

XXXIII Jornada Notarial Argentina
San Carlos de Bariloche, Río Negro

Tema IV: Nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación
Coordinadores Nacionales: Notarios Néstor Lamber y Gastón
Augusto Zavala.

TRABAJO FUERA DEL CONCURSO DE PREMIOS DE LA JORNADA

Autor:

NESTOR DANIEL LAMBER

EFICACIA SUBSANATORIA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN LOS TÍTULOS INMOBILIARIOS

Néstor Daniel LAMBER

PONENCIA: La subsistencia de posesión con ánimo de dueño sobre inmuebles, fundada en título suficiente, insuficiente, justo título o aparente del dominio, y no controvertido durante el plazo de prescripción adquisitiva, importa la subsanación del derecho real objeto del título transcurrido este plazo

1.- INTRODUCCION

En la práctica inmobiliaria aparecen casos en que el titular de un derecho real tiene un título adquisitivo que no ha sido cuestionado -e incluso ha ejercido derechos valiéndose de él- pero al momento de disponer y realizarse un estudio de título sobre matrices notariales o expedientes judiciales, es observado por vicios que no eran ostensibles en el testimonio de la escritura pública o resolución judicial debidamente inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Variadas circunstancias como error en la transmisión de la manifestación de voluntad, destrucción total o parcial y/o pérdida de escrituras matrices y expedientes judiciales sean cartulares, electrónicos¹ o digitales, defectos al enunciar la correlatividad de documentos, inexistencia de una firma, falta de autorización del notario, defectos en la cadena causal antecedentes, insuficiencia de facultades de representación no ostensibles del título que recibió en confianza de haberle sido entregado por un notario, Secretario de Juzgado o letrado que tramita el respectivo proceso judicial, entre otros casos.

En ciertos casos se puede obtener un acto subsanatorio documentando la aclaración, rectificación o completando el vicio que no era ostensible a simple vista del instrumento portante del título causal, pero la observación sucede también casos de larga data, superando holgadamente los 20 años de posesión para la prescripción adquisitiva.

¹ La reciente 43° Convención Notarial de Capital Federal, propuso la copia electrónica de todas las matrices protocolares por el Archivo de Protocolos y la destrucción de las escrituras públicas de más de 30 años conservando solo estas copias electrónicas. No compartimos tal conclusión por reemplazar el instrumento público suscripto por las partes por una copia del mismo no suscripta ni por ellas ni el autorizante; pero se debe señalar que el único argumento jurídico a tal proceder no es otro que la convalidación del derecho real objeto de la escritura pública por la prescripción adquisitiva aún sin sentencia que la declare.

Cualquiera de los vicios del acto o instrumento no saneado siempre lo será por otro título: el del poseedor que tiene el indudable ánimo de titular del derecho real por el título que creyó suficiente, válido y eficaz, una vez cumplido el plazo de prescripción adquisitiva.

El actual Código Civil y Comercial ha ahondado en normas en este sentido, que denotan un sistema por el cual deviene injusta la observación a títulos inmobiliarios por plazos mayores al de prescripción adquisitiva

2.- EFICACIA SUBSANATORIA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN LA TITULACIÓN INMOBILIARIA

La prescripción adquisitiva es el título por el cual se adquiere un derecho real principal por quien ejercer la relación de poder posesoria sobre la cosa, con la intención de ejercerla como su propietario careciendo de título a ese derecho (aspecto positivo) ante la actitud pasiva de quien pese a tener título a la cosa la ha abandonado, pero no de forma expresa. Este nuevo título del derecho real se adquiere por el solo transcurso del tiempo de posesión con ánimo de propietario del derecho que la funda, declarado en juicio contencioso, sin importar la causa de adquisición de la posesión, aún maliciosa o viciosas, es decir con independencia de todo título al derecho real que legitime la relación de poder.

En la situación en estudio el poseedor tiene la convicción de tener un título al derecho, no hay conciencia de carecer del mismo, ni tampoco cree haber mantenido el título el transmitente (legitimado pasivo).

La historia de derecho demuestra que se ha dado un especial tratamiento a la existencia del justo título, que llevaba al titular (aparente) a ejercer la posesión de buena fe, y por ello el plazo de la posesión se reduce a 10 años, y se lo ha considerado como un caso de convalidación del derecho real, poniendo de relieve su aspecto subsanatorio; sin perjuicio que también deben concurrir el ejercicio efectivo por el aparente titular (aspecto positivo) como el abandono del titular formal (aspecto negativo) de la prescripción adquisitiva larga.

Las normas, en los casos de prescripción adquisitiva ordinaria o larga, no consideran el título insuficiente, con vicios ostensibles que puedan dar lugar a la nulidad manifiesta y absoluta, o con vicios no ostensibles que requiere de una investigación para declarar su nulidad por los legitimados a la acción, sea de nulidad o más genérica de ineficacia. Ante la norma del art. 383 CCyC que exige la sustanciación y declaración judicial de toda nulidad se presentan situaciones jurídicas de títulos -en especial de contener vicios no ostensibles-, en que no se ha declarado su nulidad o ineficacia, y en apariencia fundan el ejercicio de la posesión de buena fe sobre la cosa.

La apariencia suficiencia del título cartular y su oponibilidad erga omnes por la inscripción registral en los inmuebles en particular, nos enfrentan a situaciones no controvertidas, de sospecha de posible nulidad, pero que, de intentarse por quien esté legitimado a accionar o

de oficio en su caso, se verá impedida en sus efectos, por la excepción de usucapión que interponga el poseedor aún con título insuficientes o sin él.

