LA TRADICIÓN TRASLATIVA DEL DOMINIO

El Código civil español y el sistema iberoamericano

Rev. Der. Privado, noviembre-diciembre 2004, p. 771 a 786

SUMARIO:

I.- Introducción

- a) Etimología de la palabra "tradición"
- b) Significado jurídico. Evolución histórica

II.- Derecho comparado:

- a) Mero consentimiento (sistema francés);
- b) Inscripción constitutiva (sistema alemán)

III.- Sistema iberoamericano (entrega material)

- a) El pensamiento de Freitas. Su influencia en los Códigos de Argentina y Brasil
- b) El Código de Chile y códigos que lo tomaron de modelo
- c) El Código de Uruguay
- d) El Código español y su influencia en América

IV.- Naturaleza jurídica de la tradición

- a) Causa
- b) Tradición y pago

V.- Consensualismo: un caso de la vida real

VI.- Conclusiones

I.- Introducción

La exigencia de la tradición como elemento indispensable para la transmisión de un derecho real, remonta al Derecho romano, y se ha mantenido en gran parte de los países de Iberoamérica, a donde llegó a través de la legislación española.

Los estudiosos del derecho comparado, al analizar los distintos sistemas vigentes en el mundo contemporáneo, dentro del llamado derecho "romanista" encuentran una familia, que puede denominarse "iberoamericana", y presenta una serie de características comunes, una de las cuales es, precisamente la exigencia de la "tradición de la cosa", como modo constitutivo del derecho real que se desea transmitir. La exigencia de este requisito remonta al Derecho romano, desde donde pasó a la antigua legislación española, y se ha mantenido en su Código civil¹, pese a que el proyecto de García Goyena proponía dejarlo de lado, para adoptar el sistema consensualista francés².

En este momento nos parece oportuno recordar que en marzo de 1986, por iniciativa de un grupo de juristas italianos -en especial estudiosos del Derecho Romano- que integran el ASSLA (Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos), se rindió homenaje en Roma al codificador argentino, don Dalmacio Vélez Sársfield, completando de esa manera un ciclo destinado a recordar a los grandes codificadores de América Latina, y en el que antes se

¹. Código civil español: "Art. 609.- La propiedad se adquiere por ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. ...".

"Art. 1095.- El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada".

². Proyecto español de 1851: "Art. 981.- La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los arts. 1859 y siguientes del título 20, libro 3 de este Código. ..."

GARCÍA GOYENA, en sus "Concordancias", da como explicación que "no es fácil conciliar con la equidad y sencillez que la voluntad de transferir el dominio no ha de bastar por sí sola para su traslación, si no va acompañada o seguida de la entrega".

había analizado la obra de don Andrés Bello y de Augusto Teixeira de Freitas.

Los estudios efectuados por ese grupo de investigadores ponen de relieve la influencia que ha ejercido y continúa ejerciendo el Derecho Romano en los sistemas jurídicos actualmente vigentes, a través de la supervivencia de instituciones, métodos, y exigencias o requisitos como el de la "traditio rei", que ahora nos ocupa, y que se mantiene en la mayoría de los códigos de la familia iberoamericana de derecho, como bien señala José Luis de los Mozos, al afirmar que representa "lo mejor de la tradición romanista, que, en cambio, se ha perdido en otros Códigos europeos, perviviendo en otros muchos de América como testimonio de la común tradición hispánica"³.

a) Etimología del vocablo

La palabra "tradición" proviene del latín "tradere", vocablo que significa "transmitir" y éste es el significado corriente que se le da al vocablo⁴.

Ocupándose del tema un destacado jurista argentino ha dicho que esta primera forma de "tradición" se da "cuando una generación recibe en el tiempo ideas y costumbres que como herencia espiritual le transmiten las que le precedieron" y "con ese sentido la palabra 'tradición' o su derivada 'tradicional' sirven para designar formas de vida que tienen abolengo de añejidad"⁵.

b) Significado jurídico. Evolución histórica

³. Ver José Luis DE LOS MOZOS: "La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio", Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia", Julio-agosto 1967, p. 72-141.

⁴. El Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001, define la tradición como "transmisión de noticias, composiciones literarias, doctrinas, ritos, costumbres, hecha de generación en generación" (primera acepción); y "doctrina, costumbre, etc., conservada en un pueblo por transmisión de padres a hijos" (tercera acepción).

⁵. Ver José María LÓPEZ OLACIREGUI: "La tradición traslativa de dominio: aspectos jurídicos y notariales", Revista del Notariado, N° 707, p. 1186.

