

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los Derechos del Adquirente de Buena Fe y la Reforma del Código Civil()*(15)

LEONARDO A. COLOMBO

I.- Cuando tuvimos el honor de ser invitados a colaborar en el libro que en homenaje al eminente jurista Castán Tobeñas se editará en España, escribimos estas palabras, que consideramos oportuno repetir ahora: "El Código Civil argentino, redactado por Vélez Sársfield y vigente desde el año 1871, sufrió últimamente una serie de importantes reformas a raíz de la sanción de la ley 17711, que entró a regir el 1º de julio del año en curso. No quiere decir que anteriormente no hayan existido otras modificaciones y ampliaciones; las hubo, en efecto, pero nunca adquirieron la trascendencia y la extensión de la actual. Pese al largo lapso transcurrido, casi un siglo - agregamos -, ese Código llenó ampliamente sus finalidades, coadyuvando a la consolidación de la unidad nacional. Avanzadísimo para su época y para el medio en que iba a ejercer su influencia, puso de relieve la sagacidad de su autor y despertó la atención de no pocos especialistas europeos. No es el momento, por cierto, de repetir ahora conceptos que la historia ha recogido con encomiable celo. Cuadra sólo subrayar que se adaptó magníficamente a las necesidades del país donde iba a regir, uniendo el pasado legislativo con las exigencias sociales de un futuro inmediato. No rompió, por cierto, con todos los antecedentes hispanos ni con la tradición ortodoxa; supo, sí, acomodarlos a la realidad circundante, de acuerdo con la evolución que el pueblo iba exhibiendo, después de luchas a menudo fratricidas, y con el desarrollo vertiginoso a que se encaminaba a pasos agigantados. Fue útil, inmensamente útil, a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

colectividad nacional, y éste es su mejor timbre de orgullo".

No obstante, las mencionadas innovaciones se imponían, a veces por requerirlo la irregularidad de algunas normas y otras porque éstas, a través de las interpretaciones judiciales, condujeron a diversas soluciones, casi siempre sólidamente fundamentadas. Además, las vicisitudes de la vida diaria, los nuevos problemas suscitados por las nuevas tendencias doctrinarias y por las cambiantes estructuras colectivas, con su denso cortejo de secuelas de toda índole, obligaban también a llenar vacíos que el codificador no pudo prever hace diez décadas. De ahí que se intentaran reformas integrales, como la proyectada por la comisión especial que presidió inicialmente el Dr. Bibiloni y como la que confeccionó el Departamento de Estudios Legislativos del Ministerio de Justicia de la Nación bajo las directivas del Dr. Jorge J. Llambías.

Por nuestra parte, en numerosos estudios publicados en los últimos cuarenta años, casi desde los albores de nuestra vida profesional y universitaria, abogamos por no pocas de las reformas recién acogidas por la mencionada ley 17711. Recordemos, por ejemplo, todo lo relativo al reconocimiento del daño moral en materia de cuasi delitos y de contratos; a la posibilidad de demostrar la falta de culpa cuando media responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente; a la lesión subjetiva; a la firma por los jueces de la escritura traslativa del dominio; a la aplicación de la teoría de la imprevisión; a la acción posesoria a favor del tenedor, y a otros temas, en fin, de no menor jerarquía. Hoy vemos, con lógica satisfacción, el triunfo de numerosos principios, aceptados anteriormente por, a veces, audaces pronunciamientos judiciales y rubricados por la adhesión de no pocos juristas de notorio predicamento. Frente a todo esto, es deber del momento analizar los alcances de las normas recientemente sancionadas, sea para aplaudir sus méritos, sea para señalar sus defectos: lo primero, porque así se logrará arraigar sólidamente lo que es bueno; lo segundo, para obtener las rectificaciones correspondientes. "Un solo error - decía Bentham - puede subvertir el orden social". "El más grande enemigo de la verdad - afirmaba, a su vez, Filangieri -, no es la ignorancia, sino el error". Nada más feliz, por eso, que ante una ley nueva se pongan al descubierto sus deficiencias, no por simple afán disconformista - ¡es tan fácil lograr la notoriedad mediante la oposición sistemática ! -, sino por obediencia a la necesidad imperiosa de buscar la satisfacción de las reclamaciones colectivas más esenciales.

II.- Pues bien; entre los numerosos preceptos contenidos en esa ley 17711 se encuentran algunos que revisten particular interés: son los relacionados con los derechos de los adquirentes de buena fe. Basta citar el tema para que surja ante los ojos de entendidos y profanos un panorama lleno de sugestivos interrogantes y acuciosos problemas. Veamos.

Es ya lugar común en nuestro derecho positivo afirmar que los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquirentes y subadquirentes de buena fe se encuentran pésimamente protegidos, y aunque conspicuos maestros se han encargado de destacar la relatividad con que debe ser tomada esa aseveración, lo cierto es que ella se abrió ancho camino. Pese a que la defensa de esos adquirentes y subadquirentes quedó, en muchas ocasiones, fuera de la tutela legal, el codificador argentino tuvo especialmente en cuenta diversas circunstancias que lo indujeron a atenuar, dentro de lo posible, los dos principios clásicos que adoptaba como vértebras esenciales de su obra en esta materia: "nadie puede transferir un derecho mejor que el que tiene" y "no se da lo que no se posee" (nemo dat quod non habet).

El genio de Roma, con su inflexible lógica jurídica, no podía sostener un criterio distinto al que entrañan esos dos principios. Sólo raramente la equidad pretoriana aceptó algunas salvedades; pero la idea, abriéndose paso a través de distintas legislaciones, impregnó numerosos siglos con su matemática rigidez. Sin embargo, casi todos los legisladores se percataron de su excesiva latitud y de que no siempre contemplaba y regía adecuadamente las exigencias de la realidad, ya que en el juego de los intereses el dueño de las cosas transmitidas no merece a menudo una protección mayor que la que debe otorgarse a los terceros, cuya exacta posición puede derivar tanto de su propia manera de actuar como de la conducta de quienes con ellos negocian.

