en nuestro país como consecuencia de un exceso de celo y responsabilidad profesional de los escribanos, quienes, "a mayor abundamiento", hacían la verificación, por su propia iniciativa, de los antecedentes de los títulos de propiedad, costumbre ésta que posteriormente fue receptada por los departamentos jurídicos de las grandes instituciones bancarias y de impuestos, como un requisito necesario y previo por cumplir para el otorgamiento de un crédito hipotecario. Posteriormente, la jurisprudencia tomó el estudio de títulos como un elemento indispensable que debe acompañar a un título de propiedad para valorar y juzgar acerca de la buena fe del adquirente. De ninguna manera aceptamos esta tesis. La realización del estudio de antecedentes dominiales no puede ser considerada como elemento decisivo para que se tipifique la buena fe del tercer adquirente. A lo sumo, si dicho estudio de títulos se ha realizado, el juzgador podrá tenerlo como un elemento más para considerar entre los actos diligentes del adquirente, pero de ninguna manera considerarlo como un factor determinante o decisivo. No hay en la legislación de fondo disposición legal alguna que imponga la realización del estudio de títulos, previo a la constitución, modificación o transmisión de derechos reales; y si bien el art. 156 de la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires prevé la obligatoriedad de efectuar el estudio de títulos antecedentes de los bienes sobre los cuales se pretende constituir, modificar o transmitir derechos reales. Esa misma norma legal también prevé la posibilidad de que el escribano quede relevado del cumplimiento de esa exigencia por expresa petición de parte o partes interesadas, situación ésta que, de producirse, de ninguna manera puede hacer suponer que dicho título de dominio sea menos perfecto que otro, o bien que quien adquirió no haya procedido de buena fe. No puede dejar de desconocerse una realidad actual, que es la celeridad con que se efectúan los negocios inmobiliarios, a tal extremo que a veces las partes concurren a la escribanía y sin firma de previo boleto de compraventa alguno se le encomienda al escribano la preparación de la escritura pública, la que en muchos casos se firma en un plazo que no excede los cinco días posteriores, período dentro del cual se hace de muy difícil realización el estudio de títulos correspondiente. Entendemos que no es posible que, por una práctica o costumbre notarialista, cual es el estudio de títulos, se pretenda imponerlo como un elemento integrante de la buena fe de un individuo. Reproduciendo las palabras del escribano Eduardo Bautista Pondé, decimos "que se está confundiendo el estudio de títulos, que es una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

operación de ejercicio, una manera de constatación que el notario efectúa para emitir su personal juicio de valor, con la buena fe del adquirente".

Por lo que hemos dicho, es extremadamente difícil, si no imposible, marcar pautas de conducta para establecer a priori la buena fe del tercer adquirente, pero intentamos dar algunas que son básicas: 1. El hecho de haber concurrido al escribano, profesional idóneo en la materia; 2. Contar con un antecedente causado con apariencia de título hábil; 3. Adquirir de quien ostentaba públicamente el título de propietario. Para nosotros, lo primero es muy importante, porque todo el sistema transmitivo de la propiedad requiere de la actividad del notario; con ella y mediante ella se organizó un sistema de autenticidad, firmeza y estabilidad.

El requirente acude a quien considera profesional idóneo, con conocimiento y aptitud para interpretar la ley y cumplirla adecuadamente. Solicita su consejo y que dé forma legal a la convención. Su figura y su prestigio son los que determinan en el requirente la convicción de su buena elección. El hombre prudente, que no es perito en derecho, concurre a quien le garantiza una transferencia de dominio conforme a la ley.

Si por falta de estudio de títulos pudiera arrebatarle el derecho al tercero que adquirió en la confianza de la regularidad de un título (al que la ley misma confirió seguridad porque dotó a su autor de poder de autenticidad), habría de imputarle "felsonía a la misma ley"(62)(221). En consecuencia, si una persona, llevada por una apariencia legítima que le dan la ley y la conducta social, confía en la bondad del derecho que se transmite, su creencia no puede ser burlada, porque ello mina el cimiento de la confianza en el orden jurídico y mucho más en la institución notarial, en la que el mismo se asienta. Reiteramos: el tercer adquirente no tiene pautas fijas para acreditar su buena fe, no necesita solicitar que sea efectuado el estudio de títulos para probarla, pero sí marca un índice de honorabilidad en la transacción el hecho de acudir a quien por la ley está investido para entregarle un título válido. Pelosi hace una feliz comparación cuando dice: "...se equipara la fe pública a la salud pública y a la seguridad pública..."(63)(222).