A partir del concepto de "transmisión", o "entrega", la palabra toma un significado preciso en materia jurídica: "entrega de una cosa"⁶. Pero, aun dentro del campo jurídico, el vocablo se emplea a veces con un significado más lato, y comprende la transferencia o transmisión de derechos, aunque no haya "entrega de la cosa"⁷ como vemos en la llamada "traditio brevi manu".

Esto no debe sorprendernos, pues como lo destaca PUIG BRUTAU, los hombres de derecho con frecuencia nos preocupamos por establecer los requisitos o condiciones que caracterizan una institución y, a renglón seguido, creamos excepciones que consideramos necesarias para el buen funcionamiento práctico de esa institución⁸. Este fenómeno se produce en materia de posesión y de tradición, y lo veremos surgir a cada paso a medida que analicemos el tema que hoy nos ocupa.

La "traditio" aparece en el Derecho Romano reemplazando a la "mancipatio" y a la "in iure cessio", como una forma más espiritualizada y práctica de transmitir la propiedad de la cosa. En esa primera etapa la "entrega material" constituye un elemento esencial de la figura, pero -a medida que transcurre el tiempo y evolucionan el pensamiento y las costumbres jurídicas- aparecen una serie de sucedáneos, en virtud de los cuáles se produce el efecto jurídico de transmitir la propiedad, sin que sea menester la "entrega material" de la cosa y, por extensión, esos modos de transmisión de la propiedad van a quedar comprendidos dentro del significado genérico del vocablo "tradición", hasta que aparecen sistemas en los cuáles se

⁶. La Real Academia Española señalaba en la 21ª edición que en Derecho, tradición significa: "Entrega a uno de una cosa", y ejemplifica: "TRADICIÓN de una cosa vendida" (Diccionario de la Lengua, edición y lugar citados en nota anterior, 4ª acepción) y actualmente, en la 22ª edición, en la 5ª acepción del vocablo, expresa: "Entrega a alguien de algo", y brinda el mismo ejemplo.

⁷. Se habla así de "tradición inscriptoria", o de "tradición escrituraria", para caracterizar la transmisión del dominio en hipótesis en que ese efecto se logra por vía del asiento registral, o la declaración efectuada en la escritura pública, sin necesidad de que medie entrega efectiva de la cosa.

⁸. José PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", T. III, Derecho de Cosas, Bosch, Barcelona, 1950: "... en Derecho casi siempre se asiste al fenómeno de exigir un requisito y de desvirtuarlo después con formas simbólicas. Posesión y tradición son dos fenómenos en que se manifiesta muy claramente semejante peculiaridad" (p. 192).

prescinde totalmente de la entrega de la cosa para producir la transferencia del derecho, como el sistema del mero "consentimiento", del Código civil francés, o el de la "inscripción constitutiva" en un Registro, de tipo germánico.

Destacamos, entonces, que en una primera etapa la "tradicción" era la "entrega material" de la cosa⁹, que producía como efecto la transferencia del derecho real de dominio.

Luego se extiende a la entrega para la transmisión o constitución de otros derechos reales, para llegar a comprender -incluso- hipótesis en que la entrega tiene por finalidad la transmisión de derechos que no son reales¹⁰. Esta etapa la vemos reflejada en nuestro Código Civil, en materia de obligaciones de dar cosas ciertas, que nos habla de "la entrega de una cosa", con el fin "de transferir solamente el uso o la tenencia"¹¹ y, de manera concordante, cuando al tratar de la simple tenencia (que es típica del ejercicio de derechos meramente personales), nos dice que "sólo se adquiere por la tradicción" (art. 2460 del Código civil argentino).

Creemos, de esta forma, haber ejemplificado suficientemente lo proteico y multiforme que es el vocablo tradición.

II.- Derecho comparado:

a) Mero consentimiento (sistema francés)

La doctrina suele señalar que con el correr del tiempo

⁹. Max KASER nos dice que "la palabra 'tradicción' designa como tal la entrega corpórea, esto es, la transmisión de la posesión" (ver "Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la historia de la dogmática moderna", Anales de la Academia Matritense del Notariado, ed. Reus, Madrid, 1962, T. XIII, p. 575).

