

LOS TITULOS NOTARIALES Y LA POSESIÓN

Por Gabriel B. Ventura*

Anuario de Derecho Civil, Univ. Católica de Córdoba, T. VIII (año Académico 2003), p.27.

I- INTRODUCCIÓN

Un importantísimo papel es el que desempeña el notario en el tráfico jurídico de los derechos reales. Sobre todo en relación a los bienes inmuebles. Recordemos que Vélez Sarsfield, en el artículo 1184 inc. 1º del Código Civil, expresamente impone la forma "escritura pública" para todos aquellos contratos que transmitan o constituyan derechos reales sobre bienes inmuebles. Es así como el notario pasa a ser un protagonista fundamental un "partícipe necesario" en todo lo relativo al tráfico inmobiliario; ello a tal punto que podemos afirmar que, al menos en Córdoba, el quehacer fundamental de este funcionario notarial corresponde aproximadamente en un setenta por ciento, a la instrumentación de adquisiciones, cancelaciones, modificaciones, etc. de derechos reales sobre inmuebles.

Por ello la disciplina Derecho Notarial y Práctica Notarial se relacionan íntimamente con las normas civiles que regulan todo lo atinente a la constitución de los derechos reales; concretamente, a todo lo relativo a la teoría del título y el modo. Tanto la correcta instrumentación de ese título a que alude la teoría, para lograr el título suficiente a que hace mención el art. 2602 del Código Civil, como la relación de la actividad notarial con el cumplimiento correcto del modo, serán objeto de análisis en este breve estudio.

* Profesor Titular de Derecho Notarial y Práctica Notarial.

II- TÍTULO Y MODO

Vélez Sársfield, en el momento de regular la constitución de los derechos reales adopta una posición especial, apartándose del modelo francés en que el sólo consenso, en todos los contratos traslativos, entre transmitente y adquirente operaba ya la transmisión del derecho real¹.

En realidad el sistema de la tradición como elemento constitutivo del derecho real es parte de la “sabiduría romana” en las expresiones de Freitas, citadas por Vélez en la nota al art. 577 del Código Civil, pues *“Las cosas que se conviene en transmitir es posible que no sean transmitidas, (sic) y la misma cosa puede ser vendida a dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independiente de cualquier manifestación exterior de la transferencia del dominio, el segundo comprador podría de buena fe transmitir también la cosa, que así irá sucesivamente pasando a otros. Tenemos entonces un choque de derechos, una colisión donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente a la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? [...]”*

En atención a esos fundamentos el art. 577 del Código Civil establece que antes de la tradición de la cosa no se adquiere sobre ella ningún derecho real. Quedará entonces al adquirente alguna acción por cumplimiento de contrato que ya veremos para los supuestos notariales concretos, pero no emanada de un derecho real que, a consecuencia de la falta de tradición, no pudo nacer en cabeza del adquirente.

Es esta una de las diferencias sustanciales que suelen citarse entre los derechos reales y los personales; mientras los últimos quedan constituidos sólo con el título, los

¹ El *Art. 1038 del C.C. Francés dice*: “La obligación de entregar la cosa queda perfeccionada por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella transforma al acreedor en propietario y coloca la cosa a su riesgo, aunque todavía la tradición no haya podido ser hecha...”. Correlativamente leemos en la norma referente al contrato de compra-venta: *Art. 1583*: “La venta queda perfeccionada entre las partes y la propiedad adquirida, por derecho, para el comprador y perdida para el vendedor desde que se ha convenido la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado”. En la permuta *Art. 1703*: “La permuta opera por el solo consentimiento de la misma manera que la venta”. En la donación, *Art. 938*: “La donación debidamente aceptada quedará perfeccionada por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados queda transferida sin necesidad de tradición”.

primeros exigen también una exteriorización, en definitiva una publicidad que determina la constitución concreta del derecho que se pretende².

Podemos decir, entonces, que TÍTULO es la causa eficiente o generadora del derecho real; mientras que MODO es un acto exteriorizante que materializa o efectiviza lo dispuesto o resuelto en el título o causa³.

III- EL TÍTULO NOTARIAL COMO CAUSA Y SU RELACIÓN CON LA POSESIÓN

Es de destacar que el título, como causa generadora de los derechos reales, casi siempre proviene de sede notarial, a tal punto que los legos suelen referir a sus títulos designándolos como "la escritura", aún cuando hagan mención por ejemplo a hijuelas en un juicio sucesorio. De ello se deriva que la teoría del "título y modo", al menos en el iter genético, pareciera más atinente a los notarios que a los abogados.

Es el notario pues quien realiza, en la gran mayoría de los casos, la praxis de esa teoría confeccionando los títulos como causa generadora de los derechos reales.

Sin embargo, en la práctica son pocas las veces en que se toma conciencia cabal de lo que venimos exponiendo. ¿Cuántas veces se dice que al elaborar un título se está transfiriendo un derecho de dominio o constituyendo un usufructo, o el derecho real de que se trate?. Ello no es así, en la generalidad de los casos, el notario se relaciona sólo

² En rigor de verdad, en los derechos personales cierta doctrina expresa que también puede advertirse el modo cuando el derecho personal se transmite ya constituido, por medio de una cesión de derechos. Así explicaba Emilio DÍAZ REYNA en sus clases. También LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; "Teoría de los Contratos – Parte Especial", Ed. Zavallía, Bs.As. 1976, pág. 557 y 558, citando a Pothier expresa: "Pothier es fiel a la teoría del título y modo. Por eso puede establecer esta comparación entre la compraventa y la cesión: así como la compraventa no transmite la propiedad de la cosa, sino que obliga a transmitirla (la compraventa es título), operándose la transmisión recién con la tradición de la cosa (la tradición es modo), así también acontece con la cesión, que no transmite la titularidad del crédito, sino que obliga a transmitirla, produciéndose el traspaso recién con la notificación. He ahí en Pothier una interesante construcción del contrato de cesión y de sus efectos: el contrato de cesión sólo obliga a transmitir, es título; la notificación traspasa, es modo".

³ Ver sobre el punto nuestro "Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral", en Anuario de Derecho Civil (UCC), Ed. Alveroni, 1994, Tomo I, pág. 187.

con una de las partes de la teoría del título y modo: confecciona sólo el título, como causa eficiente o generadora del derecho; pero para nada participa y por ende no garantiza que se haya operado la verdadera transmisión, o constitución que el instrumento de su fracción pregona. Este documento sólo dio forma al contrato haciendo nacer derechos personales: obligación de pagar el precio, para el comprador y obligación de entregar la cosa vendida para el vendedor⁴.

Para determinar con precisión si efectivamente se ha constituido o transmitido el derecho real deberemos recavar en el terreno de los hechos: LA POSESIÓN. Que, como todos sabemos, la doctrina es ya casi unánime en considerarla un hecho y no un derecho⁵. Decimos que debemos atenernos a los hechos porque hasta que no se haya operado la entrega de la cosa (la tradición) no se habrá producido mutación real alguna, según nos lo dice el ya citado art. 577 del Código Civil.