Subsiste entonces un título que no es suficiente ni justo, pero que ante el transcurso del término de 20 años de posesión por el titular aparente afirmará su derecho. Hete aquí el aspecto el subsanatorio de la prescripción adquisitiva que se refleja en los arts. 1050, 2119, 2459 CCyC y en el 2311 CCyC al poner un límite a las acciones imprescriptibles como lo es la de petición de herencia.

3.- SUBSANACION DEL TITULO Y CONVALIDACION DEL DERECHO REAL

La prescripción adquisitiva de derechos reales inmobiliarios principales admitidos por la legislación es la causa fuente de tales títulos, el derecho real se adquiere una vez transcurrido el plazo previsto, sea ante la carencia de todo título, sea insuficiente o putativo, una vez cumplido el término de 20 años desde la posesión -que de existir un título viciado o putativo llevará a computarla desde ese momento-, o ante la existencia de un justo título transcurridos 10 años desde su registración. El nuevo se título se constituye y adquiere dimensión documental con la sentencia judicial que la declare².

El art. 1905 CCyC exige que la sentencia de usucapión debe fijar la fecha en que se ha cumplido el plazo, momento de adquisición del derecho real³. Aclara en su segundo párrafo que en la prescripción larga no tiene efecto retroactivo al momento en que comienza la posesión. Toda persona que posea un derecho real ostentando la titularidad de un dominio con título insuficiente o careciendo de él, siempre será adquirente desde ese momento, y la resolución judicial no lo transmite o constituye, sino que solo declara esta previa adquisición. Contrario sensu, si existe justo título la sentencia tendrá efecto retroactivo a la fecha de justo título que quedará subsanado (convalidado) por la adquisición del derecho real, sin importar la prescripción o no de acciones que puedan llevar a declarar su nulidad o ineficacia, o efectos reipersecutorios.

Si bien en el primer caso no se prevé efecto retroactivo al momento de inicio de la posesión -lo cual será relevante para determinar su calificación en los bienes del matrimonio del adquirente-, de existir un título aparente y formal previo aunque insuficiente al derecho real del usucapiente, si dispone después de 20 años de posesión pública e ininterrumpida basado en ese primer título, la primera transmisión quedará subsanada por el instituto de la

² En la regularización dominial de la ley 24.374 el adquirente tiene posesión y justa causa, y su derecho se consolida por el plazo de 10 años de reconocida la causa. El derecho se reconoce a través de un proceso administrativo y se constituye un nuevo título del dominio a través de las actas notariales de inscripción de posesión y consolidación del dominio que reúnen los actos relevantes de ese proceso.

³ CCiv.Com. Gualaguaychú, Sala I, 26/8/2015- "Alessandri, Ernesto Heriberto c/ VERGARA, Juan Pablo s/usucapión" RCCyC, 2015 – Noviembre, 166

convalidación del derecho real (art. 1885 CCyC) cuando transmite el derecho, produciéndose de hecho la eficacia retroactiva al momento del título insuficiente por no necesitar acto expreso o formal convalidatorio alguno. Así la convalidación del derecho real transmitido o constituido por el usucapiente transcurridos 20 años de posesión, tendrá efectos subsanatorios del título insuficiente.

Planteamos la subsanación de la causa del derecho real de quien cree tenerlo por la convicción de un título aparente, tanto se trate de un justo título en que el derecho le es transmitido o constituido por quien no lo tiene o carece de legitimación para ello, como también de un título insuficiente pero que adolece de vicios no ostensibles o manifiestos sin otra investigación.

En el primer caso, VELEZ SARFIELD ya en la nota al art. 3999 del Cod. Civil anterior ponía de relieve este carácter convalidatorio, como lo reiteran en la interpretación del Código Civil y Comercial KIPER y OTERO: “La prescripción breve cumple prioritariamente una función perfeccionadora de los título defectuosos, mediante la posesión de la cosa, de buena fe, durante el plazo previsto por la ley.”⁴.

Similar conclusión cabe para la posesión adquisitiva breve especial del art. 2459 CCyC en que el título de donación es suficiente, y el transcurso del tiempo de 10 años de la posesión lo pone al abrigo de toda acción reipersecutoria de los herederos legitimarios del donante, teniendo el derecho del donatario o su subadquiriente por definitivamente establecido en la terminología del art. 1965 CCyC. Lo mismo cabía antes de la reforma para las donaciones transcurridos 20 años de la adquisición.

También el proceso de excepción de la ley 24.374 (aún careciendo de todo título aparente formal) prevé que una vez constituida la posesión por acta notarial inscripta a los fines de oponibilidad a terceros, a los 10 años el dominio queda consolidado.

En los casos en que se tiene título insuficiente o justo título, la prescripción opera como la convalidación del derecho real, lo cual denota el art. 1905 CC al establecer que sola la prescripción larga no tienen efecto retroactivo al tiempo en que comienza, y contrario sensu si lo tienen en la breve. En el segundo caso, el título aparente es insuficiente y no importa siquiera un justo título. Se está ante supuestos de prescripción larga por la que adquiere el derecho real de modo originario con independencia de todo título antecedente. En los hechos se cancela el título anterior y se confiere uno nuevo. No se está ante un supuesto de consolidación o tenerlo por definitivamente establecido como en los restantes. Se da un nuevo título que extingue todo otro anterior que contradiga al nuevo.