¹⁰. "Esta entrega puede tener, tanto en el Derecho romano como en el moderno, las finalidades más diversas (comodato, depósito, pignoración, arrendamiento), sin que con ello se pretenda su transmisión. Para que la 'tradicción' conduzca a la adquisición de la propiedad es necesario, además, que concorra una determinación del fin propuesto por las partes que justifique el traspaso de la propiedad" (autor, trabajo y lugar citados en nota anterior).

¹¹. Código civil argentino: "Art. 574.- La obligación de dar, es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño".

aparecen formas espiritualizadas de tradición, como el "constituto posesorio", o la "traditio brevi manu" y, además -que en Francia se había generalizado la costumbre de incluir en los contratos cláusulas en las que se manifestaba que por ese acto se transmitía el derecho o se hacía entrega de la posesión de la cosa, es decir que se reemplazaba la entrega material ("traditio rei"), por una especie de "tradición instrumental"¹², que se convertirá en el antecedente de las posteriores reformas legislativas. Aunque estas costumbres estaban en su origen limitadas a casos en que el "título" constaba en un documento, principalmente en el caso de venta de inmuebles, pesarán sobre el ánimo del legislador cuando se decida a suprimir el requisito romano de la tradición para todas las hipótesis, sea que se transmita un derecho real sobre inmuebles, sea que ese derecho recaiga sobre bienes muebles.

Vemos así que a comienzos del siglo XIX el Código civil francés, en su afán de vigorizar los efectos de la "libre voluntad" de las partes, suprimiendo cortapisas "formales", y "espiritualizando" el derecho, suprime el requisito de la entrega material de la cosa y admite que el solo consentimiento produzca la transmisión del dominio¹³. Aparece así lo que podríamos denominar "tradición mero consenso", como un sistema vigente en Francia y en los países que adoptaron el Código civil francés, como Bélgica, Luxemburgo y Mónaco.

En este sistema pueden ubicarse tanto el viejo Código italiano de 1865, como el actualmente vigente de 1942¹⁴, el moderno

¹². Ver Ángel B. CHÁVARRI: "La tradición traslativa de dominio", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, agosto 1969, p. 6.

¹³. El Código civil francés, al referirse a las formas en que se adquiere y transmite la propiedad de los bienes, nos dice en la parte final del artículo 711: "y por efecto de las obligaciones". Esto se completa con lo dispuesto en el artículo 1138, que nos dice que el acreedor de la obligación de dar "se convierte en propietario", y asume los riesgos "desde que la cosa debió serle entregada, aunque todavía no se le haya hecho tradición".

¹⁴. Código civil italiano: "Art. 1376.- Contrato con efectos reales.- En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

"Art. 1465.- Contratos con efectos traslativos o constitutivos.- En los contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o constituyen o transfieren derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al

Código de Portugal de 1967 ¹⁵, y los Códigos de Checoslovaquia ¹⁶ y Polonia ¹⁷, entre los países que pertenecieron al sistema socialista de derecho.

En América latina han optado por la tradición "solo con-

enajenante no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación, aunque la cosa no le hubiese sido entregada. ...".

¹⁵. Código civil portugués: "Art. 408.- Contratos con eficacia real.- 1.- La constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se produce por el solo efecto del contrato, salvo las excepciones previstas por la ley.

2.- Si la transferencia se refiriese a cosa futura o indeterminada, el derecho se transfiere cuando la cosa fuese adquirida por el enajenante o determinada con conocimiento de ambas partes, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de obligaciones genéricas y en el contrato de locación de obra; si, por el contrario, se refiriese a frutos naturales o partes componentes o integrantes, la transferencia se verifica en el momento de la cosecha o separación."

"Art. 1316.- Modos de adquisición.- El derecho de propiedad se adquiere por contrato, sucesión por muerte, usucapión, ocupación, accesión y demás modos previstos por la ley."

"Art. 1317.- Momento de adquisición. El momento de adquisición del derecho de propiedad es:

a) En el caso de contrato, el fijado en los arts. 408 y 409, ...".

¹⁶. Código civil de Checoslovaquia: "Art. 133 .- La propiedad personal de una cosa puede adquirirse por compra, donación u otro contrato, por herencia, por decisión de un órgano del Estado, o sobre la base de otros hechos regulados por la ley."

"Art. 134.- 1º) Si se transmite por contrato una cosa mueble, el derecho de propiedad se adquiere con la aceptación del contrato, salvo disposición o acuerdo en contrario.

2º) Un contrato de transferencia de inmuebles requiere la inscripción en un registro del Estado. La propiedad del inmueble se adquiere con la toma de razón del contrato".