En definitiva, todos estos supuestos que implican una discordancia entre lo que surge de los títulos y lo real, generalmente han sido poco objeto de estudio, tanto por notarios como por juristas en general. Procuraremos aquí sentar algunas premisas y dar, en consecuencia algunas ideas sobre la redacción concreta, dentro del acto notarial, que cada supuesto requiere.

IV- LA TITULARIDAD DEL DERECHO REAL

De lo que venimos exponiendo surge claramente que ni el título o causa ni su registración nos dan una perfecta seguridad de que estemos frente a un propietario. Por ello se hace necesario, antes de entrar concretamente a la temática que nos atañe principalmente, tal como lo hemos hecho ya en otras oportunidades⁶ aclarar que, al hablar

⁴ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, 1983, pág. 352, expresa: “Los registralistas hablan del documento portante de derecho real cuando lo que porta es generalmente una obligación. [...] Nosotros sabemos bien que el derecho real no se transmite ni se constituye por palabras, y hace falta la tradición... Lo de ‘portante’ sólo será cierto en algún caso, como el de constitución de hipoteca...”.

⁵ No quedan casi autores, en la doctrina nacional, que pregonen la posesión como derecho. Sí lo hacen BORDA, Guillermo A. “Derechos Reales”, Ed. Perrot, Bs.As. 1976, pág. 34: “[...] desde luego es un derecho real[...].” y Emilio Díaz Reyna, en sus clases.

⁶ Ver nuestro: “Dinámica de la constitución ...” Ob.Cit. cit. y “La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio”, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Ed. Academia Nac. de Derecho de Córdoba, Córdoba, 2000, Tomo III, pág. 173.

de titularidad de un derecho real, podemos estar haciendo alusión a tres situaciones o podríamos decir tres tipos de "titularidades":

- a) Titularidad CARTULAR: es la que se logra con el instrumento idóneo para producir la adquisición, modificación, etc. de derecho real sobre inmuebles. Así, por ejemplo cuando se instrumenta la venta de A a B, se está haciendo titular CARTULAR a B del inmueble objeto del acto que acabamos de celebrar. O cuando el Juez, luego de efectuadas las operaciones de partición de los bienes hereditarios quedados al fallecimiento de A, aprueba las mismas que adjudican los bienes a B, con el pertinente auto interlocutorio.
- b) Titularidad REGISTRAL: Es la que surge de las constancias registrales. Así diremos que es titular quien figure en la matrícula como sujeto activo del derecho real de que se trate. Generalmente esta titularidad registral surge como consecuencia de una titularidad cartular, puesto que la ley impone como obligatoria, al menos en el derecho argentino, la registración de los derechos en los registros pertinentes⁷. El valor de esta titularidad dependerá del valor que se le adjudique a la registración en cada sistema jurídico: por ejemplo no será lo mismo en el sistema Torrens, que es esencialmente convalidante, que en nuestro sistema donde la inscripción no convalida los vicios de que adoleciera el título según las leyes. (art. 4 ley 17.801).
- c) Titularidad REAL. Esta es, sin dudar, la mas completa e implica tener efectivamente el derecho real que se pretende. Si se ha confeccionado un título idóneo para transferir derechos reales, con todas las formalidades de ley y **ADEMAS SE HA HECHO TRADICION** de la cosa, (cumplimiento del modo) se ha transformado en titular REAL de ese bien al adquirente.

Esta clasificación ayuda a ver con claridad el problema de la posesión y los títulos notariales que hoy analizamos.

⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Publicidad Registral", 2da. Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 90: "[...]toda norma dotada de coactividad es *obligatoria*[...]".

En efecto, vamos a ver que se puede ser titular cartular sin ser titular real, cuando se ha otorgado título y no la posesión. A su vez ese título pudo ingresar válidamente al Registro con lo que obtuvo también, el sujeto adquirente, su titularidad registral. Sin embargo, no es, o al menos no nos consta que sea, titular real. ¿Se hizo efectivamente tradición de la cosa? No lo sabemos. Es más, el notario, no tiene porqué saberlo. Si el requirente lo exige, podría labrarse un acta posesoria a los fines de dejar constancia de la toma de la posesión, según veremos más adelante; pero, por ahora no podemos asegurar que se haya efectivizado la "traditio rei"⁸.

Pero sin lugar a dudas, el supuesto más interesante se ha de plantear en el caso inverso: cuando siendo titular real, no se es titular cartular ni registral. Pero ¿cómo puede darse ese supuesto?. Pues bien, un sujeto posee durante veinte años un inmueble, lapso que, según preceptúan los art. 4015 y 4016 del Código Civil, basta para transformar al poseedor, con las demás condiciones legales exigidas, en propietario de la cosa. Este señor tiene un título real, que puede incluso oponerse a los demás titulares cartulares o registrales que pudieran contradecirlo. Ello será a través de la acción o de la excepción (o mejor dicho defensa) de USUCAPION⁹.

V- LA TRADICION Y SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD NOTARIAL

⁸ En España el sistema es bien diferente puesto que, según preceptúa el art. 1462 del C.C. Español, cuando la causa de adquisición es una venta instrumentada en escritura pública, este instrumento hace las veces de tradición, si no se estipulare lo contrario; razón por la cual podremos considerar que surgen de la escritura el título y el modo en forma conjunta. En nuestro derecho el único supuesto en que el título aporta algo al modo lo vemos en el art. 4003 para la usucapión breve que establece que "Se presume que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario".

⁹ Es importante aclarar aquí que la sentencia de usucapión, que vendría a darle al usucapiente su titularidad cartular, es sólo declarativa y no constitutiva del derecho adquirido. Ver José LEVITÁN, "Prescripción Adquisitiva del dominio", 2da.Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 138. Néstor LAPALMA BOUVIER, "El Proceso de Usucapión", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, pág. 19. Marta N. MARCOLÍN DE ANDORNO, "Prescripción Adquisitiva", 2da. Ed. Zeus, Rosario, 1975, pág. 119 – 121. Beatriz AREÁN de DÍAZ DE VIVAR, "Juicio de Usucapión", Ed. Hammurabi, Bs.As. 1984, pág. 297, 298.

Luego de haber aclarado el mecanismo fáctico de la teoría del título y modo, en la que habíamos adelantado tiene gran incidencia la actividad notarial, analizaremos ahora la relación que puede tener la tradición y la posesión con la actividad del notario.