⁴ KIPER, Claudio – OTERO, Mariano C. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA – Rubinzal-Culzoni editores, 1° ed. Revisada, Santa Fé, 2017, p. 15, nota 5

En esta extinción de los títulos anteriores podría verse que no es admisible hablar de convalidación del derecho real por parecer contradictorio al declarar su extinción, sin embargo su efecto es la extinción de los título que se contradigan con el derecho cuya adquisición se declara. Cuando el art. 1885 CCyC prevé la convalidación del derecho real constituido o transmitido por quien no tenía el derecho real, y lo adquiere posteriormente, la primera queda convalidada, sin indicar la naturaleza del nuevo título por sea sucesión singular o universal⁵, entre vivos o mortis causa. Toda nueva causa de adquisición es suficiente y no hay razón para hacer una distinción que no contiene el texto legal para excluir a la adquisición por prescripción adquisitiva.

Aquí está el aspecto subsanatorio del transcurso del plazo de usucapión. Para la constitución del título de prescripción adquisición se requiere la sentencia en juicio contencioso que así lo declare como título formal. y además que ordene la extinción o cancelación del dominio causal del titular que ha perdido el dominio ante el poseedor. En el aspecto pasivo el titular formal ha abdicado su dominio dejando la posibilidad de adquirir al que ejerce la posesión con ánimo de dueño: la sentencia tanto declara al adquirente como el abandono de dominio del que lo pierde. El abandono de dominio de inmuebles es un acto formal que requiere escritura pública, pero en este caso es el juez quien declara su extinción.

En cambio, en los casos en que el poseedor tiene un título aparente pero insuficiente –pero que creyeron las partes que era suficiente- no pretende negarlo ni menos su declaración de su nulidad, del mismo modo que el transmitente que concurrió abdicó de todo ejercicio del derecho que pretendió transmitir. Explicaba LAFAILLE: “Por otro parte quien transfirió o constituyó el gravamen con tales deficiencias, no podrá ser oído, dentro del sistema de nuestra ley, cuando pretendiera obtener la revocación el acto o la nulidad del mismo”⁶. Es por ello que el adquirente aparente no acciona por usucapión y solo se defendería y acreditaría su derecho real por vía de excepción. No puede decirse que desconozca su derecho aparente, sino que su pretensión es la convalidación de éste.

La convalidación del derecho real del art. 1885 CCyC opera sin más, acreditado tal extremo (situación jurídica de nueva adquisición suficiente), y la constitución o transmisión de derechos reales por el titular aparente (con título insuficiente y aún de mala fe) queda convalidada cuando el actual continuador de la posesión adquiera por esta causa. Así por ejemplo, si el titular aparente constituyó hipoteca a favor de un banco a los 16 años de su título, la adquisición por prescripción por vía de excepción que el primero obtenga a los 20

⁵ Conf. ALTERNI, Jorge H. en LAFAILLE, Héctor actualizado por ALTERINI, Jorge H - DEERECHO TRATADO DE DERECHOS REALES, La Ley, Bs.As., 2010, 2ºed actualizada y ampliada, T. I, p. 74

⁶ LAFAILLE, Héctor actualizado por ALTERINI, Jorge H - DEERECHO TRATADO DE DERECHOS REALES, La Ley, Bs.As., 2010, 2ºed actualizada y ampliada, T. I, p. 73

años, convalidará el derecho real del acreedor hipotecario sin ningún trámite con respecto él⁷. Del mismo modo cuando se haga una transmisión de dominio posterior al plazo de prescripción adquisitiva, el derecho quedará consolidado mediante la defensa de usucapión sin otro trámite para la convalidación del derecho real.

La subsistencia de la posesión sobre un inmueble fundada en título suficiente (p.ej. donación con la existencia de presuntos herederos legitimarios), insuficiente, justo título, o aparente del dominio, no controvertido durante el plazo de prescripción adquisitiva, ante la falta de acción con efectos reipersecutorios, provoca la subsanación del derecho real objeto del título una vez transcurrido este plazo.

Se trata de un caso de subsanación de derecho real, y no estrictamente de convalidación de su título para lo que se necesitaría la respectiva sentencia en juicio de usucapión, dado que los hechos consolidados, no habiendo causa de interrupción o suspensión del plazo de prescripción, llevan al inevitable establecimiento del derecho real del titular aparente. No puede suceder lo mismo en los casos de falta absoluta de título donde el único existente es la declaración por el juez de la prescripción adquisitiva, y solo se adquiere al momento de cumplirse el transcurso del plazo de prescripción.

Si bien el efecto típico de la prescripción adquisitiva es la adquisición del derecho real principal una vez transcurrido el plazo y declarado por el juez, también es eficaz para la subsanación del título insuficiente o convalidación del justo título. KIPER y OTERO explican entre razones que justifican su admisión legal que “Además de lo expuesto, la prescripción adquisitiva tiene su fundamento en la necesidad de sanear las irregularidades que presentan ciertos títulos constitutivos o no, de derechos reales. En este sentido, puede intentarse la transmisión de un derecho real sobre una cosa mediante un título que no sea hábil a tal fin, o que, siendo hábil, la transmisión la efectúa quien carece de capacidad o de legitimación para ello.”⁸.