¹⁷. Código civil polaco: "Art. 155 .- § 1.- El contrato de venta, permuta, donación u otro contrato que obligue a transferir la propiedad de una cosa cierta, transmite la propiedad al adquirente, salvo que exista disposición especial, o que las partes dispongan otra cosa.

§ 2.- Cuando el contrato que obliga a transferir la propiedad tiene por objeto cosas que sólo están determinadas por su género, debe entregarse la posesión de la cosa para que haya transferencia de propiedad. Lo mismo ocurre cuando el contrato tuviese por objeto la transferencia de cosas futuras".

senso" el derecho boliviano ¹⁸, el de la República Dominicana ¹⁹, y el de Haití ²⁰, que siguieron de manera directa al Código civil francés, y luego de manera indirecta -siguiendo ya al Código italiano-, los Códigos de Venezuela ²¹, y de Paraguay de 1987 ²². Por su parte el de México admite que el mero consentimiento produce la transmisión del dominio entre las partes, pero exige la tradición para que pueda oponerse a terceros²³, y el mismo camino ha seguido Costa Rica ²⁴.

¹⁸. El primitivo Código civil de Bolivia, sancionado en 1831, fue una simple traducción al castellano del Código civil francés, producto quizás de la reacción que se produce en una colonia que se independiza y procura romper totalmente con la metrópoli colonizadora (ver nuestro: "Derecho civil español y americano. Sus influencias recíprocas, Rev. de Der. Privado, julio-agosto 1972, p. 599., y Bol. de la Fac. de Der y C. Sociales de Córdoba, año XXXVII, 1973, p. 67).

El nuevo Código, que data de 1975, dispone:

"Art. 584.- La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere... .. derecho al comprador por un precio en dinero".

"Art. 521 (Contratos con efectos reales).- En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tienen lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles".

¹⁹. La isla de Santo Domingo había sido dividida en 1776 en dos fracciones de las cuales el este pertenecía a España y el oeste a Francia., pero en 1796 España cedió sus derechos a Francia. En 1808 esa parte se liberó y en 1814 retornó a la esfera de dominación española, hasta 1821, que declaró su independencia. El nuevo estado en un primer momento adoptó las leyes de Haití, y con ellas el Código civil francés. Muchos años más tarde hizo traducir ese Código al castellano, de manera que en la República Dominicana el Código civil es una traducción del Código francés (ver Alejandro Guzmán Brito: . "La codificación civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX)", ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 293 y ss.

²⁰. El Código de Haití, de 1825, es una copia del Código civil francés, con escasas modificaciones.

²¹. Código civil de Venezuela: "Art. 1161.- En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se trasmite y se adquieren por medio del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado".

²². Código civil paraguay de 1987: "Art. 716.- Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes y determinadas o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente".

"Art. 1968.- La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos están sujetos a la toma de razón en el Registro de inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros".

"Art. 2061.- Las cosas muebles podrán adquirirse por contratos traslativos de propiedad, conforme a las disposiciones de este Código".

²³. Código civil de México: "Art. 2014- En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de la tradición, ya sea natural, ya sea

Finalmente, el Código peruano de 1984 exige la tradición para los muebles, pero para los inmuebles admite que la transmisión se opere por el solo consentimiento ²⁵.

b) Inscripción constitutiva (sistema alemán)

En el derecho alemán nace un nuevo modo constitutivo, aplicable a los inmuebles, en el cual se reemplaza la entrega de la cosa por la inscripción en un registro. Puede decirse entonces que en lugar de la "tradición real", tenemos allí una "tradición inscriptoria", de carácter constitutivo, que produce el cambio de titularidades en virtud del asiento registral.

Sobre el punto es interesante recordar las palabras del gran jurista brasileño FREITAS, quien con notoria claridad explicaba: "En cuanto a los inmuebles, la tradición consistirá en la inscripción o transcripción de los títulos respectivos en el Registro Conservatorio"²⁶. Veremos luego que muchos de los Códigos americanos han seguido caminos semejantes.

En el sistema jurídico argentino existen algunos ejemplos de aplicación de la "tradición inscriptoria", en materia de dominio

simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas al Registro público".

²⁴. Código civil de Costa Rica: "Art. 480- La propiedad de muebles e inmuebles se transmite, con relación a las partes contratantes, independientemente de su inscripción en el Registro o de la tradición".

"Art. 481.- La propiedad de los muebles se adquiere respecto de terceros, por la tradición hecha en virtud de un título hábil...".