VI- LA TRADICION DE INMUEBLES

Hemos dicho ya que en la audiencia notarial sólo se tiene certeza, en la generalidad de los casos, de la fracción del título; pero generalmente el modo queda, en cuanto a su concreción, en manos exclusivas de los contratantes. Sin embargo, y tal como ya lo adelantamos, siempre acostumbramos colocar una cláusula que más o menos establece, luego de concretarse la entrega y el recibo del precio, "... en razón de lo cual transfiere al comprador el dominio del bien enajenado y la posesión". Luego el comprador agrega que, amén de aceptar la venta, "... se encuentra en posesión del bien por la tradición verificada con anterioridad a este acto". Evidentemente, aquí se hace alusión al modo del que veníamos hablando. Y este modo, "tradición" habría tenido lugar en sede notarial.

VII- LA TRADICIÓN ESCRITURARIA

Es la "TRADITIO CARTAE" o tradición escrituraria. Vélez pareciera querer quitarle todo valor a este tipo de tradición cuando en el art. 2378 dice: "La tradición se juzgará hecha, cuando se hiciere según alguna de las formas autorizadas por este Código. La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales".

De ello inferimos que para que haya tradición de inmuebles debe hacerse por ACTOS MATERIALES del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por ACTOS MATERIALES del que la recibe, con asentimiento del que la entrega (art. 2379 del C.C.); o bien desistiendo el poseedor de la posesión que tenía y ejerciendo actos posesorios el adquirente, en presencia de transmitente sin oposición de éste (art. 2380 del C.C.).

No dudamos en adjudicar gran coherencia a estos dispositivos, sobre todo si consideramos, con casi todos los autores, que la posesión es un hecho. Si una simple declaración pudiera tener valor de tradición y por ende transferir la posesión haciendo adquirir a su vez el dominio, esa posesión devendría en un derecho que se haría y deshacería con papeles y no en el mundo de los fenómenos¹⁰.

VIII- INTERPRETACION RACIONAL DEL ART. 2378

Sin embargo, hemos sostenido, junto a Moisset de Espanés, en nota a fallo (Toso, Humberto y otro c/ Catini, Julia E. Y Otro - Cámara Cuarta C.C, de Córdoba, del 3 de abril de 1985)¹¹, que si bien es cierto que dicha forma de tradición no concreta la "materialización" que exige Vélez, la misma tiene un valor innegable entre las partes.

En definitiva, el vendedor no podrá negar luego, que hizo entrega de la cosa y por ende que el derecho real quedó constituido para el adquirente. Se aplicaría aquí, la **"teoría de los propios actos"** que pregona el "venire contra factum proprium nulli conceditur" (a nadie le está permitido volver sobre sus propios actos). Si el vendedor ha dicho, en el acto escriturario, que efectivizó la entrega, no se le puede admitir, luego, una afirmación contraria¹². Para más hay que tener en cuenta que dicha manifestación se efectúa en un instrumento público y que ha pasado en presencia del notario (la afirmación por supuesto, no el hecho concreto de la entrega) por lo que se encuentra amparada, en cuanto al hecho de la afirmación, por la fe pública que emana del art. 993 del C.C. y si el vendedor quisiera afirmar que no ha dicho tal cosa se le exigirá redargución de falsedad.

Ahora bien, ¿cómo pudo efectivizarse la tradición aún entre partes si no hubo entrega material?. Consideramos que se habría operado un supuesto de "constituto posesorio". Es decir que, si a pesar de que el vendedor declara que entrega y el comprador

¹⁰ Idéntico fundamento usamos para criticar el Registro de poseedores creado por ley provincial 9100. Ver nuestro "El Saneamiento de Títulos y el Registro de poseedores en Córdoba" en LL. Córdoba, Mayo 2003.

¹¹ Zeus, Rosario, diarios del 11/2/86 al 13/2/86, Tomo 40.

¹² En el Código de Vélez advertimos esta imposibilidad de volver sobre sus dichos en las normas referidas a los testigos en los instrumentos, concretamente en el art. 992 del C.C. cuando establece que "Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá". Denominamos a este efecto legal "principio de incolumidad". Lo tomamos de "incólume" que significa "salud, conservación e integridad de una cosa" y creemos que si aparece respecto de los testigos, con mayor motivo ha de aplicarse entre las partes.

declara que recibe pero en los hechos no ocurre así y el comprador sigue ocupando la cosa, merced a la declaración notarial de la tradición se considerará que el transmitente se ha transformado en simple tenedor a nombre del adquirente. Para ello remitimos al art. 2462 inc. 3ro. que establece que **es tenedor** "el que transmitió la propiedad de la cosa y se constituyó poseedor a nombre del adquirente"... Se trata pues de uno de los supuestos llamados de "tradición abreviada": el *constituto posesorio*¹³.

En la jurisprudencia que hemos citado se resuelve tal como lo hemos explicado; lo que nos permite concluir que, la declaración en la escritura **no tiene valor respecto de terceros**; pero **entre las partes produce pleno efecto** transformando al vendedor, en el supuesto de que no entregue efectivamente la cosa, en **MERO TENEDOR Y REPRESENTANTE DE LA POSESIÓN DEL ADQUIRENTE**, (en los términos del art. 2352 del Código Civil) con lo cual se ha posibilitado la adquisición del derecho real al adquirente que, de lo contrario, (de no consignarse dicha cláusula) sólo tendrá un derecho personal sobre el objeto y una acción de igual naturaleza emanada del contrato: **LA ACCIÓN EMPTIA** (acción de entrega de la cosa vendida).

Se advierte así la importancia de consignar en el acto notarial que se hace tradición, aún cuando esa afirmación, según dijimos, no valga respecto de terceros.

IX- LA CLAUSULA TRADITORIA

Esta costumbre que hace a la buena técnica notarial documental¹⁴, ha dado nacimiento a lo que de nuestra parte hemos denominado "**CLAUSULA TRADITORIA**". Esa parte del título en la que las partes aluden al modo, aun sin un cierto reflejo fáctico. Se

¹³ Junto a la "traditio brevi manu" y a la "tradición por indicación" o "longi manu" previstas en el art. 2387, procuran economía de esfuerzos evitando el transpaso material de la cosa. El supuesto ha generado confusión, según hemos podido apreciar en conferencias que hemos dado en Buenos Aires, respecto a considerar que en esos casos (sobre todo en la "traditio brevi manu") no sería menester el cumplimiento del modo. El art. citado comienza diciendo "**no es necesario la tradición de la cosa...**"; aclaramos por ello que el modo debe darse igualmente, sólo que para que se considere cumplido no será necesario el transpaso material.

¹⁴ En nuestras clases de "Práctica Notarial" dividimos la técnica notarial en "técnica documental" y "técnica de acción". Mientras la primera se ocupa de la redacción concreta del documento notarial, la segunda en cambio analiza el comportamiento del notario en su quehacer funcional (imparcialidad, presentación funcional, asesoramiento, lecturas e información a las partes, etc.). Es importante la distinción pues, mientras el legislador en ocasiones alude al contenido documental, en otras, simplemente se refiere a la conducta exigida al funcionario, sin pretender, en cambio, un reflejo documental.

determina en esta parte del documento qué ocurre con la entrega de la cosa (2377 del C.C.), con la notificación al tenedor (2387), con la notificación al deudor cedido (1459), en fin, a todos aquellos actos o conductas que permitirán, de efectivizarse realmente, la definitiva concreción del derecho en cabeza del adquirente.