Dice Morello: "El comprador cree en su propio derecho, en razón de la legitimación del transmitente y de su poder de disposición. Este tiene su título, y tal título genera suficientemente la creencia de que es él el propietario"(64)(223).

Concluimos, pues, diciendo que: el espíritu de la reforma introducida por la ley 17711, en cuanto a este tema, es el de extender la protección a aquel que tiene buena fe. El adquirente que concurrió a un escribano (profesional idóneo en la materia) a efectos de que éste otorgara la escritura traslativa de dominio, de acuerdo con las leyes en vigencia, luego de abonar por el inmueble un precio corriente en plaza, a quien ostentaba públicamente el título de propiedad inscripto, y estaba en posesión del bien objeto de la transacción, caracterizará su conducta de acuerdo al estándar jurídico que plantea el art. 1051 reformado.

CAPÍTULO III

CLÁUSULA DE TÍTULOS PERFECTOS

Antes de entrar a considerar la temática de la cláusula de títulos perfectos, debemos definir qué se entiende por título perfecto.

En primer lugar, la palabra título, desde el punto de vista del Derecho Civil, tiene dos acepciones principales que son: a) la facultad por la cual se inviste a una persona frente a un bien o a una cosa, dándole el carácter de dueño de ella, es decir, la convierte en el titular de ese bien y le otorga el derecho a poseerlo; es el acto jurídico. Y b) la representación material, la forma exterior de ese derecho, y que ese derecho esté libre de todo vicio(65)(224).

Perfecto es todo aquello a lo que aspira el ser humano. La perfección en sí no existe; sería lo mismo que compararse con el absoluto. Lo perfecto, en las relaciones humanas, sería una "entelequia", entendiéndose por tal, en su acepción filosófica, como "finalidad o estado de perfección a que tiende la acción de un ser" (Enciclopedia Salvat). La perfección es lo contrario a imperfección, que significa tener defectos. Lo perfecto sería, entonces, sin defectos aparentes, y título perfecto, aquel que reúne los requisitos esenciales para su validez y se encuentra libre de todo vicio.

Según el concepto jurisprudencial, título perfecto es el que no permite que el adquirente del bien sea perturbado por acciones reales de terceros, o el que permite, por sus antecedentes, al comprador, pensar fundadamente que no será molestado por terceros que ejerzan acciones reales, que no ofrecerá objeciones en los negocios inmobiliarios (para lo cual es suficiente que no ofrezca motivos que hagan presumir ese peligro)(66)(225).

Para nosotros, poseedor de un título perfecto sería aquel que adquirió el dominio del propietario verdadero, con tradición del bien y escritura pública debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad. Ese título será perfecto en tanto y en cuanto su titular no se vea perturbado en el libre ejercicio de su derecho por la existencia de algún vicio oculto con respecto al acto jurídico del transmitente, y posibles acciones reivindicatorias anteriores.

Frente a la declaración de nulidad del acto jurídico, por existir un vicio oculto en el antecedente, ese titular del derecho real adquirido por título perfecto pasará a poseer en virtud de otro título, que según el tipo de nulidad será clasificado como título suficiente; justo título, insuficiente, falso, putativo, observable, y estará o no protegido el tercer adquirente por el artículo 1051 del Cód. Civil.

Cláusula título perfecto

Esta cláusula existe en la mayoría de los boletos de compraventa. Su fundamento está dado por las exigencias del Banco Hipotecario Nacional, para el otorgamiento de créditos a los adquirentes de inmuebles. No tiene fundamento jurídico. Su inserción en los boletos ha dado lugar a dos interpretaciones en cuanto a su alcance: 1) que no tiene un alcance distinto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los motivos fundados que tuviese el comprador para ser molestado por acciones reales; 2) tiene un contenido económico, es decir, que debe tenerse en cuenta la aceptación que el título pueda tener en el comercio y en las transacciones inmobiliarias(67)(226).

Etchegaray expresa que el pacto sobre título perfecto tiene un sentido comercial, que va más allá de lo que es común y corriente en la contratación inmobiliaria: quien así adquiere pretende una mayor cobertura y una predeterminación de posibles objeciones al título del vendedor con el objeto de poder obtener créditos hipotecarios en instituciones que exigen este tipo de informes, y que han dado lugar a la formación de una jurisprudencia administrativa en muchos casos más restrictiva que la judicial o doctrinaria. Su inserción en el boleto de compraventa inmobiliaria autoriza al comprador a suspender el pago del precio, o a dejar din efecto el contrato sin ninguna pérdida, si del estudio de los títulos antecedentes surgieran elementos que, a juicio de la institución acreedora, impidieran la concreción de la garantía hipotecaria. Si no se pacta, sólo está autorizado el comprador a suspender el pago del precio, si hubiera un peligro real e inminente de reivindicación o cualquier acción real (art. 1425).