²⁵. Código civil peruano de 1984: "Art. 949 .- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

Pero respecto a los muebles se requiere la tradición: "...".

"Art. 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente".

²⁶. Ver nota al art. 901 del Esboço, lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 3809 de ese proyecto de Código, donde prevé que "la tradición de inmuebles al efecto de transmitir derechos reales... se juzgará hecha por la transcripción en el Registro Conservatorio de los respectivos instrumentos públicos, aun cuando el transmitente no haya hecho al adquirente tradición efectiva de los inmuebles"; pero, a cualquier otro efecto que no sea el de transmitir o constituir derechos reales, exigía la entrega efectiva (art. 3810 del Esboço).

de automotores ²⁷ y de caballos pura sangre de carrera²⁸. Vemos allí otras hipótesis en que la "tradicción" no requiere la entrega material, sino que el dominio se transfiere al adquirente por medio de la inscripción registral.

En estos casos la "entrega material" de la cosa se mantiene tan sólo como una "obligación de dar", cuyo fin es permitir que el nuevo dueño haga efectivo el ejercicio de su derecho de propiedad, que es adquirido en el momento en el cual se efectuó a su favor el cambio de titularidad registral.

Debemos recordar además -aunque no podamos ahora detenernos en el punto- que en el sistema germánico el acto transmisivo, ya sea la inscripción en el registro, para los inmuebles, o la entrega de la cosa para la generalidad de los muebles, se transforma en un "acuerdo abstracto", totalmente independiente de la "causa" que dió origen a la obligación de transmitir. Si la voluntad de transmitir está presente en el acuerdo, el acto de transmisión será válido e irrevocable, aunque no haya existido una obligación previa que le diese fundamento.

III.- Sistema Iberoamericano (entrega material)

Frente a la posición adoptada por el Código Napoleón, que se apartó del derecho romano clásico y del derecho justiniano, reaccionan los codificadores iberoamericanos, que en este punto dejan de lado el modelo francés, y exigen la "traditio rei", o entrega material de la cosa, como modo integrativo de la transmisión del dominio, criticando duramente la "traditio mero consensu", por considerar indispensable la existencia de un acto material que exteriorice la transmisión.

a) El pensamiento de Freitas. Su influencia en los Códigos de

²⁷. Decreto ley 6582/58. Ver nuestro "Dominio de automotores y publicidad registral", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1981, y "Automotores y motovehículos. Dominio", ed. Zavalía, Buenos Aires, 1992.

²⁸. Ley 20.378.

Argentina y Brasil

Ya FREITAS, en la Introducción a su "Consolidação das leis civis", al destacar la importancia de distinguir los derechos reales de los derechos personales, se refiere a la necesidad de mantener la exigencia de la tradición, en términos que son reproducidos luego por el autor del Código Civil argentino, en la nota al artículo 577 de ese cuerpo legal, que por su contundencia parece de interés recordar:

"Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce.

Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron".

Concluamos, pues, destacando que el Código Civil argentino mantiene el requisito de la tradición²⁹, y como no reguló los registros inmobiliarios más que para las hipotecas, hace extensivo ese requisito tanto a los muebles, como a los inmuebles. Vemos así que, dentro del título dedicado al dominio y los modos de adquirirlo, dedica un capítulo a la tradición traslativa del dominio³⁰.

Freitas, como adelantamos más arriba, en el artículo 901 de su Esboço exige la tradición de manera genérica³¹, pero en la nota

²⁹. Ver artículos 577; 2524, inc. 4; 2609 y 3265 del Código civil argentino.

³⁰. Esboço de Freitas: "Art. 901.- Antes de la tradición, el acreedor no adquiere sobre la cosa derecho real alguno, y para adquirirlo, si la tradición dependiere de acto del deudor, será necesario que éste se la haga, o que se le dé posesión judicial por medio de sentencia".

³¹. Ver arriba, en nota 26, el texto del artículo 3809 del Esboço.

a esa norma aclara que tratándose de inmuebles la tradición consistirá en la inscripción de los títulos en el Registro³², y luego en los artículos 3809 y 3810 regula la tradición inscriptoria de los inmuebles.