Es necesario remarcar que la declaración de encontrarse ya en posesión el adquirente suele ser una realidad cotidiana, ya que la entrega generalmente se ha operado mediante un boleto de compraventa. Igualmente, para ser coherentes con el sistema del Código no podemos negar que esa traditio en el boleto, no es la que exige Vélez en el art. 577 del Código Civil, ya que se requiere que sea con motivo de un “**título suficiente**” en el art. 2602 y el boleto de compraventa no lo es, razón por la cual dicha “traditio” sólo habría transferido la posesión mas no el dominio¹⁵.

X- LA TRADICIÓN POR INDICACIÓN

También se encuentra íntimamente relacionada al quehacer notarial, la forma de tradición **por indicación** que describe Vélez en el art. 2387 "in fine" del Código Civil, que prescribe que no será necesario el traspaso material de la cosa cuando "...el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro". Generalmente el supuesto se circunscribe al caso de la venta de un inmueble que se encuentra locado. El vendedor puede disponer de la cosa en ese estado, y el comprador debe "tolerar" la ocupación de la cosa por imperio de la ley (arts. 3270 y 3276 del C.C.) "emptio non tullit locatio" 1498¹⁶.

De la cláusula pertinente debe surgir con claridad: 1) que el inmueble se encuentra ocupado, dado en locación (comodato, depósito, etc.); 2) Que se entrega la documentación que así lo acredita (de la que podrá o no agregarse copia autenticada al pro-

¹⁵ La norma del art. 2602, a su vez, tiene la importancia de ser el único dispositivo que, aunque tangencialmente, alude a la necesidad de un título causa, alejando nuestro sistema de la abstracción típica del sistema alemán con su “auflassung”, cuyo asiento registral se desvincula por completo de la causa que lo originó. Es esta norma la que nos permite criticar las llamadas “declaraciones de dominio” o “reconocimientos de dominio”, como causas de adquisición que, sin embargo, elaboran diariamente algunos notarios.

¹⁶ Es uno de los fundamentos de considerar la locación como un derecho real. Habría allí una especie de “reipersecución”, típica de los “ius in rem” Ver sobre el punto MUSTO, Néstor “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 78, 79.

toloco según requerimientos - no lo estimamos necesario) describiendo cada una de ellas; 3) la cesión de todas las acciones es prescindible, pero conviene su inserción para evitar planteos por el locatario. Recomendamos también colocar que se hace tradición de la cosa en su modalidad "por indicación", en los términos del art. 2387 del C.C., de lo que se notificará oportunamente al locatario (comodatario, depositario, etc.)

En estos supuestos, como surge el párrafo anterior, es evidente la necesidad de la notificación al ocupante de la cosa, haciéndole saber que, a partir de la firma de la escritura traslativa, el ocupante ha comenzado a poseer a nombre del adquirente.

¿A cargo de quién pesara la obligación de notificar al locatario el hecho de la modificación dominial?. La ley nada dice en esta parte; pero sí alude a la forma y circunstancia de la entrega, a partir del art. 1408, respecto del contrato de compraventa, como **obligación del vendedor** y estimamos que así corresponderá aplicarse en relación a cualquier contrato traslativo. El transmitente es pues quien debe notificar porque la tradición implica el cumplimiento de una obligación a su cargo emergente del contrato de compraventa. Además es sólo él quien puede variar la situación contractual locativa. El adquirente es ajeno por completo, todavía, al contrato de locación que une al enajenante con el locatario. Pero, paradójicamente, ha de ser el transmitente quien menos interés práctico tenga en efectuar la notificación. Por ello sugerimos, para evitar el conflicto de la falta de notificación, que en la misma audiencia notarial, aprovechando la presencia de ambos, vendedor y comprador requieran la notificación mediante el acta pertinente, haciéndole saber al locatario de la modificación apuntada. Ello posibilitará, asimismo, que el nuevo propietario fije (de manera fehaciente) al locatario un nuevo domicilio de pago; puesto que de lo contrario seguiría siendo el fijado contractualmente con las obvias consecuencias negativas para ambas partes.

Por supuesto que no negamos eficacia, a los fines de la tradición por indicación, a una carta-documento, telegrama colacionado o hasta el simple acuerdo del locatario aceptando la modificación en instrumento privado (a veces a continuación del mismo contrato de locación).

XI- EL REQUISITO DE LA TRADICIÓN VACUA

También debe tener en cuenta el notario que, para cumplirse la tradición, aún en sede no notarial, es imprescindible que la cosa esté libre de ocupantes o cosas. En efecto, el art. 2383 del C.C. exige "para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté **LIBRE DE TODA OTRA POSESIÓN, Y SIN CONTRADICTOR** que se oponga a que el adquirente la tome".

En la generalidad de los casos el supuesto previsto en el art. 2383 ha de escapar por completo al ámbito notarial. Sin embargo la obligación de brindar un adecuado asesoramiento a las partes exige tomar algún recaudo si éstas mencionan la ocupación del inmueble por terceras personas. Es bastante frecuente la transferencia de inmuebles ocupados por personas que, por liberalidades del propietario ocupan transitoriamente la cosa; pero que pueden el día de mañana protagonizar la norma citada y no permitir una posesión vacua. Sobre este punto volveremos al tratar la transmisión de inmuebles ocupados por terceros contradictores.

XII- ESCRITURAS SIN TRADICIÓN DECLARADA

Muchas veces se habrán preguntado qué ocurrirá si el notario, por olvido o por hacer un fiel reflejo de la realidad (las partes así se lo piden) no consigna en el instrumento que se hace tradición de la cosa. Pues bien, creemos que ello no invalida para nada el título que, justamente como lo hemos dicho, es sólo título, y no exige, sino sólo como recomendación técnica, acreditación ni mención siquiera de la concreción o intención de efectivizar la tradición de la cosa.

Es perfectamente válida una escritura en la que no se dice nada respecto a la entrega de la cosa vendida y por ello ni siquiera podrá ser objeto de observación registral. Dicha mención no constituye un elemento esencial ni necesario¹⁷.

Sin embargo no podemos negar la CONVENIENCIA de colocar la cláusula haciendo mención a la tradición. Siempre debemos tener presente que, entre las partes, la dicha cláusula permite al adquirente ostentar, al menos respecto de su vendedor, un verdadero derecho real. Por otra parte consideramos que sería un requisito imprescindible, sí, para transferir las acciones reales en contra de los posibles ocupantes según veremos más adelante.

XIII- SUPUESTO EN EL QUE EL TRANSMITENTE CONTINÚA OCUPANDO LA COSA

Este caso que podría ser la causa de lo detallado en el punto precedente, es decir del hecho de no consignarse la entrega de la cosa justamente porque la misma no se efectiviza, debe solucionarse por otro medio y no omitiendo la cláusula de tradición escrituraria.