Este efecto es el fundamento del art. 1050 CCyC que expresamente establece: “Cuando el derecho se sana por el transcurso del plazo de la prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción”⁹. La norma guarda absoluta razonabilidad al extinguir la

⁷ Conf. COSSARI, Nelson (dir) en ALTERINI, Jorge H. (dir gral.) CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO – TRATADO EXEGETICO, La Ley, Bs.As., 2° ed. Actualizada y aumentada, comentario art. 1885. “Por su parte Jorge H. Alterini sostiene que si bien cabe inferir que al convalidación es retroactiva al momento del acto y nada se dice respecto a los derechos de los terceros, los derechos de los mismos quedarían a salvo por el efecto relativo de los contratos, efecto hoy previsto en el art. 1021 del Código Civil y Comercial:!

⁸ KIPER, Claudio – OTERO, Mariano C. – op. cit., p.16

⁹ Conf. VITOLO, Daniel Roque (Dir) CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO Y CONCORDADO. Ed Erreuis, T. II, P. 1042: “El paso del tiempo puede sanear un derecho defectuoso y por

garantía de evicción frente a la situación jurídica del actual titular (aún aparente) que siempre sustentará su derecho por la defensa de la usucapión por vía de excepción. En consecuencia, se torna abstracto reclamar la garantía de saneamiento porque el adquirente vencerá todo reclamo o acción contra su derecho, y sostener su derecho por este otro instituto, tendrá la extensión y plena disposición sin generar el supuesto propio de esta garantía. Aún cuando exista un título insuficiente, el transcurso del plazo de prescripción sana el mismo, más allá del efecto propio de la prescripción adquisitiva de constituir un nuevo título en si misma¹⁰.

Al tener el usucapiente ya un título del derecho real inmobiliario, incluso inscripto, no puede verse obligado a tener que prescribir contra sí mismo. Ello llevaría a la práctica de obtener una sentencia de nulidad del acto por él celebrado para luego impedir la restitución de la cosa por la acción de usucapión, demostrando una irrazonable petición de justicia para llegar al mismo lugar de salida. De allí el acierto de la norma del art. 1050 CCyC al regular el efecto subsanatorio de la prescripción adquisitiva de los derechos reales¹¹.

Este concepto si bien lo encontrábamos en la nota de Vélez Sársfield al art. 3999 de C.Civil derogado al tratar el efecto convalidatorio de la prescripción breve¹², el actual ordenamiento Civil y Comercial lo reafirma también en la télesis y literalidad de su art. 2119 en materia de derecho real superficie, en que a reglón seguido excluye la posibilidad de adquirirlo por usucapión, expresamente admite la prescripción breve para el “saneamiento del justo título”. En el derecho de superficie la posesión no permite por si

ende impedir la turbación del derecho del adquirente. La prescripción adquisitiva –art. 1897- tanto la breve –art. 1898- como la larga –art. 1899- extingue la responsabilidad por evicción.”

¹⁰ Conf. CERAVALLO, Angel Francisco – LA PRESCRIPCION COMO FIGURA JURIDICA CON EFECTOS SUBSANANTORIOS DE INEFICACIAS ESCRITURARIAS – LA LEY, T, 2008-A p. 705: “La prescripción extraordinaria o larga: Importa una nueva fuente de adquisición; Superadora de todo tipo de ineficacia que involucre negocios que tuvieron por fin transmitir derechos reales”

¹¹ Conf. HIGHTON, Elena I – DOMINIO Y POSESION 2º parte, p. 138 comentado el sistema anterior señalaba que “de no existir la prescripción el dueño deberá producir su título, el de su antecesor, el del antecesor de su antecesor, y así sucesivamente hasta llegar a la primera enajenación a fin de demostrar su derecho; en razón de la usucapión le será suficiente producir los títulos por el tiempo necesario para adquirir la propiedad por este modo, pues toda deficiencia o falta de dominio anterior queda saneada y no puede aparecer una reclamación más antigua”

¹² “La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir, la cosa ya está adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que consolidar la adquisición ya hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda reivindicación”

sola adquirir el derecho real, pero si existe justo título sumado al transcurso del tiempo le dará plenos efectos¹³.

Este efecto subsanatorio de la prescripción adquisitiva con relación a un bien singular se diferencia netamente de la prescripción de las acciones. Si bien el transcurso de la prescripción de la acción para declarar la invalidez o ineficacia del título conlleva a la subsanación del mismo por ya no quedar sujeto a acción real que prive al titular del su derecho y deber de restituir la cosa, en la prescripción adquisitiva la nueva adquisición hace perder la incidencia que la acción ineficaz, haya prescripto o sea imprescriptibles -a instancia de parte o de oficio- porque importa una nueva adquisición.

La limitación a las acciones imprescriptibles ante la convalidación por la prescripción adquisitiva lo encontramos en el art. 2311 CCyC que luego de establecer la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, lo hace “sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a las cosas singulares”. Es decir, que aún cuando el adquirente del heredero aparente sea de mala fe, podrá oponer al preterido la prescripción adquisitiva larga, y en consecuencia se tendrá por subsanado su título al haber transcurrido el plazo de posesión de 20 años por unión ambas posesiones sucesivas: la del heredero aparente y su adquirente o subadquirente aún a título gratuito.