Posteriormente, ya a comienzos del siglo XX, el Código de Brasil adopta el mismo sistema que había preconizado Freitas, exigiendo la tradición, con la excepción de los bienes inmuebles, en los cuáles ésta se hará por vía registral³³. El nuevo Código, aprobado y publicado en enero de 2002, para entrar en vigencia al año de su publicación, mantiene la tradición para los muebles, y el registro para los inmuebles³⁴.

b) El Código de Chile y códigos que lo tomaron de modelo

Tan arraigado se encontraba el principio de la tradición, que ni la arrolladora influencia del Código Napoleón pudo abatirlo totalmente, y se mantuvo en la mayor parte de los Códigos iberoamericanos, que se negaron a aceptar la innovación aportada por el Código civil francés.

En este sentido abre el camino el Código de Chile, de don Andrés Bello, quien después de enumerar los modos de adquirir el dominio en el artículo 588, y mencionar entre ellos a la tradición,

³². Capítulo 4 del Título 5, del libro Tercero, arts. 2601 a 2603.

³³. Código civil brasileño de 1917: "Art. 620 .- El dominio de las cosas no se transmite por los contratos antes de la tradición. Pero ésta se sobreentiende cuando el transmitente continúa poseyendo por el constituto posesorio".

"Art. 675.- Los derechos reales sobre cosas muebles, constituídos o transmitidos por actos entre vivos, sólo se adquieren por la tradición".

"Art. 676.- Los derechos reales sobre inmuebles, constituídos o transmitidos por actos entre vivos, sólo se adquieren después de la transcripción o inscripción en el Registro de inmuebles de los referidos títulos, salvos los casos de excepción expresados en este Código".

³⁴. Nuevo Código civil brasileño: "Art. 1226.- Los derechos reales sobre cosas muebles, constituídos o transmitidos por actos entre vivos, sólo se adquieren con la tradición".

"Art. 1227.-. Los derechos reales sobre inmuebles constituídos o transmitidos por actos entre vivos, sólo se adquieren con el registro en el "Cartorio" de Registro de Inmuebles de los referidos títulos (art. 1245 a 1237), salvo excepciones expresas en este Código".

le dedica un título, el VI del Libro Segundo ³⁵, cuyo primer artículo define la tradición traslativa del dominio³⁶, y luego se ocupa detalladamente de los distintos tipos de tradición, entre ellos la de inmuebles, que se efectúa por la inscripción de sus títulos en el Registro a cargo del Conservador ³⁷, finalizando con una norma que regula la tradición de los derechos personales, en el caso de cesión de créditos ³⁸.

Para el Código chileno la tradición traslativa del dominio, o de otros derechos reales, consiste en la "entrega" de la cosa (modo), que se efectúa en virtud de la existencia de un título precedente, que justifica esa entrega, con la cual se extingue una obligación preexistente. El efecto normal de la tradición es transferir el dominio, o el derecho real correspondiente, que pasa del tradente a quien lo adquiere

El Código consagra varias formas de tradición simbólica, entre las cuales la más importante es quizás la de los inmuebles, por medio de la inscripción del título, y también la traditio brevi manu, y la tradición por indicación. Resulta interesante destacar -como lo hace Lafaille- que el Código de Bello es el primer código civil de América Latina que dió cabida a la publicidad registral de las transmisiones inmobiliarias ³⁹.

³⁵. El mencionado título comprende los artículos 670 a 699, y está dividido en tres capítulos.

³⁶. Código civil chileno: "Art. 670.- La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.
Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

³⁷. Código civil chileno: "Art. 686.- Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador
Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería".

³⁸. Código civil chileno: "Art. 699.- La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecho por el cedente al cesionario".
Adviértase, sin embargo, que para los inmuebles se establece lo que hemos denominado "tradición inscriptoria".

³⁹. Ver Héctor Lafaille: Tratado de Derechos Reales, ed. Ediar, Buenos Aires , 1943, T. I, N° 644 p. 493, nota 91.

Tras el ejemplo del Código de Bello marchan todos los Códigos de la costa del Pacífico que lo tomaron de modelo: Colombia⁴⁰, Ecuador⁴¹, El Salvador⁴².

También el Código de Honduras, de 1906, ha estado fuertemente influenciado por el de Chile, aunque no lo sigue tan de cerca como los códigos que mencionamos anteriormente. Por ello no encontramos en el título del dominio una norma equivalente al artículo 588 del Código chileno, que enumere los modos de adquirir el dominio, pero luego, al igual que su modelo, destina el título VI de su libro Segundo a la tradición, que es definida de manera similar, en cuanto modo de adquisición del dominio, pero cuando llega a la transferencia de inmuebles, el artículo 713 acepta una "tradición cartular", y sólo exige la inscripción para que esta transmisión produzca efectos con

⁴⁰. El Código civil de Colombia reproduce casi textualmente todas las normas del Código chileno. Sobre el particular recomendamos consultar el interesante estudio de Enrique BALMES titulado: "El Código de Bello en Colombia", en Congreso Internacional 'Andrés Bello y el Derecho', ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 411 y ss., y también la obra de Alejandro GUZMÁN BRITO: "La codificación civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX)", ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 374 y ss.