Las normas contenidas en las dos máximas - que, en el fondo, constituyen una sola - fueron acogidas por la antigua legislación española, y aunque el Código Napoleón no las concretó en una norma expresa, mantuvo el principio implícitamente en varias de sus disposiciones, de las cuales pasaron a diversos países de Europa y América a raíz del gran movimiento universal que ese Código trajo aparejado.

Naturalmente que semejantes normas obedecen a un razonamiento silogístico perfecto, aunque de finalidad no siempre justa. De ahí los tesoneros ataques que ha recibido y la aceptación que tuvo en todas las épocas, ataques y aceptación cuya antítesis revela la enorme trascendencia del asunto.

El análisis de la cuestión reviste, por tanto, importancia teórica y práctica. Teórica, porque el derecho, considerado científicamente, debe colocarse en un plano que le permita abarcar cómodamente la mayor cantidad de hipótesis posibles, de manera de resolverlas sin provocar lesiones de ninguna especie. Práctica, porque sería inadmisibles que el legislador y el jurista se aparten de los hechos corrientes, de lo que constituye la expresión directa de la actividad humana, olvidando su contenido y la multiplicidad de aspectos que ella suele ofrecer, muchos de los cuales exigen una apreciación especial aunque se hallen comprendidos, a primera vista, dentro de la regla general.

III.- Nuestro Código Civil recogió en varios artículos la tradición romana y secular. Tres de ellos, especialmente, lo demuestran con la mayor nitidez.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El 3270, traslación al castellano del primero de los proloquios que hemos recordado, declara, como es sabido, que "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". Precepto éste que fue explicado por Vélez en la nota al art. 787 al decir que el poseedor de buena fe que no es realmente dueño de la cosa, no puede traspasar la propiedad de ella cuando trata de enajenarla, de suerte que el verdadero propietario tiene a su alcance la acción reivindicatoria, ya que no es posible "transferir otros derechos que los propios, y la enajenación hecha por el que no es propietario, no hace propietario al que la adquiere".

La derivación más inmediata de esa norma genérica se hallaba consagrada en el art. 1051, el cual establecía, hasta su reciente modificación, que todos los derechos sobre inmuebles, sean personales o reales, transmitidos a terceros por una persona que ha llegado a ser su dueña en virtud de un acto anulado, pierden su valor y esos bienes son susceptibles de ser reclamados directamente del poseedor actual. Y ello es así porque, como señaló Alsina Atienza, si nadie puede ceder derechos ajenos es debido a que, haciéndolo, perjudicaría a los demás. Bien lo expresa, entre otros, el art. 1195 del mismo Código Civil, según el cual "los contratos no pueden perjudicar a terceros". Pero resulta, como consecuencia de todo esto, que la defensa dispensada a unos suele incidir dañosamente sobre otros que tienen, desde el punto de vista de la equidad, idénticas o parecidas razones para ser igualmente amparados. Ahora bien: de estas reglas, que podríamos denominar reglas - ejes, se desprenden numerosas aplicaciones, dispersas por todo el Código Civil y, con menor frecuencia, en el de Comercio. En breve síntesis, recordemos algunas de ellas.

En primer término, una disposición de suma importancia es la del art. 787, ya citado. Refiriéndose al pago, establece que si quien recibió indebidamente, y en tal concepto, un bien raíz, lo hubiese enajenado por título oneroso o lucrativo, el que hizo ese pago puede reivindicar el bien de quien lo tuviere, dado que - según se apunta en la nota respectiva - el que lo ha recibido no pudo "llegar a ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo fue por error y por una falsa causa".

En el mismo orden de ideas, y en relación con el art. 1051, debe recordarse el 953, que al declarar nulos, como si no tuviesen objeto, los actos a que él se refiere, permite exigir la devolución de las cosas que se han transmitido en virtud de un acto jurídico especialmente prohibido.

En el campo de la sociedad conyugal el art. 1253 revela también otra aplicación del principio básico al permitir que la esposa ejercite la acción reivindicatoria cuando el marido enajenare, sin su autorización, bienes inmuebles de su pertenencia. Si impusiere sobre ellos derechos reales, la facultad, asimismo, para deducir las acciones necesarias tendientes a liberar esos bienes de cualquier gravamen establecido sin su consentimiento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pasando por alto los arts. 551, 563 y 1329, referente este último a la venta de cosas ajenas, terminantemente vedada y que, de efectuarse, allanaría el camino, como es lógico, a la interposición de una acción real en el supuesto de que la cosa se hubiere entregado al adquirente, limitémonos a indicar que, en cuanto a la retroventa, la cláusula 1388 del mencionado Código ordena que la obligación de sufrirla pasa a los herederos del comprador - aun siendo menores de edad - y pasa también a los terceros que reciban el inmueble, aunque en la venta que se les hubiese hecho no se haya expresado que el bien vendido estaba sujeto a un pacto de semejante naturaleza, dado que el derecho moderno, según expresa Machado, "al considerar esta cláusula como resolutoria, ha concedido con razón una acción real, porque el comprador no ha podido transmitir un derecho más extenso del que tenía. Cuando el vendedor ejercita su derecho contra un tercer adquirente por medio de la acción reivindicatoria, no tiene más obligación que entregar el precio ofrecido en el contrato, cualquiera que sea el pagado por el tercero, sea más o menos. Y esta es una de las diferencias entre el pacto comisorio y la retroventa, pues siendo ambos resolutorios, en aquél es necesario hacerlo declarar por la justicia, mientras en ésta basta la manifestación de la voluntad".

Lo mismo ocurre con la permuta. Es explícito el art. 1487: según él, la anulación del contrato surte efectos contra los terceros poseedores del inmueble entregado al contratante contra el cual la nulidad se pronuncia. Conviene recordar, no obstante, que la disposición siguiente dice a su vez que el copermutante que hubiese enajenado la cosa que se le dio en cambio, sabiendo que no pertenecía a quien se la entregó, no puede rescindir el contrato de permuta mientras el poseedor a quien ha transferido dicha cosa no demande contra él la nulidad del convenio de adquisición. Aclaremos, también, que esta disposición del art. 1487 halla una especie de contrapartida en el art. 2130, mas sólo aparentemente, como más adelante lo señalaremos.