La eficacia subsanatoria de la prescripción larga la explicaba CERAVOLO en el sistema del código anterior con respecto a las donaciones inoficiosas que no son observables transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva¹⁴, lo cual es de toda lógica en tanto no importa la causa o modo por la que se ejerce la posesión, dado que en el subsistema de los derechos reales, el heredero legitimario de quien abandona su dominio a prescribir por otro, no puede pretender que el plazo del cómputo de la prescripción adquisitiva comience con el fallecimiento del titular que no ejerció su dominio (abdicante) sea que haya otorgado una donación, un título insuficiente o acto traslativo alguno entrando el prescribiente con o sin permiso del propietario. De allí la conclusión de la eficacia subsanatoria por transcurso del plazo de prescripción larga frente a los casos en que la ley le confiere efecto reipersecutorio a la acción de reducción.

¹³ Conf LORENZETTI, Ricardo L (Dir) – CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO – Ed. Rubinzal Culzoni, santa Fé . T. IX pag. 722: “Vigente la ley 25.509, en doctrina se ha sostenido la posibilidad de adquirirlo tanto por prescripción breve – en tanto tiende a perfeccionar títulos con defectos de titularidad o capacidad del transmitente-... La posibilidad de adquirir este derecho por usucapión breve, nada descartable, ha sido recogida por el Código... Si el adquirente es de buena fe y ejerce la posesión, si bien está expuesto a la acción reivindicatoria del verdadero dueño, podrá consolidar su situación al cabo de 10 años.”

¹⁴ CERAVOLO, Angel Francisco – op. cit. – LA LEY, T, 2008-A p. 707 “... transcurrido el plazo de prescripción veinteañal desde la fecha de formalización de a donación, podría oponerse la usucapión como excepción al progreso de la acción reivindicatoria, tornando el título inobservable luego de dicho lapso”

En el mismo sentido explica KIPER en la interpretación del actual art. 2459 CCyC, en que ante un título suficiente de donación, el donatario o sus subadquirentes pueden oponer la prescripción adquisitiva especial de 10 años a los herederos legitimarios desde la posesión, provocando la convalidación del derecho y subsanación del título de donación transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva breve aun cuando se trate de un derecho condicional¹⁵, y en consecuencia extinguiendo toda garantía de evicción aún en caso de transmisión onerosa del donatario de conformidad al citado art. 1050 CCyC.

A los efectos de este análisis es relevante la distinción hecha por el citado autor al considerarlo un caso especial de prescripción adquisitiva breve previsto por la ley, donde siendo la donación un contrato válido y tener esta especial consecuencia subsanatoria, el estudio de títulos que la revele no importa que el adquirente sea de mala fe, porque está dentro de las reglas generales del caso excepcional legislado. Diferencia el supuesto legal previsto de aquellos en que “si hubiera algún vicio o irregularidad en la cadena de determinaciones, Si ella pudo ser advertida, habrá mala fe y...no sería suficiente el plazo de 10 años”¹⁶. Habiendo mala fe del poseedor o adquirente, se estará a la prescripción larga, y el título suficiente desde el que transcurra el plazo de 20 años provocara el saneamiento de todos sus antecedentes aún irregulares o con vicios ostensibles, lo cual ha dado el límite temporal para la consideración de los estudios de títulos y antecedentes en los dictámenes notariales.

Doctrinarios del subsistema del derecho sucesorio ven la solución del prescripción breve del 2459 como injusta y critican que el heredero forzoso vea limitado su alcance a reclamar el excepcional efecto reipersecutorio. Pese a lo cual interpreta MAZINGHI que tendrán acción para reclamar el valor del crédito por la diferencia de la porción legítima afectada¹⁷.

¹⁵ KIPER, Claudio - NATURALEZA DEL PLAZO PARA SANEAR LA DONACION – www.revista-notariado.org.ar/2017/09/naturaleza-del-plazo-para-sanera-la-donacion, punto 3.2: “Se trata de un supuesto especial de prescripción de diez años...el mismo artículo 1899 establece un caso especial donde basta 10 años. No es el único caso...esto es cuando se ha poseído una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida pero no se hizo la inscripción (requisito para que haya buena fe) y se recibió la cosa del titular registral o de su cesionario.- Esto significa que el legislador, si así lo pretende, puede fijar reglas generales para la prescripción largo o corta, y luego fijar excepciones a dichos principios). Esto es lo que sucede con la acción de reducción, y pues la posesión de 10 años la detiene sin necesidad de justo título. En verdad, aquí hay un título suficiente, que genera un derecho revocable, imperfecto. Esto a su vez armoniza con otra regla general del Código, que establece que el dominio revocable se consolida si transcurren 10 años sin haberse cumplido la condición resolutoria (ver art. 1965). También el art. 1972 limita las cláusulas de inalienabilidad al término de 10 años.”

¹⁶ KIPER, Claudio, op.cit., punto 3.2

¹⁷ MAZINGHI, Jorge A .M- PORCION LEGITIMA. ACCIONES DE ENTREGA O COMPLEMENTO Y SITUACION DE LOS QUE HAN POSEIDO LA COSA DURANTE DIEZ AÑOS- LA LEY 26/03/2018,AR/DOC/526/2018, punto IV.

Desde la óptica del derecho del subsistema del derecho inmobiliario o derechos reales, como señalamos, el adquirente por posesión siempre adquiere desde su comienzo, sin ser un supuesto de suspensión del plazo que el titular de dominio tenga o no herederos legitimarios, y es una solución coherente con el límite de 10 años a todo dominio revocable¹⁸.