El ejemplo que podríamos poner en estos casos y que son muy frecuentes, es cuando el vendedor solicita al adquirente que el permita ocupar la cosa vendida por un lapso determinado hasta que él, por ejemplo, consiga otra vivienda. Desde un punto de vista jurídico casi diríamos no habría inconveniente alguno en consignarlo así en el instrumento. Pero recomendamos ni siquiera declarar en el instrumento que la cosa queda en poder del vendedor. Eso ya surge con la evidencia de los hechos. Tan sólo para facilitar el desalojo del vendedor ante una negativa posterior a restituir la cosa, es conve-

¹⁷ Conocemos un caso en que el registro de propiedades observó un documento por faltar en él la cláusula traditoria. En la observación se ponía como argumento del registrador el incumplimiento del art. 2 que enumera como actos registrables “los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles”. Se decía, en consecuencia, que sin tradición (art. 577) no se constituye ningún derecho real. Obviamente criticamos esa observación en atención a que sostenemos que el registro sólo inscribe los documentos constitutivos y no los modos. Hay además una sobrevaloración de la declaración de las partes en la observación apuntada, en contra de lo dispuesto en el 2378 que ya hemos comentado.

niente confeccionar, en la misma audiencia notarial, aprovechando la presencia de las partes, un contrato, que, en el supuesto del ejemplo, sería un comodato con un pacto de desalojo que impida la necesidad de recurrir a un costoso y largo juicio¹⁸.

XIV- TITULOS NOTARIALES EN CONTRA DE ACTUALES POSEEDORES

Un título adquisitivo y su registración sólo acreditarán el derecho a poseer pero no la posesión misma, según pregonan el art. 2468 del Código Civil, consagrando el principio posesorio “prohibición de obrar de propia autoridad”. Por ello resulta de especial interés analizar en qué situación queda quien luego de adquirir no puede entrar en posesión porque la cosa se encuentra ocupada por un tercero contradictor.

En este caso, el titular cartular podrá reclamar al vendedor que cumpla con el contrato traslativo exigiendo la contraprestación adeudada que es **la entrega de la cosa**. Recordemos que la presencia de un contradictor en el inmueble impide considerar efectivizada la tradición, según ya explicamos por aplicación del art. 2383 del Código Civil. Estimamos que siempre ha de ser esa la conducta más correcta dado que si el adquirente encara por propia cuenta las acciones¹⁹ en contra del poseedor u ocupante correrá el riesgo de ser vencido por un usucapiente; es decir un poseedor que tenga veinte o más años de posesión en las condiciones establecidas por ley (arts. 4015 y 4016 del Código Civil).

Por otra parte, queda siempre al adquirente la automática garantía de evicción en contra del vendedor, ante el más mínimo cuestionamiento a su derecho o a su posesión. En efecto el art. 2089 establece que “El que por título oneroso transmitió derechos, o dividió bienes con otros, responde por la evicción, en los casos y modos reglados en este

¹⁸ No es correcto denominar a este contrato "tenencia precaria", como lo vemos a diario, porque la tenencia es la relación real que nace con motivo del contrato. Por otra parte, entre nosotros (nos referimos a nro. C.C.) no existe la tenencia precaria como categoría distinta a otra especie, a pesar de que así la denominan hasta algunos Códigos de Procedimiento. En el C.C. siempre la tenencia es precaria. El contrato sería de Comodato, depósito, etc. y en todos esos casos el ocupante es un tenedor (precario).

¹⁹ Tendrá acciones posesorias como sucesor a título singular del transmitente, si la posesión del ocupante no tiene más de un año, en cuyo caso se habría operado la prescripción de la instancia posesoria por aplicación del art. 4038 del C.C. También podría encarar la acción reivindicatoria, por aplicación de la teoría de la cesión tácita mediante el título de transmisión. Ver al respecto nuestro “Acciones Reales”. Cuestiones esenciales en Derechos Reales”, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs.As. 2002, pág. 151 a 152.

Título”. La sola turbación posesoria ya es fundamento de la garantía de evicción, según lo establece el art. 2091 del C.C. siempre, claro está, que dicha turbación tenga como causa un vicio inherente al título de adquisición²⁰.

La venta sin hacer referencia a la ocupación de un tercero, o a un problema de límites, constituyen la turbación a la que hacemos alusión. El oportuno asesoramiento del notario, en el momento de solicitarse su intervención como instrumentador del contrato, impedirá el ocultamiento de estas situaciones que generarán un conflicto inter partes de no plasmarse apropiadamente en la escritura, tal como veremos en el punto siguiente.

XV- LA TRANSMISION DE INMUEBLES OCUPADOS POR TERCEROS CONTRADICTORES

El primer interrogante que se nos puede plantear ante esta situación, es saber si es o no legítima una transmisión en esas condiciones. En segundo lugar cuál será el contrato idóneo para efectivizarla.

Sin lugar a dudas es factible la transferencia y ello podrá efectivizarse por cualquier contrato traslativo, a título oneroso o gratuito. El único recaudo, tal como decíamos ut supra, es la declaración de la circunstancia, y de la manera más precisa posible en el acto escriturario, para que no aparezca como una omisión dolosa que anularía el acto por aplicación del art. 931 del Código Civil.

Por supuesto que si el ocupante es poseedor y ya un titular real por usucapión, usando nuestra expresión propuesta, de poco le valdrán al comprador las acciones que le hubiese cedido el vendedor; pero eso es otra cuestión y presumimos que habrá tenido en cuenta dicho riesgo en la contratación y su precio. La transferencia es plenamente válida. El notario deberá asesorar tanto al vendedor como al comprador en estos supuestos, para que, una vez efectivizado el título traslativo, pueda concretarse lo que, en definitiva, se procura: el desalojo y el consiguiente recupero de la cosa.

²⁰ No cualquier turbación posesoria haría procedente la evicción. Se requiere que la misma obedezca a una falencia en el título. De la misma nota al art. 2091 surge lo que exponemos cuando Vélez destaca citando a Maynz “[...]la evicción debe tener por causa un vicio inherente al derecho del enajenante”. Profundiza muy bien el tema Edgard A. FERREYRA “Principales Efectos de la Contratación Civil”, Ed. Abaco 1978, pág. 315, 316.

Es importante que el notario deje plasmado en la escritura que el vendedor declara que el inmueble se encuentra ocupado, caso contrario pesarán sobre él las acciones civiles que hemos enunciado: evicción, entrega de la cosa vendida, amén de que puede verse inculcado injustamente en la figura de la estafa y hasta de estelionato si el ocupante ya es propietario por usucapión (arts. 1178 y 1179 del Código Civil). Por ello recomendamos insertar esa declaración que deberá ser expresamente aceptada por el comprador en conocimiento preciso de esa circunstancia. En un juicio posterior, el nuevo propietario se encargará de obtener el recupero de la cosa.