Sin detenernos sobre la gestión de negocios y sobre la tradición - "los únicos derechos susceptibles de transmitirse mediante la tradición, son los propios de quien la realiza", dispone el art. 2603 -, en el campo del dominio imperfecto se hallan dos normas que corroboran lo expuesto hasta aquí. De acuerdo con la primera de ellas (art. 2669), la revocación del dominio tiene efecto retroactivo al día en que él se adquirió, siempre que en la ley o en los actos jurídicos que la provocaron no haya disposición expresa en contrario; y de acuerdo con la segunda - que es consecuencia de la anterior - en virtud de tal revocación el antiguo propietario está autorizado para recuperar el inmueble libre de las cargas, servidumbres e hipotecas con que lo hubiere gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor, quedando sólo obligado a respetar las providencias de mera administración tomadas por éstos. No es difícil percibir, entonces, los dilatados alcances de preceptos de esta laya y la repercusión perniciosa que tienen en el mercado inmobiliario. Por eso no estuvo desafortunado el Dr. Bibiloni cuando, en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Anteproyecto, dijera enfáticamente que es inadmisibile la existencia del dominio temporario.

Ciertamente que si el condómino ejerce sobre la cosa común, o sobre alguna parte de ella físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que, sin anuencia de los demás condóminos, importan el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad, podrá, en algunas circunstancias, incurrir en violación del art. 3270 y sus concordantes, puesto que, como es sabido(art. 1331), la venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa carece de validez aun respecto de la porción del vendedor, lo cual da nacimiento a las acciones reipersecutorias correspondientes(arts. 2679, 2680, 2761, etc.), pero sin hacer hincapié en esta institución, cuadra también destacar el contenido de otras dos disposiciones que implican sólidos argumentos en favor de quienes contemplan el asunto que estamos analizando: los artículos 2777 y 2778, ambos referentes a la acción reivindicatoria y sobre los que luego nos detendremos nuevamente. Baste recordar, en efecto, que esa acción compete contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso haya obtenido la cosa inmueble de un enajenante de mala fe o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como lo es el comodatario. Y compete, asimismo, pese a ser mueble la cosa, "contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe, que la hubiere tenido del reivindicante por un acto nulo o anulado; y contra el actual poseedor, aunque (también) 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".

Haciendo adrede omisión de varios preceptos que se encuentran en los títulos dedicados al usufructo, la hipoteca y la prenda(arts. 2947, 3125 y 3213), otras disposiciones confirman lo expuesto. Así, el art. 3278, completando el concepto contenido en el 2670, añade que "un derecho revocable desde que se constituyó, permanece revocable en poder del sucesor", y el 3277, al aludir a los actos anulables por razones de violencia, error, dolo y demás irregularidades de que adolezca a título de quien transmite un derecho, admite que esos vicios se invoquen contra los sucesores, sean éstos singulares o universales.

Recordemos, finalmente, por ser altamente ilustrativos, tres preceptos que figuran en la parte postrera del Código Civil: el art. 3310, que autoriza a dejar sin efecto las transferencias a título oneroso o gratuito, las hipotecas y las servidumbres formalizadas por el heredero indigno cuando han sido consecuencia de una colusión fraudulenta entre él y los terceros con quienes ha contratado; el del art. 3923, que en materia de privilegios permite al vendedor del inmueble que no ha otorgado plazo para el pago del precio, reivindicar la cosa "del comprador o de terceros poseedores"; y el art. 3955, que admite al heredero forzoso, cuando se lesione su legítima, deducir acción real contra los terceros adquirentes de bienes raíces comprendidos en una donación inoficiosa y, por ende, sujeta a reducción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Frente a esta situación, tan caótica para el adquirente de buena fe, ¿qué dice la doctrina?, ¿qué aconsejan la experiencia, la justicia y la equidad ?

IV.- El nemo dat quod non habet obedece a un doble fundamento jurídico. Por una parte, es lógico y racional suponer que quien traspasa una cosa es porque posee sobre ella potestad suficiente para hacerlo y que, por tanto, cuando esa potestad falta está incapacitado para dar lo que en realidad no tiene. Por otra parte, tal principio responde a la necesidad de proteger los derechos de los verdaderos titulares de la cosa, a fin de no perjudicarlos. Contemplado desde este ángulo, el asunto es secuela inmediata del res inter alios acta, porque si nadie tiene atribuciones para transmitir derechos ajenos es, sencillamente, porque de lo contrario lesionaría a los terceros. Estos, en efecto, se verían expuestos a la acción del verdadero titular de esos derechos y, por lo mismo, sujetos a responder con la cosa recibida, ya sea devolviéndola en especie, ya sea perdiendo el valor de lo que por ella entregaron. Entre nosotros, el art. 1195 del Código Civil, in fine, se inspira en esta idea, y poco cuesta entender que siendo el tercero ajeno al título originario del transmitente, en cuya adquisición no intervino, debe ser considerado completamente ajeno a él. Pero algo distinto acontece cuando la transmisión del derecho imperfecto ha tenido lugar o cuando, faltando todo derecho, la operación se consuma. Entonces, no obstante su posición, el tercero se ve envuelto en las consecuencias jurídicas del acto y, pese a la disposición legal, puede ser el único realmente perjudicado.

La regla contenida en el art. 3270, eminentemente individualista, ha sido, por eso, muy criticada. Basta considerar, sin ir más lejos, que por salvaguardar a unos se puede dañar irremisiblemente e irreparablemente a otros, ya que si es cierto que el objeto enajenado o gravado no pertenece a veces a quien lo transfiere, hiriéndose así a su dueño, no lo es menos que el adquirente, al verse obligado a reintegrarlo, es susceptible de hallarse en una situación análoga. De ahí que desde antiguo se haya bregado por la atenuación de la norma, partiendo de dos circunstancias especiales: a) la buena fe del adquirente, y b) la apariencia del derecho transmitido.