Algunos fallos han resuelto que: "La venta de inmuebles realizada con la estipulación expresa de títulos perfectos importa para el comprador la seguridad de no ser molestado por acción real de terceros". (L.L. 59, pág. 486, Fallo 28.470).

"Si se demuestra que el peligro de ser molestado por reivindicación de la cosa o por cualquier acción real no existe, desaparece el motivo legal (1524) que autoriza al comprador a suspender el pago del precio, cualesquiera fueren los defectos que originariamente pudieran afectar a los títulos. Para averiguar la perfección de un título debe indagarse con criterio relativo la existencia de motivos fundados susceptibles de molestar al comprador en la posesión del inmueble, conforme a la norma del 1425, compulsando los elementos de juicio que ofrece cada expediente". (L.L. 20 - 897, Fallo 10.528).

¿Puede el comprador, valiéndose de la cláusula de título perfecto, negarse a escriturar? La jurisprudencia ha resuelto, interpretando dicha cláusula de los contratos de compraventa y por aplicación del 1425, que debe entenderse que el título es perfecto cuando por sus antecedentes el comprador no puede temer verse molestado por acciones reales de terceros. (L.L. 111 - 251, Fallo 50.618).

Los temores de verse el comprador molestado por acciones reales deben ser serios y razonables, basados en hechos objetivos, lo que queda librado a la apreciación del juez, por lo que no puede admitirse que ellos existan por el solo hecho de haber sido objetados por el Banco Hipotecario Nacional, sino que es menester examinar el fundamento de estas objeciones, excepto cuando en la promesa de venta se había dejado constancia de que el precio se pagaría con un crédito que debía otorgar esa institución (Código Civil comentado, Salas - Trigo Represas).

Frente a la existencia de dicha cláusula, ¿el escribano se encontraría obligado a efectuar el estudio de títulos? Entendemos que no, ya que su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

misión es la de otorgar títulos perfectos, y el estudio de los antecedentes queda librado a su criterio. Además, frente a la existencia de algún vicio, sólo podrá informar a las partes, pero nunca podrá dejar de realizar la operación, ya que la declaración de nulidad sólo compete al juez, es decir, requiere ser debatida judicialmente, y él será quien determine el alcance del vicio. El comprador sólo puede suspender el pago cuando exista un peligro real e inminente de ser perturbado en el libre goce de la cosa (art. 1425, Cód. Civil).

El vendedor, conforme al art. 1414 del Cód. Civil, siempre deberá sanear la cosa vendida, respondiendo por evicción y vicios redhibitorios.

Para el caso en que el comprador se acogiera a un crédito otorgado por instituciones bancarias oficiales, deberá pactarse en el boleto de compraventa, en forma expresa, que la existencia de algún vicio en los antecedentes dominiales, aun aquellos que fueran subsanables, producirá la resolución del contrato. Entendemos que, en este caso, el escribano estaría obligado a efectuar el estudio de títulos en el plazo que dichas instituciones requieran. Además, el comprador podría suspender el pago y rescindir el contrato.

La cláusula título perfecto, por sí sola, no tiene validez como pacto comisorio.

Por tanto, la práctica de la inserción en el boleto de compraventa de esta cláusula debe ser eliminada, por cuanto ella no produce otras obligaciones adicionales que las que naturalmente las partes ya tienen.

CAPÍTULO IV

I. Responsabilidad

La responsabilidad civil tiene carácter esencialmente reparador; reconoce como origen una conducta antijurídica. Su fin es restablecer el orden afectado, mediante la reparación económica del perjuicio.

Boffi Boggero(68)(227)define la responsabilidad civil como "aquella que resulta de la obligación de indemnizar".

II. Elementos de la responsabilidad civil del notario

En general, se consideran elementos integrativos de la responsabilidad notarial la antijuridicidad, la culpa, la relación de causalidad y producción de daño(69)(228).

La antijuridicidad surge por la contraposición entre el accionar humano y el ordenamiento jurídico. Cariota Ferrara afirma que el acto jurídico se pone en contradicción con la norma. En la misma corriente, Pelosi define la responsabilidad notarial "como el incumplimiento al deber jurídico que le imputan las leyes en el ejercicio de su profesión, cualquiera sea la naturaleza, modo y tiempo en que deba ejecutarla"(70)(229).