Amén de la declaración del transmitente consignando en el título que el inmueble está ocupado por un poseedor, es importante que la cláusula contenga la cesión de las acciones pertinentes para obtener el recupero de la cosa. Aclaremos, sin embargo, que todos los autores por unanimidad consideran que, en el caso de que el transmitente hubiese perdido la posesión de la cosa que vende, la sola transmisión cartular (es decir a través de la escritura) ya produciría la cesión tácita de todas las acciones que emergen del dominio²¹. Entre otros argumentos, quizá el más valedero es el que surge de la nota de Vélez al art. 2109: “[...]Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente *cum omni sua causa*, es decir, con todos los derechos que le competían. El último adquirente, es pues tácita y necesariamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseído la cosa antes que él, y reúne esos derechos en su persona”.

Ahora bien, si hemos dicho que el notario debe asesorar al vendedor para que declare que el inmueble se encuentra ocupado por un tercero contradictor, es obvio que, con una mínima diligencia profesional y funcional, también deba sugerirle una cesión expresa de la acción reivindicatoria que le corresponde al vendedor, para evitar hacer ingresar en el título y su valor jurídico, todo el debate doctrinario en torno a la validez de la cesión tácita a la que hemos aludido²².

²¹ El tema fue debatido jurisprudencialmente en el fallo plenario dictado en autos “Arcadini, Roque (Sucesión) v. Carlos Maleca, en LL. 92-463.

²² VENTURA, Gabriel B. “Acciones Reales” Ob.Cit., pág. 144.

En conclusión, recomendamos colocar una cláusula especial de CESION EXPRESA DE LA ACCION REIVINDICATORIA Y CUALQUIER OTRA QUE CORRESPONDIERA AL ENAJENANTE en contra del ocupante, exceptuando a su vez al vendedor de responder por evicción a ese respecto. De esto se desprende la necesidad de establecer con claridad todos los elementos de la ocupación para que quede perfectamente delimitado que la garantía legal de evicción (cuyas connotaciones notariales veremos en el siguiente punto) ha sido suprimida sólo respecto de ese ocupante concreto y no de cualquier otro contradictor que podría provenir incluso en lo futuro²³.

XVI- LA EVICCION

La evicción o, más exactamente la "garantía de evicción" existe para custodia de la adquisición y con total independencia de la buena o mala fe del transmitente. La existencia de un poseedor contradictor que se opone a que el adquirente tome la cosa en su totalidad o limita su ocupación por uno de sus límites, es uno de los supuestos más característicos que la hacen funcionar.

Sus consecuencias son obligar al enajenante a coadyuvar cuando no ser el protagonista principal en las acciones contra el ocupante y, en caso de resultar éstas infructuosas, deberá responder con la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado al comprador.

Se encuentra receptada en nuestro Código Civil, a partir del art. 2089 y ss. en los que se repite varias veces la expresión "adquirente desposeído" de la que surge con claridad la relación de esta garantía implícita con el tema que aquí estudiamos.

²³ Enseñamos en nuestras clases que la sola presentación del título a los estrados judiciales para que el juez se pronuncie sobre la validez del mismo o de su contenido, aún cuando el resultado fuere favorable a su bondad, ya nos permite dudar de lo notarial. Decimos que no debe quedar duda luego de la intervención del notario en un acto jurídico. Por ello la necesidad de poner especial celo en la redacción de estas cláusulas que tienden a evitar pendencias por falta de previsión contractual. En materia de teorías jurídicas relacionadas con la técnica documental, el notario, con independencia de su opinión personal, debe adoptar la más severa y rigurosa, para que nadie se atreva tan siquiera a cuestionar su sentido y validez.

Desde la óptica puramente notarial corresponde hacer las siguientes observaciones en cuanto a esta institución:

a) Ella no funciona respecto de situaciones que eran conocidas por el adquirente. Por ello recomendamos de manera especial en el punto anterior la colocación de cláusula expresa cuando el inmueble se encuentra ocupado y la determinación o descripción precisa de dicha ocupación. En efecto el art. 2091 en su última parte establece que "... no habrá lugar a garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aún en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce, **cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación**".

b) Esta garantía funciona de manera automática. No es necesario pactarla especialmente; por ello resulta llamativo en estos tiempos en que se procura reducir las fórmulas notariales encontrar esta garantía consignada de manera expresa en casi todos los títulos adquisitivos²⁴. Por el contrario, se exige la consignación expresa de su renuncia, pero su vigencia automática está impuesta por la ley. Así lo establece el art. 2097 del C.C. cuando dice: "La responsabilidad que trae la evicción tiene lugar aunque en los actos en que se transmiten los derechos, no hubiere convención alguna sobre ella".

XVII- EL USUCAPIENTE FRENTE A LOS NUEVOS TITULARES CARTULARES O REGISTRALES DE DERECHOS

Este es un problema de singular trascendencia si tenemos en cuenta lo que dijimos al comienzo: que ni el título ni su registración garantizan, en definitiva, la titularidad real del derecho que dicho título y asiento registral pregonan.

²⁴ Con la situación general de inestabilidad de las decisiones judiciales, a veces es mejor repetir una costumbre, aunque no haya hecho derecho, que aplicar la ley rigurosamente. Esta, la aplicación de la ley, aparecerá como novedosa y podría dar pie a algún sofisma tribunalicio que hiciera menguar la eficacia de la garantía; por esta razón los notarios siguen repitiendo esas cláusulas que en rigor de verdad no deberían aparecer en los títulos notariales. Igual ocurre con el pacto de mora automática (art. 509 del Código Civil primer párrafo).

En efecto, el poseedor que ha adquirido por usucapión puede oponer su título a todo otro titular, sea cartular o registral. El tiene lo que calificamos como titularidad más completa: LA TITULARIDAD REAL.

El poseedor usucapiante ha adquirido el dominio de la cosa por un modo originario; es decir que no lo ha recibido de nadie. Y es esa característica especial: el ser un modo originario, lo que le permite ignorar cuantas mutaciones jurídicas, cartulares o registrales, se hubiese operado respecto de la cosa.

El título del usucapiante se basa en su posesión y, tal como ya lo expresamos, la posesión es un hecho. A ella no puede oponerse un derecho ni mucho menos una registración.

Veamos los casos que pueden presentarse:

EL USUCAPIENTE FRENTE AL ADQUIRENTE

Este caso puede plantearse cuando confeccionado el título adquisitivo, la escritura pública, el comprador no puede tomar posesión del bien porque se encuentra en él un adquirente por usucapión.