El propio derecho romano, de atenernos a algunos autores, contemplaba una excepción de trascendencia, pues, de acuerdo con un texto de Ulpiano, el heredero no tenía la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes a título oneroso - y sí cuando lo eran a título gratuito -, salvo que el enajenante fuese poseedor de mala fe de la herencia. En los demás supuestos el heredero estaba a cubierto de toda indemnización, lo cual habría sido imposible que ocurriera si se lo hubiese hecho cargar con la evicción a favor del tercero. Y aunque es exacto que ese texto - Digesto, libro V, tít. 3, ley 25, párr. 17 - ha sido ampliamente controvertido, no lo es menos que autorizadas opiniones lo consideran como evidente muestra de las restricciones que la equidad aconsejaba imponer al precepto universal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En la época moderna autores y jurisprudencia están contestes en que el *nemo plus iuris* no se adapta ni a las conveniencias sociales y económicas ni a la justicia. Apoyándose, precisamente, en las dos circunstancias mencionadas - buena fe y apariencia - se inclinan hacia un criterio más acorde con la posición de los adquirentes, substituyendo el acento individualista por el de una mayor solidaridad. Así, verbigracia, los tribunales franceses han reconocido que las hipotecas constituidas por el propietario aparente de un inmueble en virtud de un título regular, son válidas y conservan sus efectos en beneficio de los acreedores de buena fe frente al propietario verdadero.

Y Demogue, a su turno, escribía lo siguiente: "Cuando un error no ha sido causado por una persona aislada, sino por los diversos participantes en un acto jurídico y de gran número de terceros, sobre todo si es excusable, la seguridad dinámica, la necesidad de fiarse de ciertas apariencias, hacen que se deba tratar de proteger a las víctimas del error". Reclama, sin embargo, un par de condiciones para que esa protección se materialice: que el error sea general, de muchos, y que el público tenga una justa causa de ser inducido a engaño.

Pothier antiguamente y Laurent a mediados del siglo pasado, haciéndose eco de parejas razones pusieron de relieve los inconvenientes del sistema contrario, esto es, de un sistema que por favorecer a unos perjudica a otros sin mayores discriminaciones. Ya el primero de ellos aludió a la situación de quienes, sin malicia, adquieren bienes a uno de los miembros de la sociedad conyugal cuando el otro desaparece y existe la presunción de su fallecimiento. Y el segundo, a su turno, al detenerse sobre los contradocumentos privados, afirma que no pueden ser opuestos a los terceros porque, precisamente, la ignorancia de éstos acerca de la exacta naturaleza del acto simulado los ampara, lo cual no ocurriría si esa ignorancia no existiese.

V.- ¿Ocurrió lo mismo entre nosotros? Al recorrer las obras y las enseñanzas de los grandes maestros argentinos es preciso sostenerlo afirmativamente.

Sin detenernos en los comentarios generales y conocidos de Machado, Lafaille y Rébora, conviene recordar las palabras de Alsina Atienza, contenidas en su estudio sobre "Los efectos jurídicos de la buena fe": "El sentido de cooperación caracteriza a nuestro derecho actual. Entonces, la simetría de una construcción jurídica pasa a segundo plano cuando el interés social demuestra la necesidad de modificarla en su arquitectura; si bien es cierto que la transmisión de derechos por sí sola resulta insuficiente para mejorarlos o transformarlos, también lo es que el interés del sucesor singular puede entrañar un valor considerable cuando actúa de buena fe y merecer un tratamiento preferente desde el punto de vista jurídico y social, convirtiéndose la buena fe en fuente de derecho". Y añade: "Quebrados los moldes inflexibles del *nemo plus iuris*, su atenuación progresiva era cosa de años. Hoy en día más de un país ha sentado la norma de que quien procede de buena fe adquiere el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho transmitido, aun cuando el enajenante no lo tuviese, y esto ocurre sobre todo en países que poseen registros inmobiliarios del sistema alemán, suizo o italiano".

Bibiloni siguió idéntica orientación. En su Anteproyecto, al analizar las disposiciones vigentes observó que el derecho moderno tiende a amparar sistemáticamente la seguridad de las operaciones jurídicas porque así lo exige su estabilidad. "¡Se transmiten a otros mejores y más extensos derechos que los que se tiene!" exclamaba, para explicar poco después que justificase la protección a los terceros adquirentes porque la buena fe les otorga, ex lege, el derecho que cabalmente entienden obtener.

Todo esto conduce a estimar que en este tópico los lineamientos esenciales del Código de Vélez adolecen del defecto de ajustarse con estrictez a los precedentes romanos más puros y de olvidar que la defensa excesiva de un principio suele producir evidente menoscabo de otros tantos o más respetables. Así es, sin duda; pero no, como aseveramos al principio, en forma absoluta. El codificador argentino tuvo cabal noción de las evoluciones que experimentaba la ciencia jurídica y de las proyecciones que ella tendría en lo futuro, y si es verdad que no abandonó los cánones clásicos, los cuales en su época constituían un lastre de enorme gravitación, lo es también que atemperó con frecuencia su extremo rigorismo.

Varias razones aconsejaban, pues, romper los moldes de un sistema cuyas características no condicen, pese a su logicidad intrínseca, con los intereses privados y colectivos. Entre ellas se encuentran, con eficacia preponderante, estas tres: el equilibrio que exigen las relaciones sociales, imposible de conservar cuando sólo se presta atención a una de las partes lesionadas, con desmedro de las demás; el aspecto de regularidad que a los ojos de los terceros adquirentes es susceptible de tener cualquier acto jurídico y, finalmente, la intención real que tienen las partes al efectuar sus transacciones civiles y comerciales.