De donde se infiere que sólo cuando exista una disposición legal que imponga al notario una conducta o abstención, se generará responsabilidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por incumplimiento.

Sin embargo, algunos autores enseñan que el acto contrario al derecho aparece no sólo en la faz extracontractual, por violar el principio de alterum non laedere, previsto en forma genérica en el artículo 1109 del Código Civil, sino también ante el incumplimiento de la norma individual que está ínsita en el contrato(71)(230).

La culpa, segundo de los elementos integrativos de la responsabilidad, es tradicionalmente identificada con la negligencia; presupone un acto voluntario, realizado sin intencionalidad. Es conducta ilícita por falta de prudencia; según Sabatier, tiene como presupuestos daño y deber legal violado, y es en este punto en que se identifican antijuridicidad y culpa, ya que sólo puede obrar negligentemente quien tiene capacidad y especial capacitación para actuar legalmente. Tal es el sentido del art. 512 del Cód. Civil, que en su caracterización de la culpa es aplaudido por la doctrina patria. La unicidad genérica de la responsabilidad civil del notario radica en la culpa. Es importante establecer que dicha responsabilidad es de naturaleza contractual o legal o participa de ambos caracteres.

III. Estudio de títulos, deber legal

Para establecer la naturaleza de la responsabilidad notarial, es previo analizar el deber jurídico violado. A tal fin, es preciso analizar los textos legales que imponen deberes de prestación específica.

a) Cód. Civ. Arg.: Norma general: art. 1112, que responsabiliza al funcionario público (y en su nota señala a los escribanos) que cumplen de una manera irregular sus funciones.

Normas específicas a cumplir por el agente: Formalidades prescriptas en el capítulo referido a las escrituras públicas (L. II, Sec. II, tít. IV). Cuando dichas formalidades no son cumplidas, la pena es para el acto, al que priva de validez (art. 1004) o para el escribano, a quien sanciona con una pena pecuniaria, tiñendo al instrumento portador de un leve matiz de "irregularidad". (Arts. 1001 y 1004).

Al respecto, Pelosi(72)(231)califica la omisión de las formalidades del 1001 como una desviación jurídica sin mayor importancia, que se purga con una pena disciplinaria.

b) Ley Orgánica de los Tribunales: art. 174: "Los escribanos de registro están obligados a extender los actos y contratos... sin que puedan excusarse de esta obligación bajo pena de responder por los daños y perjuicios que causaren". El art. 209 dice: "Los escribanos deben cuidar estrictamente de salvar al final de cada escritura las testaduras, interlineaciones, raspaduras, errores y omisiones en que se hubiese incurrido en el cuerpo de ella, en presencia de las partes... bajo pena de responder de los daños y perjuicios que pudieran originarse si por tal omisión se anulase la escritura".

c) Ley nacional 12990: el art. 13 establece: "Los escribanos de registro son civilmente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por incumplimiento de las disposiciones del art. 11, sin perjuicio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de su responsabilidad penal o disciplinaria si correspondiere". El art. 30 agrega lo siguiente: "La responsabilidad civil de los escribanos resulta de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por incumplimiento de la presente ley, o por mal desempeño de sus funciones, de acuerdo con lo establecido en las leyes generales". Ninguna de sus disposiciones impone al escribano el estudio de títulos.

IV. Jurisprudencia nacional

Consagra la no obligatoriedad de la referencia y exime de responsabilidad por omisión de ella.

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo 25.811 del 15/10/74 (E.D., 9/12/74), se pronunció una vez más sobre la no obligatoriedad para el escribano de efectuar estudio de títulos y/o de los antecedentes del dominio.

Reitera así un fallo anterior capitalino (No 11 - 383, Fallos, 274 - 400 de fecha 5/6/68) y sostiene: "Con el título de propiedad debidamente inscripto, el notario puede autorizar legítimamente la constitución de derechos reales, pues el estudio de antecedentes de dominio no está exigido por ninguna norma nacional ni de la provincia de Buenos Aires". En el caso en cuestión, el Registro de la Propiedad, responsabilizado en juicio, alegó en su descargo que el escribano interviniente debió haber efectuado el estudio de títulos, caso en que hubiera observado la inexistencia de la matriz. La Corte sostuvo que tanto el decreto - ley 11643/63 de la provincia de Buenos Aires como el decreto - ley 17801 en el orden nacional sólo exigen al escribano tener a la vista el título inscripto en el Registro y certificado expedido por dicha oficina de donde surge el estado jurídico de los bienes y de las personas con arreglo a los asientos registrales.