Respecto a la tradición vemos que los artículos 740 y 761 del Código colombiano son idénticos a los artículos 670 y 699 chilenos, que hemos reproducido en nota 37.

El artículo 756 (Código de Colombia), corresponde al 686 de Chile, y dice: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de Registro de instrumentos públicos...", pero no contiene ninguna referencia a la tradición de minas.

⁴¹. El Código civil de Ecuador integra la familia de códigos que tomaron como modelo al Código de Chile, y dedica -como éste- un título íntegro, que comprende los artículos 705 a 733, a la tradición. El primero y el último (705 y 733), reproducen casi textualmente los arts. 670 y 699 chilenos. El artículo 721 corresponde al 686, con ligeras variantes, y dice:

"Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad..."

⁴². El artículo 651 del Código salvadoreño reproduce al 670 chileno; el artículo 672 salvadoreño contiene conceptos análogos a los del 699 chileno, pero se extiende en los requisitos formales de la nota de cesión.

Y el artículo 667 (Código civil de El Salvador), que sigue al 686 chileno, dice en su primer párrafo: "La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituídos en ellos, salvo las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad".

Aparece aquí en materia inmobiliaria lo que hemos denominado "tradición instrumental".

relación a terceros ⁴³.

c) El Código de Uruguay

Nos parece interesante también destacar las expresiones empleadas por la Comisión encargada de redactar el Código civil uruguayo ⁴⁴, presidida por el cordobés Tristán Narvaja, en un documento poco conocido, por lo que hemos creído de interés reproducirlo textualmente:

"El proyecto resuelve otra cuestión de verdadera trascendencia: la que versa sobre la necesidad de la tradición. El derecho romano consideró insuficientes las convenciones para transmitir por sí solas el dominio de las cosas, distinguiendo cuidadosamente el título y el modo; el contrato sin la tradición no transfería el dominio. La doctrina romana pasó al Código de las Partidas, sin que en tan largo espacio haya ocurrido nada que decir de esas leyes, nada que oponer a aquella teoría.

El Código civil de Francia, por el contrario, abandonó el principio de la tradición, mirándole como una de las tantas sutilezas del derecho romano...

No siendo la propiedad un hecho sino un derecho, un

⁴³. El artículo 697 del Código de Honduras corresponde al artículo 670 de Chile.

Más adelante, con relación a los inmuebles, el artículo 713, establece: "La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales y de los derechos reales constituídos en ellos, se efectuará por medio de un instrumento público en el que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad".

⁴⁴. Uruguay dedica todo un título (el Título III del Libro III, artículos 720 a 737 en su numeración originaria y 758 a 775 en la actual), que lleva como leyenda "De las calidades que se requieren para adquirir el dominio por la tradición", al problema que nos ocupa. La primera de esas normas dispone:

"Art. 758.- La tradición o entrega es la transferencia que hace una persona a otra de la posesión de una cosa, con facultad y ánimo de transferir el dominio de ella."

Luego en el artículo 759 distingue la tradición real de la ficta, y dedica una serie de normas a ejemplificar las dos especies. Finalmente trata de los efectos en el:

"Art. 775.- Por la tradición verificada con las calidades requeridas en este título, se transfiere al adquirente el dominio de la cosa, tal como lo tenía el tradente. ...".

El proyecto fue elevado junto con un mensaje el 31 de diciembre de 1867, y sancionado en enero de 1868. El Código entró en vigencia el 18 de julio de ese año.

producto de la ley, sin duda que puede establecerse en un código que esta propiedad se transfiera por la sola voluntad de las partes en virtud de la ley, y sin hecho alguno anterior; este es un sistema; pero ¿será verdadero? Y después, ¿será preferible al de nuestra legislación actual?