VI.- En consecuencia, basándose la protección a los adquirentes y subadquirentes en los principios esenciales de la buena fe y la apariencia, se advierte que el concepto exacto sobre estas últimas se relaciona, por un lado, con la moral y, por el otro, con la actitud o conducta misma de los interesados, es decir, con la excusabilidad o inexcusabilidad de sus actos.

En cuanto a lo primero, resultaría harto desdeñable, indudablemente, una doctrina que no se fundara en sólidos móviles éticos. Mientras muchos jurisconsultos, hasta épocas muy recientes, han visto en las obligaciones una simple relación objetiva entre patrimonios, la reacción contra el divorcio absoluto entre moral y derecho se hace sentir cada vez con mayor fuerza y no admite que dichos móviles pasen a plano secundario. "La experiencia jurídica - como bien se ha recalcado - al tener en cuenta en muchos casos la culpa, la buena fe, el estado de conciencia, desmiente la oposición de ambos mundos". Se comprende,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por lo tanto, que resulta contrario a ideas tan respetables el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado o procedido de tal manera que la ulterior anulación del negocio por ellos realizado les cause un perjuicio irreparable.

Naturalmente que la buena fe, al decir de Coviello, es un principio bastante vago y elástico y, por eso mismo, no siempre posible de determinar con facilidad. De ahí que se propugne hacerlo valer únicamente en la medida en que el orden jurídico lo haya tenido en cuenta. No faltan, por consiguiente, quienes se pregunten si presenta un carácter excepcional o es simplemente genérico, apto para brindar soluciones justas fuera de los textos legales. No faltan, tampoco, quienes lo hayan substituido por la noción de la "seguridad necesaria" en las relaciones de derecho o, como Demogue, por el de la "seguridad dinámica". Las actuales corrientes científicas se orientan, no obstante, hacia la primera de esas concepciones, esto es, a estimar que la buena fe constituye una premisa general, levantada como una imposición de la moral y de la firmeza de las transacciones frente al rigor de los preceptos tradicionales.

Respecto de la excusabilidad, el problema adquiere proporciones no pequeñas. Conocida es la polémica que en el siglo pasado tuvo lugar en Alemania entre Wechter y Burns. Para aquél, tal excusabilidad carecería de importancia, bastando con la creencia que pudiese tener el titular sobre la legitimidad de su posición. Para éste, en cambio, debía existir un contenido positivo o, lo que es igual, el convencimiento de obrar legítimamente, convencimiento que falta cuando tiene su origen en un comportamiento inexcusable. La controversia, que perduró muchos años, con intervención de estudiosos de la talla de Winscheid y Bonfante, no ha quedado todavía debidamente dilucidada, pudiendo señalarse dos tendencias diametralmente opuestas: para una no es imprescindible la excusabilidad; para la otra sí, pues de atenernos a Volansky, la buena fe supone siempre, además de diligencia y prudencia, recta intención en los procedimientos.

En nuestro país basta recorrer los fallos judiciales para percatarse de que los tribunales rehusan proteger al negligente. Pero no se precisa hacer ningún esfuerzo para percatarse también de que "admitir una medida puramente subjetiva de la buena fe sería caer en cálculos imposibles, sondeando en las conciencias. La buena fe, tal como se la concibe en el derecho actual, dista mucho de lo que parece haber sido en el derecho romano, según Bonfante: hoy tiende a preponderar el criterio objetivo, y por lo mismo se identifica con el comportamiento del hombre medio, honrado y celoso del cumplimiento de sus deberes jurídicos, según las circunstancias particulares de cada caso".

Quienes defienden ese criterio objetivo se apoyan, precisamente, en la llamada "teoría de la apariencia o de los derechos aparentes", ya que el aspecto exterior del acto, si es razonable y normal, debe producir, con referencia a los terceros, el mismo efecto que el derecho verdadero. Empero, tan simple afirmación no es fácil de concretar en la práctica,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pues surge inmediatamente el interrogante: ¿cuándo hay apariencia?, ¿cuándo ella conduce a la excusabilidad de la conducta equivocada del agente? Es suficiente plantear las preguntas para pensar en las dificultades de las respuestas. ¿Lo que es aparente para unos, lo es para otros? ¿La apariencia puede ser general o puede, asimismo, ser particular? La conocida máxima error communis facit jus parecería indicar que el factor colectivo, amplio, es indispensable, porque de lo contrario la investigación previa a que está obligado todo aquel que realiza un negocio jurídico, a fin de no incurrir en negligencia, no podría faltar. Por nuestra parte, opinamos que es preciso hacer un distingo, según que se trate o no de una situación conocida en el ambiente donde se actúa: si lo primero (estado civil de una persona, por ejemplo), la buena fe existirá desde el momento mismo en que exista la creencia casi unánime sobre la índole del punto en cuestión; si lo segundo, esa misma buena fe será tal desde que se demuestre que el sujeto que la invoca ha procedido con los cuidados necesarios para no caer en error.

La conclusión definitiva a que se arriba después de estas consideraciones es sólo una: la protección a los adquirentes y subadquirentes de buena fe reposa, mientras la ley no la establezca expresamente, tanto en la apariencia de los derechos transmitidos como en la conducta de los propios interesados, porque si bien a menudo el error común es el origen de esa buena fe, no siempre ello ocurre así. Por tanto, serán los jueces, en ausencia de preceptos legales, los que en cada caso dirán si la buena fe existe o no existe. Otro temperamento llevaría a incurrir en posibles injusticias, con olvido evidente de la equidad, esa equidad que, como decía Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* (lib. V, cap. X), siendo expresión de lo justo vale más que lo justo en ciertas circunstancias, porque "lo propio de lo equitativo consiste, precisamente, en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido".

VII.- Vislúmbrese, así, la importancia de la labor judicial en esta materia y, sobre todo, la conveniencia de conceder al magistrado elementos suficientes para llenar su cometido con las menores desventajas posibles. Por eso estimamos como más acertada la tesis que se coloca en un plano objetivo para apreciar la buena fe.