Es cierto. No hay obligación legal actual para el escribano de realizar estudio de títulos.

Sin embargo, la esencia misma de la profesión, la naturaleza de la prestación notarial de tipo latino imponen al notario la recopilación de antecedentes y su estudio, poniendo la diligencia exigida por el art. 512 del Cód. Civil; del juego de este artículo y por aplicación del 902, se desprende que el notario no debe omitir aquellas diligencias que exige la naturaleza de la obligación.

Por su carácter de profesional especializado y la importante misión social de velar por el correcto tráfico inmobiliario, es su deber obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

El estudio de títulos es una obligación ex lege del notario.

V. Responsabilidad notarial de prestación profesional

Estudiados los antecedentes dominiales, el escribano descubre en la cadena de transmisiones una titulación inválida, a pesar de que el transmitente pueda aparecer como legitimario. ¿Debe negar su prestación profesional? Reiteramos el concepto: "culpa es omitir lo que debió hacer..."

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

O realizar lo que no debió hacerse".

El notario recibe el requerimiento a través de la intermediación del solicitante; probada la legitimidad de tal requerimiento, está obligado a prestar su función. En tal sentido, el art. 11, inc. d) de la ley 12990 incluye entre los deberes propios de la notaría el de "intervenir personalmente en los casos en que fuera requerido, cuando su intervención está autorizada por las leyes o no se encuentra impedido por otras obligaciones profesionales de igual o mayor urgencia".

El art. 174 de la Ley Orgánica de Tribunales dispone: "Los escribanos de Registro están obligados a extender los actos y contratos... sin que puedan excusarse de esta obligación bajo pena de responder por los daños y perjuicios que causaren".

En el numeral III se demostró ausencia de preceptos legales que consagren la necesidad del estudio de títulos y la pacífica jurisprudencia nacional que se pronunció reiteradamente en el sentido de la no obligatoriedad de tal estudio. En cambio, las disposiciones legales transcriptas imponen la prestación del opus.

La falta de tal prestación opera como generadora de responsabilidad, y ésta debe ser reparadora de todo el daño que la omisión de actuar puede ocasionar al requirente frustrado. Dado que en su actuación va involucrada la prestación de un "servicio público", el notario no puede, en principio, negar su intervención cuando le fuere pedida. Tal es el principio consagrado por el art. 11, inc. d), ley 12990 y art. 131, ley 9020(73)(232).

Pondé(74)(233)dice: "El notario debe negarse a intervenir aunque las partes acepten el título nulo". No compartimos esta doctrina, que no responde tampoco al criterio interpretativo de las comisiones asesoras de consultas jurídicas de los Colegios de Escribanos de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires. En el primero, en consulta formulada por un notario cuyo referencista observó en la cadena de transmisiones dos escrituras en las que el notario autorizante era pariente de grado de los otorgantes (nulidad absoluta según el art. 985 del Cód. Civil), el Colegio se expidió(75)(234)consagrando la siguiente doctrina: "El art. 1051 ampara al tercero adquirente de buena fe a título oneroso de un inmueble en cuyos antecedentes existe una escritura nula por haber sido autorizada por un escribano pariente dentro del cuarto grado de uno de los otorgantes, vínculo que no surge del cuerpo de dicho instrumento".

En cuanto al Colegio bonaerense, en expediente N° 6/69(76)(235)sentó análogo principio, determinando que el conocimiento que pueda tener el tercero adquirente de la observación que en un estudio de títulos se formula de ninguna manera puede perjudicar su buena fe adquisitiva. No existe la nulidad por la nulidad misma. Como expresa Pondé en el trabajo mencionado, citando al recordado Pelosi: "Puede afirmarse sin hesitaciones que la función notarial consiste esencialmente en autenticar hechos, porque la fuerza de la función notarial, su sentido y razón de existencia es producir actos auténticos"(77)(236).

En el mismo sentido, Margarita B. de la Colomba(78)(237)sostiene que, aun existiendo un vicio en el antecedente, el notario no puede negar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prestación de su ministerio, salvo que el prestarlo importe la comisión de un delito. Para dejar a salvo su responsabilidad, agrega, el notario debe tener la constancia de la advertencia formulada a las partes.

Adherimos a tal tesis. Reiteradamente nuestros tribunales se pronunciaron estableciendo la no obligatoriedad del estudio de títulos; en cambio, se responsabilizó al escribano que, observando el antecedente, negó su prestación profesional.