Pero no es la intención de este trabajo ahondar en este debate, sino el tener en cuenta que el legislador tuvo en mira al redactar el texto del art. 2459 CCyC este efecto de la prescripción adquisitiva que subsana el título de dominio del actual propietario, en la búsqueda de convalidar o sanear los títulos de inmuebles y bienes registrables transcurridos 10 años, y limitando esta nueva adquisición el plazo de prescripción o caducidad toda otra acción real. En este sentido expresaron los autores del texto legal en la elevación del Anteproyecto del actual Código al P.E.N.: “Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve”.

En la lectura integrada de los arts. 1050, 1885, 2119, 2311 y 2459 del CCyC encontramos que el cuerpo legal reconoce que la prescripción adquisitiva opera subsanando los defectos de la adquisición o constitución del título del derecho real preexistente, aún en casos de no ser suficiente, y donde este efecto se produce por el transcurso del plazo de ejercicio de la posesión como propietario, aún con independencia del dictado de la sentencia de usucapión que es necesario para la relación en que el poseedor carezca de todo título, justo o aparente.- La prescripción adquisitiva es también una herramienta para sostener la libre circulación de los bienes y tráfico jurídico, y se lo prevé por vía de excepción; sin obligar a un procedimiento judicial de usucapión o administrativo como es el de la ley 24.347 de regularización dominial.

4.- DIFERENCIA DE LA SUBSANACION DEL TITULO POR PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y ADQUISICION LEGAL DEL DERECHO REAL

El efecto subsanatorio por prescripción adquisitiva de derechos reales supone actos jurídicos que adolecen de vicios de nulidad sin que haya sido sustanciada y declarada en instancia judicial, y será impedimento de los efectos de reclamar la restitución bienes en los términos del art. 392 CCyC con posteridad al cumplimiento del plazo legal, mediante la defensa de usucapión por vía excepción del poseedor por el título viciado -o sus sucesivos

¹⁸ Si el dominio donado es revocable por la cláusula legal del art. 2454 y 2458 y concs. CCyC para el caso que la porción legítima afectada sea mayor a la mitad del valor de lo donado, pero que no tendrá tal efecto si es menor dado que se resuelve por un crédito a favor de los legitimario, o si el donatario o sus subadquirentes satisfacen tal valor; siempre con el límite del art. 1963 CCyC del término máximo de 10 años, se cumpla o no el hecho de la condición, en que queda el dominio definitivamente consolidado.

adquirentes-, sin importar que sea a gratuito u oneroso, y la buena o mala fe en la posesión solo será relevante en caso de justo título.

Se diferencia el supuesto en análisis de la excepción de la parte final del art. 392 citado, caso en que al tercer subadquirente de derechos reales inmobiliarios a título oneroso y de buena fe (del acto jurídico causal en si y no meramente de la posesión), la declaración de nulidad del acto antecedente no le es oponible porque para él su título se funda en la adquisición legal del art. 1894 in fine CCyC. En cambio en el aquí en análisis no hay adquisición legal de pleno derecho, sino el reconocimiento de la situación de hecho de abandono del titular y ejercicio de la posesión por otro como si tuviese un título hábil para que la fundarla.

En las transmisiones denominadas a “non domino”, la falta de intervención del titular del derecho inhibe la buena fe del subaquirente para producir el efecto de adquisición legal; pero ello no impide la subsanación por la posesión adquisitiva en donde la falta de intervención no surge del estudio de antecedentes -se presume la buena fe en el acto jurídico causal del justo título-. El art. 1902 CCyC requiere la buena fe en la posesión pero no surge de este estudio. Será de buena fe cuando crea poseer en base a ese título y desconozca o no pueda conocer su carencia de derecho a la relación de poder, o esté convencido de su legitimidad por un error de hecho esencial y excusable (art. 1918 CCyC), y su mala fe solo se presumirá cuando el título es de nulidad manifiesta, (art. 1919 inc. a) CCyC), es decir, adolezca de un vicio ostensible.

La buena fe en la adquisición legal se refiere al título en su mismo, al derecho de su transmitente; en cambio, en la prescripción adquisitiva, a la creencia de la legitimidad a la relación de poder. Quien ha recibido por un título constituido por una escritura pública o un documento judicial, como los testimonios de una subasta pública o hijuela de una partición hereditaria o de la indivisión hereditaria, cree en base a títulos, instrumentos públicos, que se le han entregado expedidos por las personas a las que el Estado ha dado competencia y asignado responsabilidad a tal fin, y en consecuencia, es un error excusable con respecto a su creencia en la legitimidad de la relación de poder que ejerce sobre la cosas. Los errores u omisiones en el proceso notarial o judicial que no surjan de modo ostensible de los documentos (títulos) recibidos y en base a los cuales ejercita sus respectivos derechos, no puede concluir en su mala fe sin desconocer la eficacia legal de los instrumentos públicos (art. 296 CCyC), sino a la inversa crean la convicción del justiciable de tener un derecho legítimo.

Pero aún siendo de mala fe, o si el vicio sea ostensible, también quedará subsanado el título insuficiente, y válidamente adquirido el derecho transcurrido el plazo de prescripción larga.

5.- DIFERENCIA CON LA EFICACIA SUBSANATORIA DEL TITULO INMOBILIARIO POR PRESCRIPCION LIBERATORIA

La prescripción liberatoria importa la convalidación del acto jurídico causal y por reflejo del derecho real, en cambio la prescripción adquisitiva permite la convalidación del derecho real en sí mismo por el nuevo título, con independencia del primer acto jurídico causal.