Gorphe, al aludir a ésta, expresa que sus efectos jurídicos ofrecen tres aspectos diferentes, de los cuales no es el menos importante el que aconseja protegerla cuando proviene de un error excusable, pues entonces pone de manifiesto la inocencia del interesado, digna de todo respeto. Pero esa buena fe (buena fe - creencia), considerada únicamente desde el punto de vista subjetivo no se limita a la simple exteriorización de la actividad del agente, ya que requiere en éste la convicción y la certeza sobre la exactitud o verdad de los derechos que adquiere. Por eso en cada emergencia sería preciso penetrar en el fuero interno del agente, sin detenerse solamente en la simple ausencia de mala fe. Ello obliga al juez a consumir una labor de investigación a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

través de las actitudes negativas o positivas del adquirente o del subadquirente, para poder así valorar los alcances reales de su actuación, lo que implica la posibilidad de no obtener el resultado que se busca, dadas las dificultades psicológicas y prácticas que semejante procedimiento involucra.

Es en virtud de este inconveniente que el mismo Gorphe recuerda que "no es en consideración a un estado subjetivo de creencia fortuita y variable, sino por una medida general y apropiada a las relaciones jurídicas, que aquellos cuya buena fe es reconocida deben ser tratados favorablemente". Y es así porque, de otra manera, se corre el doble peligro de incurrir en sutilezas incompatibles con el carácter de la propia situación que se trata de amparar y, lo que es peor, de incurrir en confusiones lesivas tanto para una parte como para la otra.

El criterio objetivo es, por eso, el que se ha abierto camino en el derecho contemporáneo. Como se ha expresado claramente, en él "vale lo que hay razón de creer", es decir, aquello que puede valorar un sujeto normal y común de acuerdo con el medio donde actúa, dado que no es lo mismo el hombre de las grandes ciudades que el aldeano montañés, el entendido en especulaciones inmobiliarias que el modesto obrero que adquiere un pequeño lote de tierra para edificar su hogar. El juzgador, por ende, deberá alejarse de los tipos abstractos de comparación, abrevando en los hechos concretos, vitales, y aplicar la norma de acuerdo con la respectiva conducta y no a la inversa, ajustando la conducta a la norma, como si ésta fuera un rígido lecho de Procusto.

De todo ello se desprende, además, que la buena fe, considerada tanto subjetiva como objetivamente, es el eje sobre el cual gira el conflicto que se establece entre el verdadero titular del derecho y los intereses de los terceros afectados por la transmisión, y que es ella la que salvaguarda a estos últimos, siempre que no exista negligencia, desidia o descuido de su parte. En otras palabras: adquiere una fuerza convalidatoria de la transmisión defectuosa, en aras, precisamente, de un equilibrio jurídico que se fusiona, en el fondo, con la equidad misma.

VIII.- Ahora bien: Vélez Sársfield, pese a los paradigmas que hemos citado anteriormente, no hizo tabla rasa de numerosas situaciones que era indispensable no incluir en la norma general del art. 3270, es decir, en el nemo dat quod non habet. Pasemos brevísima revista a algunas de ellas antes de detenernos en la reforma introducida por la ley 17711.

Un primer ejemplo lo tenemos en todo lo relativo a la posesión de buena fe de las cosas muebles, prevista en el art. 2412, salvo en el caso de que se trate de cosas robadas o perdidas, pues entonces se permite la acción reivindicatoria aunque el poseedor o tercero sea también de buena fe. Con todo, hay que señalar que la adquisición debe ser hecha a título oneroso; de lo contrario, procedería el reintegro, según los artículos 2767 y 2778, que lo determinan con máxima claridad. Y aun en el supuesto de cosas extraviadas o substraídas con dolo, el legislador disminuyó las consecuencias al especificar varias excepciones, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando contempló las hipótesis de los objetos adquiridos, con otros iguales, en una casa dedicada a la venta de objetos similares.

Las aplicaciones del principio contenido en el art. 2412 son múltiples. Recordemos, sin más, las contenidas en los arts. 2413, 550, 592, 3213, 3945, etc. Y ya desde otro punto de vista, recordemos también todo lo relativo a la ausencia con presunción de fallecimiento y a los actos fraudulentos. Respecto de los primeros, si el ausente reaparece los poseedores definitivos de sus bienes deben reintegrárselos en el estado en que se encuentren, sin que se les pueda exigir el valor de la parte consumida "ni las rentas o intereses percibidos por quienes hubiesen tenido la posesión de ellos". Respecto de los segundos, si la maniobra del deudor insolvente lo ha sido por una suma de dinero, para que la revocación del acto proceda es preciso no sólo que el deudor haya querido defraudar a sus acreedores, sino que el tercero con el cual ha contratado sea cómplice en el fraude. En el supuesto de que existan subadquirentes, la solución es similar y está prevista en el art. 970: para que la acción pauliana tenga eficacia se impone, o bien la gratuidad de la transmisión o bien la complicidad del tercero.

En materia de simulación, sabido es que el contradocumento no es oponible a los sucesores particulares de las partes, salvo que hayan tenido conocimiento de la ficción del acto, porque, como expresa Vélez en la nota al art. 996, en presencia de dos hechos dispares, uno verdadero pero ignorado, y otro falso pero único conocido, "la ley debe declarar que las consecuencias del acto ostensible podrán ser invocadas siempre por los sucesores singulares", dado que éstos adquieren "como si el dominio aparente de la cosa hubiese sido positivo". Pero a pesar de ello, no debe olvidarse que, en cuanto a la nulidad del acto simulado, el intrínquilis se relaciona con el subadquirente de buena fe, pues anulada la operación ¿deberá serlo, igualmente, la que él concluyó con el dueño aparente del objeto y que le ha transmitido, por lo tanto, un derecho superior al que en verdad poseía? Prescindiendo de la controversia suscitada sobre el punto, especialmente en el derecho francés, la respuesta negativa se impone, no sólo por las razones invocadas por Salvat, sino por la gravitación que la apariencia del acto tiene sobre el adquirente y la necesidad de evitar fáciles confabulaciones que, para perjudicarlo, permitiría la solución inversa.