VI. Responsabilidad del notario por su criterio de interpretación

Esta situación tiene un matiz diferente del tratado en el numeral anterior. La moderna doctrina notarial entiende que el notario no sólo se obliga a realizar un documento auténtico, sino también un documento válido legalmente y, por lo tanto, es responsable civilmente si éste resulta nulo o anulable. El notario debe prestar sus servicios conforme lo indican las leyes y asume una responsabilidad que podremos llamar "de resultado", también llamada "de eficacia jurídica". A ello tiende todo el capítulo de los documentos notariales titulado por Sanahuja y Soler "Legitimación", que tiene que ver con la eficacia del acto y constituye el contenido del documento, debiendo tomar todos los recaudos necesarios para su validez. El estudio de antecedentes es uno de los recaudos, no el mejor ni el único. Es sólo un medio no infalible de asegurarse sobre la legitimidad del dominio de quien la invoca.

Daremos un ejemplo que nos conmovió: El notario referencia las transmisiones y observa en una de ellas la omisión de la clásica fórmula de fe de conocimiento. Como expusimos en el N° 2, la doctrina es pacífica en el sentido de que tal irregularidad es un vicio de menor entidad, una desviación jurídica sin mayor importancia, que se juzga con una pena disciplinaria. "Serían estrictamente irregularidades aquellas inobservancias de formalidades que a tenor del art. 1104 del Código Civil no anulan las escrituras"(79)(238).

Conteste la doctrina, el notario autoriza el acto, a pesar de la observación que no lo invalida, pero la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil en fallo del 16/10/62, sin embargo, dice(80)(239): "Es imperfecto el título que tiene entre sus antecedentes una escritura en la que el funcionario autorizante no ha dado fe de conocimiento en violación de lo dispuesto en el art. 1001 del Código Civil". Consideráse que la interpretación es contraria a derecho.

Es la problemática de la responsabilidad notarial por la interpretación del derecho. Son muchos los casos dentro del quehacer notarial que autorizan al escribano a tomar una tesis determinada. ¿Cuál es su responsabilidad? Sanahuja y Soler(81)(240) expresa que no es responsable el notario que autorizó un acto que, aunque declarado nulo por los tribunales, lo ha sido en virtud de un criterio de interpretación con el que se puede disentir sin incurrir en ignorancia inexcusable. "El notario, en este caso, se encuentra en el mismo caso del juez a quien le han revocado la sentencia; no incurre en culpa ni es responsable". En la práctica, no ocurre tal. La situación es urticante. El notario referencia el antecedente, emite su opinión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre la bondad extrínseca e intrínseca del título y aconseja a las partes no realizar el acto, o pedir la conversión de antecedentes, o la bonificación judicial. ¿Cuál es el resultado de su diligencia? Téngase en cuenta que, revisados los repertorios jurídicos de veinte años a la fecha, no existe un fallo condenatorio para el escribano que omitió el estudio del título(*) (241). Muy por el contrario, se ordenó la resolución de un convenio de venta con pérdida para el adquirente de las sumas entregadas a cuenta de precio cuando éste solicitó, alertado por el notario interviniente, la previa bonificación de los títulos dominiales, responsabilizándose al notario que hizo tal objeción. Aunque la situación nos parezca totalmente injustificada, lo cierto es que, en la causa "Larroudé, Jorge contra Sande, Carlos s/rescisión de contrato" (82) (242), a lo largo del fallo se insiste en destacar el error del escribano al observar el título, error que no fue tal, por cuanto respondió a su criterio de interpretación. Entendemos que en tal supuesto debió privar el respeto a su conceptualización profesional. Expresó la Cámara que las objeciones al título no tenían asidero y en última instancia se debilitaban totalmente frente a la aplicación de la directiva del recordado art. 1051 del Código Civil. Los actuales transmitentes estarían beneficiados por la disposición del art. 1051 como terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, de donde muy poco probable hubiera sido que pudiera ponerse en tela de juicio el dominio que ostentaban y muy endeble queda la postura del escribano al considerar un vicio existente que impidiera concretar la operación.

VII. Cuando se califica la negligencia, cuando se caracteriza la culpa, cuando el codificador se refiere a la omisión de las diligencias que exige la naturaleza de la obligación, hace constar que se trata de la diligencia normal, la corriente, la que corresponde al comportamiento ordinario en una sociedad dada, en un momento histórico determinado; y cuando agrega "que correspondiere a las circunstancias de las personas, del tiempo y de lugar", está fijando pautas comparativas de cómo se debe conducir un sujeto ideal en un momento temporal y en un lugar determinado.