El caso resultó ya parcialmente analizado en el presente estudio. Aquí quedará al comprador exigir al vendedor la entrega de la cosa que no pudo operarse por no haber "tradición vacua" (art.2383) ya citada y por ende puede también hacerse valer la garantía de evicción. En ambos casos resultará de aplicación, subsidiariamente, la reparación de los daños y perjuicios por no ser posible el cumplimiento de la obligación, según lo preceptuado en el art. 505 inc. 3 del Código Civil. Pero es indudable que frente al adquirente por usucapión, nada puede hacer el nuevo titular cartular que verá irremisiblemente perdidas sus posibilidades dominiales sobre la cosa no entregada.

EL ACREEDOR HIPOTECARIO FRENTE A UN ADQUIRENTE POR USUCAPIÓN

Este ha de ser el supuesto más interesante en los que se enfrente un título (hipotecario en este caso) con la posesión usucaptiva.

Creemos que, tratándose de un modo originario, el usucapiente puede válidamente ignorar toda mutación jurídica que se hubiese efectuado sobre la cosa en sede cartular o registral. No así si la modificación hubiese sido física (2384 del C.C.), o se hubiesen dado las otras condiciones que prevé la ley arts. 3984 y ss como supuestos de interrupción (demanda, reconocimiento, etc.).

Por ello estimamos como una diligencia mínima del acreedor hipotecario verificar que el constituyente esté en posesión del bien; pues la pérdida de la posesión del mismo hará tambalear su garantía hipotecaria de igual manera que corre riesgo el dominio mismo sobre la cosa²⁵.

Casi todos los autores que adhieren a la ineficacia de la hipoteca en estos casos, basan su opinión en la atribución de un “efecto retroactivo” de la usucapión que implicaría retrotraer el dominio del usucapiente al momento inicial de su posesión, es decir antes que se hubiese constituido la hipoteca²⁶. Por nuestra parte no aceptamos esta postura. Sería una ficción que, amén de no tener sanción legislativa, concedería facultades inadmisibles a un simple poseedor ilegítimo en vías de usucapir. Con ese criterio hasta se le podría conceder a él la facultad de hipotecar, tal como ocurre con la situación en que el condómino hipoteca una parte determinada de la cosa o su parte ideal. La ley, en esos supuestos, considera válida la hipoteca si en la partición le toca, sea la parte alícuota, sea la parte materialmente determinada, según los casos (art. 3123 del C.C.) y ello es consecuencia también del efecto retroactivo (que en la usucapión no compartimos) establecido expresamente por ley al acto de la partición (art. 2695 del Código Civil).

²⁵ VENTURA, Gabriel B. “La usucapión opuesta al acreedor hipotecario” en LL. Córdoba, 1988, pág. 616: “[...]”

²⁶ SALVAT, Raymundo M. “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1962, Tomo II, n° 1014, pág. 293. PEÑA GUZMÁN, Luis A. “Derecho Civil. Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, Tomo II, N° 697, pág. 259. MARCOLÍN de ANDORNO, Marta N. Ob.Cit., 1975, pág. 99. LAPALMA BOUVIER, Néstor D. Ob.Cit. pág. 208 a 210. LEVITÁN, José; Ob.Cit., pág. 256 a 259. DIAZ REYNA, Emilio A. “El efecto retroactivo de la usucapión”, Revista Notarial (Córdoba), n° 43, 1976, pág. 15.

El fundamento de nuestra postura de considerar ineficaz la hipoteca constituida por el titular cartular y registral, en cambio, radica en que consideramos imprescindible la existencia de la posesión en manos del constituyente. Es evidente que la ley, al crear la garantía hipotecaria, presupone título y posesión en el constituyente. El hecho de que la hipoteca no exija tradición, según disposición expresa del art. 3108 del C.C., no implica que el constituyente no deba tener la posesión; todo lo contrario, ello surge de manera expresa de la última parte de la citada norma (art. 3108), cuando expresa que los bienes "...continúan en poder del deudor" (queriendo decir "constituyente"). Esa continuación en el poder, no es más que la continuación y permanencia en la posesión²⁷. No debemos olvidar que la hipoteca implica una eventual ejecución futura y dicha ejecución hace forzosa la posesión del constituyente ya que si la situación posesoria estuviese en manos de otro sujeto distinto que el constituyente y que no hubiera recibido de éste la posesión, ese tercero podrá defenderse por las vías posesorias y hasta interponer válidamente, en su caso, el llamado "despojo judicial" en contra de la resolución que imponga su desposesión²⁸.

Piénsese en lo absurdo que resultaría condenar al dueño de la cosa frente al adquirente por usucapión y rescatar sin embargo, de dicho efecto, al acreedor hipotecario que tiene su derecho de aquél. Creemos en definitiva que en estos casos debe triunfar siempre el usucapiente²⁹.

Ante la conclusión arribada no nos queda más que recomendar al acreedor (como notarios con obligación de asesoramiento) verificar aunque más no sea someramente, la situación fáctica del inmueble que se ofrece en hipoteca.

XVIII- LOS ACTOS POSESORIOS

²⁷ VENTURA, Gabriel B.; "La usucapión opuesta..." Ob.Cit. pág. 616.

²⁸ SALVAT, Raymundo M. Ob.Cit. 5ta.Ed. TEA, Bs. As. 1961, Tomo I, n° 564, pág. 440. MARIANI de VIDAL, Marina; "Curso de Derechos Reales", 4ta. Ed. Zavallia, Bs.As. 1997, Tomo I, pág. 251: [...]cuando el fallo se ha dictado sin haber oído ni dado intervención en el pleito al afectado, pues en tal caso aparecería violada la garantía de la defensa en juicio que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional.

²⁹ VENTURA, Gabriel B. "La usucapión opuesta..." Ob.Cit., pág. 613. Decíamos ahí: "Consideramos más justo exigir al acreedor hipotecario verificar la posesión del constituyente, que hacer cargar al usucapiente con una hipoteca ajena por completo a su relación real y que no configura en nada un acto posesorio de los previstos en el art. 2384 del Cód. Civil. La hipoteca ha nacido en una escribanía con total independencia de un sustento fáctico. A nuestro entender se ha abusado de la no exigencia de la tradición y de la titularidad registral y cartular.

Constituyen actos posesorios todas aquellas modificaciones físicas sobre la cosa. Sirven fundamentalmente para comprobar el tiempo de posesión. El art. 2384 del Código Civil nos da una definición sobre la base de ejemplos, de lo que serían los actos posesorios. Dice: "son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes".

La enumeración de la norma es meramente ejemplificativa pudiendo ser ampliada infinitamente. Por ello creemos que es importante para el notario tener una conciencia cabal de lo que son actos posesorios a través de un concepto genérico que se abstraiga de los meros ejemplos.

En anteriores oportunidades³⁰ hemos expresado que **acto posesorio es un hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en contacto con ella con ánimo de dueño.**

La posesión exige, por ley, la **participación de la voluntad**, puesto que se necesita el *animus domini* característico de nuestro sistema subjetivista savignyano. Este elemento del concepto propuesto, procura distinguir los actos posesorios de las meras coincidencias o casualidades producidas por modificaciones accidentales, como la tala accidental de un árbol por accidente automovilístico o la ruptura de un cerco perimetral por el mismo hecho. Se necesita pues un obrar voluntario procurando especialmente, en pleno uso de sus facultades, realizar esa conducta.