Podríamos multiplicar muchísimo los ejemplos. Vaya uno más: siguiendo a Freitas, Vélez estableció, en el art. 2130, una salvedad muy importante al precepto contenido en el 1487, porque si el copermutante enajena la cosa por título oneroso o constituye sobre ella derechos reales, el permutante carece de acción contra los terceros adquirentes, a no ser que la enajenación sea gratuita, ya que entonces está facultado para exigir la restitución de la cosa o su valor. Y no hay contradicción entre ambas cláusulas: la aquí recordada rige los casos de rescisión por causa de evicción, y la otra, la del art. 1487, los de nulidad, tal como enseña Machado.

Agreguemos, para completar el cuadro, todo lo dispuesto por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

codificador en lo que atañe a las obligaciones de dar (art. 594); a las donaciones con cargo (1855); a los actos del mandatario cuando los terceros ignoran la cesación del mandato (1964 y 1967); a la venta de los bienes hipotecados, que son recibidos libres de todo gravamen desde que el comprador en subasta consigna el precio a la orden del juez (3196); los actos de enajenación y a título oneroso realizados por el heredero aparente (3430); la ventas, hipotecas, donaciones y servidumbres consentidas por el heredero indigno durante el lapso intermedio entre su separación como heredero y la muerte del causante (3309), y todo lo que se desprende de la interpretación de los arts. 2777 y 2778, referentes a la reivindicación contra el actual poseedor de buena fe y a título oneroso que obtuvo la cosa de un enajenante también de buena fe, artículos ésos que a tantas discrepancias han dado lugar.

IX.- Todo lo que sintéticamente hemos expuesto hasta aquí ponía de manifiesto la necesidad de llegar a una reforma o, por lo menos, a una clarificación de los textos legales suficiente para que la protección a los terceros sea todo lo eficaz posible.

Por ello el proyecto de reformas del año 1936 no pudo desentenderse de un asunto de tanta importancia. Sin entrar en mayores pormenores, corresponde poner de resalto sus principales características.

En lo atañedor a los bienes muebles, consolida el sistema tradicional, salvo pequeñas variantes, como las referentes a los muebles inscritos en el Registro Inmobiliario. Presume la propiedad de quien posee de buena fe y dispone que "quien fuere poseedor inmediato, podrá invocar la presunción de propiedad que correspondiere al mediato". Por otra parte, tratándose de cosas para cuya transmisión se requiere el registro, presume también que la propiedad pertenece a quien las tenga anotadas a su nombre o a quien corresponda la marca inscripta (artículos 1824, 1827, etc.). Como consecuencia directa, limita la reivindicación de los muebles, prohibiéndola:

"1º Cuando el poseedor invocare la presunción del art 1824; 2º Si los poseyere una persona que, aun siendo de mala fe. los hubo de quien podía alegar esa misma presunción; 3º Cuando la cosa hubiere sido transmitida a un poseedor de buena fe, por quien la recibió en confianza del dueño o del representante de éste. No obstará el hecho de que hubiere sido entregada sin facultad para ello, o en virtud de engaño o acto ilícito La acción procederá, en el caso de este inciso, cuando la cosa se transfirió a título gratuito, y se hallare en poder del beneficiario" (art. 1829).

Pero la regla más importante se halla, a nuestro parecer, en la cláusula siguiente (que generaliza la del actual art. 1857) y en la 1831. Por la primera, se admite optar entre la reivindicación contra el nuevo poseedor y una demanda subsidiaria contra el enajenante o sus herederos para obtener la indemnización por el daño causado por la transferencia, en cuyo caso, de lograrse el completo resarcimiento, cesa el derecho de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reclamar la cosa. Por el segundo, "sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si éste adquirió la cosa contra el enajenante responsable de ella y no hubiere pagado el precio en todo o en parte, el reivindicante tendrá acción contra el actual poseedor para reclamar lo que adeude".

Sobre la base del registro que especialmente se crea por un proyecto de ley complementaria, al hablar de la acción reivindicatoria la Comisión Reformadora sostuvo, en su informe, que si bien por el solo hecho de inscribirse un título en ese registro no adquiere validez, eso no significa que la situación del reclamante sea igual en todos los casos, pues ella puede variar según que el poseedor haya obtenido el bien del reivindicante o en virtud de la naturaleza del título por el cual lo incorporó a su patrimonio, y de la circunstancia de que pueda o no invocarse la fe pública emergente de dicho registro. Concluye sosteniendo, por consiguiente, que los terceros que no logren ampararse en la presunción derivada de este último estarán imposibilitados de detener la acción de referencia, la cual, en cambio, no podrá tener éxito contra quienes, ignorando los vicios del título de su autor, hubiesen adquirido por acto oneroso derechos de personas que aparezcan en el registro en condiciones de constituirlos.

Pero suponiendo que los legisladores argentinos no aceptaran, como hasta ahora no lo han hecho, el sistema aconsejado por el proyecto de 1936, ¿cuáles serían las bases adecuadas para injertar una modificación en el régimen adoptado por Vélez Sársfield? En otros términos: ¿qué factores deberían o, mejor dicho, debieron tenerse en cuenta para proteger a los adquirentes y subadquirentes de buena fe? Recuérdese al respecto que esta buena fe y la apariencia de los derechos transmitidos es lo que el codificador argentino no perdió de vista al aceptar las diversas excepciones a la regla nemo plus juris, excepciones que, si bien esporádicas y sin obedecer a ninguna sistemática, son bastante numerosas, según lo hemos ya destacado en el curso de esta disertación.

En nuestra opinión, esos elementos deben ser los siguientes:

1º La buena fe del adquirente o subadquirente, basada en la ignorancia de la verdadera posición en que se encontraba el enajenante o en el error - de hecho y excusable - en que se haya podido caer al respecto.

2º La apariencia del derecho transmitido, puesto que ella, como sostiene Demogue, "debe, en las relaciones con los terceros, producir el mismo efecto que el propio derecho".