El art. 387 CCyC prevé que la nulidad absoluta puede declararse a instancia de parte, o de oficio por el juez si es el vicio es ostensible hasta el momento de dictar sentencia, con la consecuencia lógica en su última parte, que esta categoría de nulidad no se sana ni por confirmación ni por la prescripción. En tanto que el art. 388 CCyC establece que la nulidad relativa solo puede declararse a instancia de parte en beneficio de quien se establece, y se sana por la confirmación y la prescripción de la acción.

La lectura integral de estos dos artículos nos demuestra que se refieren a la prescripción de la acción, de carácter liberatorio, y no a la adquisitiva. En la primera solo se inhibe la posibilidad de ejercer el derecho por el acreedor o titular¹⁹, en la segunda se trata de un instituto por el que se adquiere un derecho el derecho real nuevo, con carácter originario, y la consecuente legitimación para accionar con esta pretensión.

La prescripción liberatoria tiene como consecuencia que su inacción importa la confirmación tácita del acto viciado e impide su declaración de invalidez, del mismo modo que el art. 397 CCyC impide alegar la inoponibilidad del acto si la otra parte opone la prescripción o caducidad del derecho en sí mismo. La prescripción liberatoria no importa la renuncia o abdicación del derecho, a punto tal que su invocación puede ser renunciada por el beneficiario (art. 2535 CCyC). Desde la óptica del estudio de título de inmuebles, la consecuencia de no haber ejercido la acción al momento de disposición del derecho, sin haber renunciado a la prescripción “ganada” por el titular del dominio cuyo título adolece de un vicio causal de nulidad relativa o inoponibilidad, importa su saneamiento, y así considerarlos al calificar la observabilidad o no del título al momento de su transmisión o constitución de derecho real desmembrado o de garantía.

En cambio el saneamiento del título prescripción adquisitiva ocurre por la nueva causa adquisición, que aun originaria, importa la convalidación del derecho real. En consecuencia si no ha sustanciado y declarado la nulidad previo a la conclusión del plazo de adquisición por usucapión, no será vencido por acción real, y no debería ser observable en su contenido dado que toda acción que pretenda la ineficacia del título insuficiente será repelida por la excepción de prescripción adquisitiva aprovechando el actual titular aparente la continuidad de la posesión de sus antecesores. La negación de la disponibilidad de derecho real en estas circunstancias importa un innecesario dispendio de justicia y economía procesal, donde se

¹⁹ Indirectamente el posible demandado “adquiere” el derecho a no ser turbado, limitado o cuestionado su derecho

debe esperar que se promoviera la nulidad para oponer la excepción. Deviene en una situación de excesiva rigurosidad por lo cual debe considerarse saneado por esta causa.

La subsanación consecuente de la prescripción adquisitiva, se funda en la nueva causa de adquisición, la irrazonabilidad de accionar contra sí mismo o la consecuente espera para plantear la excepción, y la doctrina del exceso de rigor formal, diferenciándose netamente de la confirmación expresa o tácita del acto que adolece de vicio de nulidad relativa o inoponibilidad por la prescripción de la acción en plazo de 5 años o los términos especiales de los art. 456, 522, 2562 o 2563 CCyC.

6.- EL TITULO FORMAL Y EL ACTO JURIDICO CAUSAL DEL DERECHO REAL

Hemos analizado el título como el documento que contiene el acto formal causal del derecho real que tiene por fin inmediato acreditar y permitir el ejercicio legítimo del derecho a la cosa, y lo hemos distinguido del acto jurídico causal del derecho real u otros derechos que son el contenido sustancial o material del documento. En todos los casos la prescripción adquisitiva permita le subsanación del derecho real (objeto de prestación característica), pero en los solemnes relativos el título adquiere mayor trascendencia en el aspecto analizado. Por los arts. 294 y 1018 CCyC, la omisión de la forma no priva al acto jurídico de todos sus efectos, sino que el acto subsiste como instrumento privado con la acción de requerir al Juez la respectiva escrituración. El acto jurídico constituye la causa de la transmisión o constitución del derecho real, pero en éstos el derecho reconoce que aún sin la forma impuesta, se convierte su prestación característica en otra: la de otorgar la pendiente forma.

La ley 24.374 en aras al interés social de la vivienda, ha conferido un proceso administrativo-notarial especial para constituir o crear un título formal del derecho de dominio o condominio de persona que acredita en esa instancia el acto jurídico causal de derecho real, pese a no haber otorgado el acto formal y documento continente para ello. Su derecho no podrá ser controvertido ante el ejercicio sin turbación de la posesión desde su inicio y por 10 años desde su anoticiamiento a terceros por su toma de razón en el Registro Inmobiliario con relación al inmueble. En este caso, ni siquiera existe un título formal con defecto de forma o aparente, falta absolutamente y solo existe el acto causal por lo que la ley prevé el proceso para construir un título formal que lo contenga mediante le acta notarial de posesión y escritura de consolidación de dominio.