La conducta diligente es la conducta social típica, la que exigen el tráfico y la vida diaria en los comportamientos corrientes. El abogado debe actuar en pleito como lo ordenan las leyes de procedimiento; el médico, como ordinariamente lo hacen sus colegas. No como el mejor, sino cumpliendo las elementales normas de ejercicio. El notario, al igual que los demás profesionales, está obligado a obtener un resultado, que será el querido por las partes, en la medida en que este querer de ellos sea tolerado por el derecho aplicado.

A través de este resultado, el notario ofrece a su requirente y a la sociedad a que pertenece el más útil de sus servicios, que será el de dotar a las relaciones jurídicas entre particulares de total seguridad, no sólo en cuanto a su realización, sino también a los resultados queridos al convenirlas. En tal sentido, dice Spota: "El escribano, al prometer un resultado, promete una escritura pública exenta de errores en cuanto a la técnica legal; promete que va a firmar la escritura, que no va a ncurrir en nulidad absoluta de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura; promete, entonces, un resultado inmediato, no mediato; no promete que no habrá nulidad por acto que no depende de él(83)(243), y responderá civilmente en caso de nulidad, salvo que demuestre que la interpretación es controvertida o dudosa. Pero si rehusa la prestación de funciones, por considerar que a su juicio hay motivo de observación, u opone reparo a la bondad de los títulos, debe tener en cuenta ese principio de política inmobiliaria, cual es asegurar la fluidez del tráfico, y si ya hubo más de una transmisión, los terceros están garantizados y su inquietud salvada".

Naturaleza de la responsabilidad y de la función notarial

Aunque es lugar común iniciar el estudio del tema analizando la esencia jurídica de la función notarial, no podemos soslayarlo. Sólo que en el caso evitaremos analizar cada una de las posturas que caracterizan al escribano como funcionario público y como profesional de derecho, y nos remitimos al fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal, Sala C, en el que el doctor Alterini cita prácticamente la totalidad de la bibliografía sobre el tema(84)(244).

Desde el punto de vista legislativo, la ley 1893 de la Capital Federal, primera ley notarial del país, califica al notario como funcionario público, y en la actualidad todas las leyes notariales siguen el mismo temperamento. La terminología del Código Civil no es precisa; el art. 973 parece contraponer al escribano y al oficial público; el inciso 29 del art. 970 y el art. 1004 aluden, cual si se tratara de investiduras distintas, "a los escribanos o funcionarios públicos"; por el contrario, el inc. 1º del art. 979 y el art. 997 se refieren a los escribanos y a otros funcionarios. A mayor abundamiento, los escribanos parecen excluidos en la nota al art. 1112 del Código Civil (que versa sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos por irregular cumplimiento de sus obligaciones legales). Tal es también la caracterización de la ley 12990, que en su artículo 10 dice: "El escribano de Registro es el funcionario público instituido... sólo a él compete el ejercicio del notariado". En una posición intermedia, el I Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948) declaró: "El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública".

Decimos que el tema de la naturaleza de la función es insoslayable, por cuanto para quienes sostienen que el notario es un funcionario público califican su responsabilidad de extracontractual que está regida por lo dispuesto en el art. 1112 del Código Civil (Salvat, Acuña Anzorena, Borda, Carminio Castagno). En cambio, su caracterización como profesional de derecho conduce naturalmente a la fundamentación contractualista de la responsabilidad del escribano.

Importancia de la distinción

La calificación de la responsabilidad es importante, por cuanto, si se admite que es de naturaleza contractual: a) Debe haber interpelación para constituir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en mora; b) La culpa se presume; c) La prescripción de la acción es de diez años, tratándose de responsabilidad extracontractual.

a) La mora se produce de pleno derecho; b) La víctima tiene que probar la culpabilidad del agente; c) La prescripción es la del artículo 4037 del Código Civil, o sea, de dos años.

Nuestra posición dentro del marco doctrinario

Pensamos que más allá del art. 10 de la ley 12990, el escribano de Registro no es propiamente un funcionario público, por cuanto no pertenece a la administración activa, pero la misión a él encomendada desborda los marcos de una ubicación excluyente como profesional de derecho.

La actividad notarial está absorbida por el concepto de unidad en razón de su contenido complejo. "Las tareas profesionales y las documentales son inescindibles", sostiene Pelosi "La profesión notarial concebida sin el documento queda cegada, y, a su vez, la actuación fedante, como recepción pasiva de declaraciones, no tiene asidero para el notario y coloca la función en un automatismo que - la realidad se encarga de desmentir" (85)(245).