3º La gratuidad u onerosidad del acto. No hay por qué proteger a quien en nada se perjudica al reintegrar un bien que recibió sin desembolso alguno.

4º La negligencia en que puede haber incurrido el verdadero titular del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dominio y el tercer adquirente. No es lógico que se contemple de la misma manera y se coloque en el mismo grado a quien vigila sus intereses que a quien se despreocupa de ellos. Tanto en el campo contractual como en el aquiliano, la culpa engendra responsabilidades y desempeña un papel de importancia preponderante.

X.- Ahora bien; la reforma introducida por la ley 17711 ¿responde a esas bases? La respuesta no puede ser sino dubitativa. No se trata de una reforma integral. Nos parece, sinceramente hablando, que pudo ser completada de un modo más eficiente. Con todo, mejora mucho el panorama y, si recurrimos a una coordinación de los principios por ella adoptados, debemos reparar en lo siguiente:

a) En primer lugar, el nuevo art. 2487, al establecer que las cosas muebles pueden ser objeto de acciones posesorias - además de las reales pertinentes, repárese bien - aclara que ello es así "salvo contra el sucesor particular poseedor de buena fe de cosas que no sean robadas o perdidas". Es decir, que se sigue la misma pauta ya fijada en el artículo 2412 respecto de tales acciones reales, según hemos explicado anteriormente.

b) Pero tratándose de esas cosas robadas o perdidas, se amplía la protección al permitir al poseedor de buena fe adquirir el dominio de ellas mediante la prescripción de tres años y, si se trata de muebles cuya transferencia exija inscribirse en registros creados o a crearse, mediante el transcurso de dos años solamente, siempre que, además de existir buena fe, la posesión sea continua en ambos casos.

De esta manera se ha equiparado la legislación civil con la comercial, ya que en ésta el art. 477 del Código mercantil adoptó una norma semejante. De más está recalcar ahora lo que hemos sostenido en alguna de nuestras publicaciones, en el sentido de que Vélez - y muchos no concordaron, por cierto, con nuestra tesis - no dejó de incluir en el Código Civil la adquisición del dominio de las cosas muebles por el transcurso del tiempo, ya que del juego de los arts. 4015 y 4016 se desprendía, como pensamos haberlo demostrado, que ello ocurría después de treinta años de posesión efectiva, término demasiado largo, sin duda, y en total desacuerdo con las exigencias de la realidad.

c) Por último, tenemos el novísimo art. 1051, que debe dividirse en dos partes. La inicial mantiene invariable el texto antiguo: "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". Pero la segunda parte agrega: "salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

Está de más hacer hincapié sobre la jerarquía jurídica de esta norma,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuyo carácter general es innecesario subrayar. Pero ella se presta, sin embargo, a varias consideraciones. Veámoslas rápidamente:

Los actos gratuitos quedan excluidos, según el mismo artículo lo dice, manteniéndose el criterio ortodoxo de que allí donde nadie se perjudica no hay por qué seguir otorgando acción protectora en desmedro de los derechos del verdadero propietario o poseedor. En este sentido, tanto el Código Civil como su actual reforma no ofrecen rasgos sui géneris inspiradores de una crítica particular.

Pero ¿qué decir cuando se trata de un acto nulo? Francamente, entonces la situación cambia un poco, como no escapará al menos avisado, pues si la nulidad es manifiesta, si es notoria, no es posible afirmar que el tercer adquirente sea de buena fe, y, si no lo es, ¿en razón de qué principio se le otorgará amparo? Creemos innecesario aclarar que acto nulo y nulidad manifiesta son expresiones correlativas y que por eso mismo no es posible incurrir en confusiones. Más todavía: si no se olvida que el error de derecho no es excusable - con excepción de los tres únicos casos que contempla el propio Código Civil - y que los defectos de forma en el título de adquisición hacen presumir la mala fe (art. 4009), tenemos pergeñado un cuadro suficientemente nítido como para advertir que las soluciones no siempre serán muy diáfanas.

Esto nos conduce a otra conclusión no menos sugestiva en aquellos supuestos en que el Código otorga expresamente acción contra los terceros, como ocurre con el pago de lo indebido y con la permuta, por ejemplo. Interpretamos que el amparo previsto en el nuevo art. 1051 quita a los respectivos preceptos legales gran parte de su radio de aplicación y que sólo cuando se demuestre que ha existido mala fe será viable invocar las normas imperativas que ellos contienen. En otras palabras, la nulidad funciona en el primer grado del acto jurídico, por así decir, pero no pasa más allá de él cuando el tercero ha podido creer en la eficacia de la operación, en su total validez. Pero, repetimos, ¿es esto posible cuando el acto es realmente nulo?

No ocurre lo mismo en las hipótesis de anulabilidad. Las facetas de la cuestión adquieren entonces aspectos totalmente diferentes, ya que es necesaria una previa investigación de los hechos antes de que el magistrado judicial declare que el negocio carece de valor (art. 1046), negocio que únicamente se tendrá por nulo desde el día de la correspondiente sentencia. Por eso debe considerarse acertada la jurisprudencia que ha detenido los efectos del pronunciamiento de la nulidad del acto anulable, frente a los terceros de buena fe, cuando los derechos de estos últimos han sido adquiridos con anterioridad a la fecha de la sentencia que decreta la anulación de dicho acto.

Estas son, sinceramente expuestas, las consideraciones que nos inspiran las innovaciones introducidas por la ley 17711. Perdonadme si me equivoco al expresarlas con entera franqueza, quizás con un poco de atrevimiento y con escasa sagacidad. Vuestra atención merece, sin duda, bastante más; pero quede como saldo definitivo una firme esperanza: la de que todo sea por el adelanto del derecho argentino y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la consolidación de las instituciones patrias. Ojalá que mis palabras, acogidas por ilustrados colegas, sirvan de acicate para seguir por la senda de un continuo perfeccionamiento jurídico. Que así sea.