CALEGARI DE GROSSO al tratar la buena fe en la prescripción breve explica que el vicio de forma en el título de adquisición hace suponer la mala fe del poseedor, e improcedencia de la prescripción breve porque “aquí-dice Lafaille-, se da por existente la mala fe, por tratarse de un defecto manifiesto, que no ha podido pasar inadvertido, no caer dentro del error excusable” y refiriendo a la opinión de Segovia “faltaría uno de los elementos del justo título”; asimismo refiere a la nota Salvat y Argañarás en la que citan el fallo del

Cámara en la Civil de la Capital Federal del 4-8-24²⁰ que resolvió que la presunción del anterior art. 4009 solo debe aplicarse a lo que constituye propiamente el vicio de forma, pero no debe ser extendida a los defectos intrínsecos del título, como ocurrió en el caso de enajenaciones derivadas de un título informativo de posesión.²¹

Nos pone ante los títulos aparentes y con vicios formales pero que contienen un acto jurídico causal y la trascendencia de los mismos en la convalidación del derecho real sobre el objeto del acto. KIPER y OTERO, al reseñar el debate sobre si la prescripción adquisitiva es un modo originario o derivado, explican que debe analizarse “siempre teniendo como pauta que el derecho del prescribiente dependa o no de su antecesor... En la prescripción larga (vicinal o extraordinaria) habrá que analizar si existe título, y de ser así sus caracteres. Es claramente originario cuando mediare desapoderamiento, ya que en estos casos no solo no existe título sino la intención del propietario no es transmitir su derecho, pues quien persigue la prescripción es un contradictor, pretendiendo que su posesión triunfe sobre la de aquel (conforme lo dispuesto por el art. 1913, Cód. Civ. y Com, no pueden concurrir sobre la misma cosa, dos posesiones iguales y de la misma naturaleza). La solución se complica en el supuesto en se haya firmado un boleto de compraventa. Si bien en principio, la intención es transmitir la cosa –y generalmente se transmite la posesión por ese medio-, dicho instrumento no es título suficiente, ni siquiera que pueda considerársele justo título para transmitir, motivo por el cual solo podrá adquirirse la cosa por usucapión larga; por ende, al no transmitirse el dominio no puede hablarse de modo derivado de adquisición, aunque es dable aclarar que el paso del tiempo fijado para la usucapión larga servirá para consolidar la transmisión”²².

Aún más se complica la situación en el caso de falta de autorización por el notario de una escritura hace más de 20 años, y cuyo testimonio fue suscripto por el notario que omitió su autorización en la matriz, pero que sí firmó este instrumento público de traslado que se inscribió en el registro inmobiliario, y el adquirente ha demostrado, ejercido y opuesto su derecho real a terceros sin cuestionamiento. El art. 309 CCyC determina la nulidad de la escritura, pero el acto jurídico contenido fue suscripto por los otorgantes y han cumplido conductas posteriores consecuentes con ello. Cabe preguntarse si en estas circunstancias de una omisión involuntaria el juez debe declarar la nulidad o debe integrar con los demás instrumentos públicos y conductas de las parte la convalidación del acto formal. Pero aún declarada la nulidad de la escritura pública, las partes por los indicados arts. 294 in fine y 1018 CCyC podría solicitar su escrituración ante el órgano judicial –con el inútil dispendio

²⁰ Gaceta del Foro 52-8 y Jurisprudencia Argentina 13.750

²¹ CALEGARI DE GROSSO, Lydia E – USUCAPION – Código Civil y Comercial – Rubinzal- Culzoni editores , 3° ed. Ampliada y actualizada, pags. 270/1

²² KIPER, Claudio - OTERO, Mariano C. - op. cit. p. 12 y13

de justicia que venimos analizado-; por lo cual ante el transcurso del tiempo sin haber sido cuestionado el derecho, tiene alcance subsanatorio indirecto antes señalado.

Se presentan también situaciones dentro de las estrictas la nulidad del art. 309 CCyC por falta de firma de uno de los intervinientes en el acto, donde el notario ha enunciado que estaban todos presentes, e incluso a veces, p.ej. no suscribe la primera escritura de reglamento de propiedad horizontal pero suscribe la escritura simultánea de venta o adjudicación de una de las unidades resultantes. La labor del juez en la integración del acto deviene esencial en estos actos para no declarar la nulidad por si misma como ha hecho la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, al resolver que si el notario aseveró que las partes estaban presentes y más adelante en el tiempo otorgaron otros actos notariales consecuentes de esa primer escritura, la misma se tiene por válida²³.

De ahí que en las situaciones en análisis el propietario con título aparente, aunque insuficiente o ineficaz que también ha adquirido por prescripción adquisitiva, aun cuando falta la sentencia de usucapión que así lo declare, debe privar el principio de la apariencia donde se tuvo por válido del derecho de los adquirentes y el indicado efecto subsanatorio.²⁴

²³ CNac. Civ. Sala B, 19/11/2014, in re “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/sucesión ab intestato y otros s/prescripción adquisitiva” en Revista del Notarial N° 918

²⁴ CABULI, Ezequiel – LA EVOLUCION DEL ESTUDIO DE ANTECEDENTES Y EL REQUISITO DE BUENA FE DEL ARTICULO 392 DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL – REVISTA DEL NOTARIADO N° 924, www.revista-notariado.org.ar/ 2016, punto 2, quien denota la distinción entre el derecho real subsanado y el estudio de títulos cartulares cuando sostiene que requiere una solución justa: “En estos casos, se justifica la observación por no existir escritura, conforme una interpretación literal de la nulidad formal refleja destruye el acto. Pero existen elementos que debemos considerar si el acto fue otorgado ante un escribano, quien aseveró que las partes estaban presentes y manifestaron su voluntad de otorgar las prestaciones. Algún efecto jurídico debemos rescatar de dicho acto, aunque más no sea la prueba de existencia, consolidada por el paso del tiempo.”