A partir de estos conceptos: que en la prestación de servicios están inescindiblemente los dos caracteres del escribano, analiza la naturaleza de la o las obligaciones que el escribano asume, ya sea en forma voluntaria u obligado por las circunstancias.

Si la realización de dichos actos hubiera sido en forma voluntaria, podría tal vez hablarse de un contrato. Así, Trigo Represas(86)(246), citando a calificada doctrina nacional, sostiene que la responsabilidad civil del escribano con su cliente, de aquel que requirió la prestación del opus, es siempre contractual. Dice: "Ya que si existe un vínculo entre notario y cliente su violación implica incumplimiento contractual. En cambio, cuando la víctima del daño es un tercero que no requirió su concurso, la responsabilidad del notario es extracontractual". Según Savransky, con relación al cocontratante no cliente que acude al notario "...llevado por las circunstancias en base a una elección profesional que no realizó", ocurriría lo mismo: la responsabilidad es extracontractual.

Para los que piensan que el notario celebra un contrato con su cliente analizan la naturaleza de este contrato y se lo distingue del mandato porque el escribano no es mandatario de las partes contratantes, ni las representa(87)(247). Se lo distingue también de la locación de servicios porque si la hubiese, diríamos que el escribano es un subordinado de las partes, aun subordinado jurídicamente(88)(248). Se concluye por la mayoría de la doctrina que es un locador de obra porque esta última, respecto de la locación de servicios, implica independencia frente al dueño de la obra. La responsabilidad civil, en consecuencia, emana de una obligación de resultado. Su deber es entregar un instrumento formal; si esas formalidades no han sido cumplidas, el documento no produce el resultado que lo motivó"(89)(249).

Sin embargo, reiteramos nuestra posición en el sentido de que es muy difícil la conceptualización de este contrato, ya que se trata, como hemos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sostenido en este trabajo, de una tarea que el escribano pudo haber celebrado, en sus comienzos, un contrato de locación de obra con el cliente, y más adelante devenir para él en obligatoria en virtud del deber de prestación, que es esencial a ella.

Por ello vamos a enunciar que este deber legal - de prestar función - se resuelve en dos obligaciones de distinta naturaleza: a) Obligación de medio: asistir y asesorar al cliente poniendo a su servicio todos los recursos técnicos del agente, pero sin comprometerse, en cuanto al fondo del asunto, a un resultado invulnerable. b) Obligación de resultado: lleva implícito el compromiso de autorizar un instrumento inobjetable desde el punto de vista formal.

El escribano, en el ejercicio de sus funciones fidehacientes, actúa como locador de obra intelectual; promete un resultado, o sea un documento formalmente válido y legalmente eficaz. Esta relación de locación comprende, como inherente al deber de consejo, la opinión idónea sobre la bondad del título. Se promete el resultado inmediato: realizar una obra intelectual, no así el resultado mediato; respecto de éste, la prestación tiene un límite: revierte en obligación de medios.

En la misma tesitura Trigo Represas(90)(250)dice: "Sin embargo, en lo atinente al estudio de títulos, el escribano sólo asume una obligación de medios y no responde si, habiendo aplicado su diligencia y conocimiento, no llegase a advertir la existencia de una transmisión a non dominio resultante de un acto fraguado. Esto ocurre, verbigracia, cuando una escritura antecedente del título aparece falsificada o en los de comparecencia, ante el notario, con documentos de identidad falsificados del aparente dueño, según títulos e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Concluimos, pues, que en las llamadas obligaciones de medio, naturalmente emergerá, probada la negligencia del profesional, una responsabilidad extracontractual.

ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL CRÉDITO(*) (251)

Coordinador
JOSE M. R. ORELLE

Autores: AÍDA B. R. DE CELASCO ACUÑA, MIRTA CRISTINA MILONE, LILIANA N. RAPICAVOLI, MARIO A. YORDAN (h.), INDIANA CASTELLI, ALFREDO NOVARO HUEYO (h.), GUIDO BERMAN KAHN y ANA MARÍA VISCAY

SUMARIO GENERAL

I. Problemas vinculados con la accesoriedad y especialidad de la hipoteca, Esc. Aída B. R. de Celasco Acuña. II. Amplitud de los jueces para expedirse respecto a la especialidad, Esc. Mirta Cristina Milone. III. Algunas consideraciones acerca de las obligaciones condicionales y eventuales