La **modificación física** que exige nuestro concepto, obedece a que, siendo la posesión un hecho, resulta obvio que se haga manifiesta también por situaciones fácticas. Se necesitará que la cosa que se pretende poseída sufra, aunque más no sea temporariamente, un cambio ostensible en el mundo de los fenómenos. Su ocupación, construcción, demolición, etc. configurarán las modificaciones exigidas. Ello elimina la posibilidad de considerar actos posesorios a todas aquellas modificaciones puramente jurídicas, como ventas sin tradición, a las que ya nos referimos, o constitución de gravámenes. Lo

³⁰ VENTURA, Gabriel B.; "Conceptualización de los Actos Posesorios", Revista Notarial (Córdoba), N° 61, pág. 96 a 98.

mismo ocurrirá respecto del pago de los impuestos o tasas que, a pesar de ser consideradas especialmente como pruebas importantes en la ley 14.159, art. 24, inc. c) no producirán la modificación física que aquí se exige. El pago de los impuestos o tasas pues, sólo exteriorizará, y en algunos casos, el ánimo de poseer³¹.

Del concepto que hemos propuesto también surge la necesidad de un **contacto físico**. Por ello, además de la voluntad aplicada a modificar físicamente la cosa, será menester que haya un contacto con ella. Estimamos que no basta la mera posibilidad de contacto que utilizamos para explicar didácticamente el concepto de “corpus”³²; sino que aquí debe concretarse en hechos ese contacto; ya que, tal como explicamos en nuestras clases, dicho contacto debe haber dejado “huella” para que tenga también eficacia “convictiva”³³ en el ánimo del juzgador.

Por último exigimos igualmente que para que sean actos posesorios como elementos probatorios de la existencia y del inicio de la posesión, éstos deben participar de los elementos de aquella. En definitiva los actos posesorios no son más que consecuencia del ejercicio de la posesión. Por ello se necesitará en el supuesto poseedor el **animus** expreso de dueño, en el momento de producir un acto posesorio. Así, por ejemplo, la modificación que realice el locatario, aun sin autorización del locador, sobre el inmueble alquilado, no configurará un acto posesorio en su favor, ni la ocupación del bien; ya que tales actitudes sólo se efectúan en representación de la posesión del dueño (art. 2352 del C.C.).

³¹ VENTURA, Gabriel B.; “Aspectos probatorios del juicio de usucapión” en LL. Córdoba, 1988. Dice SALVAT, Raymundo M. Ob.cit. Tomo I, n° 135, pág. 114, “[...] esos impuestos pueden ser abonados por cualquiera y en consecuencia, ocurrirá algunas veces que ellos serán inaceptables, como actos posesorios”. En igual sentido ver LAPALMA BOUVIER, Néstor; ob.cit. pág. 165 y Beatriz AREAN de DÍAZ DE VIVAR, Ob.Cit, pág. 282.

³² Recordemos la hermosa nota de Vélez al art. 2374 cuando define la “aprehensión”: “La posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede a cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado[...]”. “[...]La Ley Romana dice, que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente.[...]”. Hemos evolucionado en esta parte de nuestros conceptos puesto que en el trabajo citado “Conceptualización de los Actos Posesorios”, sosteníamos que bastaba con la posibilidad física de tomarlo. Hoy, a la luz de nueva experiencia, estimamos que debe tratarse de un contacto físico cierto y comprobable a los fines probatorios. La autorización para dejar ingresar a alguien al inmueble con fines diversos configura un acto posesorio pues ese tenedor, representa la posesión del poseedor, según el concepto de tenencia del art. 2352 del C.C.

³³ En materia de instrumentos públicos hemos generado el concepto de “eficacia convictiva”, para separarla del valor probatorio (art. 993 y ss. del C.C.) y de la fuerza obligatoria emanada del contrato instrumentado. Esta eficacia convictiva o eficacia probatoria hace hincapié, no ya en la existencia del hecho, aspecto analizado por el valor probatorio, sino en la “capacidad” de convencer al juzgador respecto de lo solicitado en los autos.

La corroboración de estos actos posesorios en muchas oportunidades recaerá en el quehacer funcional del notario y ha de ser el motivo fundamental de constatación en las llamadas actas posesorias. El notario deberá buscar, según veremos, indicios de la realización de los actos posesorios que nos exige el art. 2384 como forma de acreditar a favor del requirente, su posesión.

XIX- LAS ACTAS POSESORIAS

En estos casos ya el notario no actúa confeccionando el título del derecho real, sino verificando hechos. Concretamente dejando constancia de la existencia o inexistencia de posesiones. Ello se verificará mediante la constancia de los ya analizados actos posesorios en los que justamente hicimos hincapié a estos efectos.

Se le requiere pues al notario que verifique que en un determinado inmueble no hay posesión alguna; o que el requirente se encuentra en posesión de él. Le tocará entonces concurrir al inmueble y verificar tales hechos. Debe hacerse aquí, en estas actuaciones, especial alusión a la inexistencia o existencia de opositores que se niegan a dejar tomar posesión al compareciente. Ese es uno de los principales indicios de que se tomó posesión de la cosa. También es importante demostrar que se ha ingresado al inmueble y se ha recorrido aunque más no sea parcialmente, pues, por imperio del art. 2384 del C.C. basta que se haga ocupación en cualquiera de sus partes.

Lógicamente que ello dependerá del estado del inmueble ya que si el mismo no se encuentra alambrado, por ejemplo, se necesitará recorrer o describir al menos someramente la zona que se pretende poseída.

Es importante aclarar como precaución notarial que, no debe dejarse llevar por el requirente sin cuestionar sus procedimientos en la toma de la posesión. Así, por ejemplo no debe hacerse cómplice de la rotura de una cerradura o de una tranquera, pues ello

puede válidamente interpretarse como una violación de domicilio o usurpación según los casos.

Lamentablemente hemos visto varios supuestos en los que el notario hasta ha dejado constancia de la violación de una cerradura para poder ingresar. Distinto sería el supuesto en que el requirente hubiese ido con anterioridad y hubiera roto la cerradura sin la presencia notarial. Allí el notario consignará "el compareciente me indica entrar..." y ... realidades aparte, es evidente que no podrá verse comprometido en el acto ilícito que pueda haberse cometido, pues el funcionario no está obligado a requerir título domi- nial a quien solicita un acta de constatación³⁴.

³⁴ Enseñamos en nuestras clases de Práctica Notarial, como técnica de acción, que el notario sólo puede ingresar a inmuebles por el procedimiento normal. No sin pecar de perogrullo decimos "el notario debe ingresar por la puerta", abierta especialmente por el requirente. Nunca por una ventana, ni por los techo ni rompiendo o saltando defensas.