En cuanto a lo primero, no puede haber verdad en un sistema que desconoce la esencia de la obligación: que de un modo de obligarse hace un modo de adquirir: naturat invertit. En efecto, la convención, o la obligación que de ella nace, no liga sino a las personas, ella compele a dar, hacer o no hacer; no constituye, pues, sino una deuda y un crédito y no afecta ni puede afectar sino a las personas. Es contra la naturaleza de la obligación que trasfiera algo, pues que ella es la causa de la traslación que debe hacerse; es contra su naturaleza el sustituir una persona a otra, porque su naturaleza propia es dar el derecho de exigir la sustitución; luego ella es impotente para hacerla. La dación de una cosa o la prestación del hecho es la ejecución, la consumación de aquello a que uno se ha obligado, y la idea de la obligación implica la de un tiempo futuro. Mas si desde que la obligación existe, y porque ella existe, ha cumplido su fin, aunque no haya mediado intervalo de tiempo alguno ni siquiera un instante de razón, la obligación nace, y se extingue uno et eodem acto. El medio y el fin son una misma cosa; hay según se expresa en el código francés, una parte acreedora y a la vez propietaria de una misma cosa, ideas contradictorias en sí mismas y hasta en los términos.

Aunque así no fuera, deberíamos mantener el sistema que nos rige, y según el cual se requiere la tradición para que trasmita la propiedad. Este es un derecho para todos, derecho que se manifiesta públicamente entonces por medio del signo externo que regularmente le acompaña y le indica, a saber: el poder y la posesión. Interesa a la sociedad que las transmisiones se hagan públicas y se sabe cuanto contribuye la tradición para obtener ese resultado.

... La Comisión cree oportuno agregar que después de

aprobado el título de la tradición, ha visto con placer confirmadas sus ideas por el sabio jurisconsulto argentino doctor Vélez Sársfield (libro 2, Sección 1)".

d) El Código español y su influencia en América

Por su parte el Código español, sancionado en 1889, incluye dos normas que exigen la "traditio rei"⁴⁵, conservando así el sistema que consagraban las Partidas ⁴⁶, y que García Goyena, bajo la influencia del Código francés, había propuesto dejar de lado ⁴⁷.

Resulta interesante destacar que en el Anteproyecto de 1882-1888 el actual artículo 609, que allí tenía el número 606, no hacía referencia a la tradición, sino que se limitaba a reproducir el artículo 710 del Código italiano de 1865, afiliado al sistema francés del consensualismo, diciendo que la propiedad se adquiere "por efecto de los contratos" ⁴⁸. Este dispositivo, sin embargo, entraba en colisión con lo dispuesto por el artículo 1112 del Anteproyecto (actual 1095), que -en cumplimiento de la Ley de Bases ⁴⁹ de 1888-

⁴⁵. Ver los artículos 609 y 1095 del Código civil español en la nota 1.

⁴⁶. La Ley 46, del Título 28, Partida Tercera, establece cómo pasa el señorío de la cosa al comprador, diciendo: "Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendoselas, o dandoselas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon. E por ende dezimos, que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga otro por su mandado, que passa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderasse della..."

Este principio está ratificado por lo dispuesto en la Partida Quinta, Título 5, ley 50, para el caso de dobles ventas, estableciendo que se hace propietario aquel a quien primero se le entregó la cosa: "Una cosa vendiendo un ome dos vezes a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente, passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse la deve aver, e non el otro... Otrosi dezimos, que si el postrimero comprador passasse a la tenencia, e a la possession, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero..."

⁴⁷. Ver el texto en nota 2.

⁴⁸. Ver Manuel PEÑA BERNALDO de QUIRÓS: "El Anteproyecto del Código civil español 1882-1888", Reus, Madrid, 1965.

⁴⁹. La base 20 estipulaba que los contratos "serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante".

Esta base era, en realidad, un desarrollo de lo establecido en la base 1, al disponer que cuando se tratase de acoger alguna institución nueva debían tomarse las máximas precauciones, aceptando que el proyecto de 1851 serviría de punto de partida para la confección del Código "pero sólo en cuanto se haya contenido el

había optado por el mantenimiento del requisito de la entrega de la cosa para que se produzca la transmisión del derecho real. La contradicción se eliminó introduciendo una modificación al artículo 609, que quedó con su redacción actual.

Cuba y Puerto Rico, que todavía eran colonias españolas a fines del siglo pasado y, como tales, alcanzaron a aplicar el Código español, al independizarse dictan cuerpos legales que prácticamente lo reproducen de manera textual ⁵⁰, y el nuevo Código de Cuba, ahora país socialista, también lo recepta ⁵¹.

A su vez Panamá, luego de separarse de Colombia a principios del siglo XX, mantuvo durante una década en vigencia el Código colombiano, hasta que en 1916 se dicta su propio Código, que refleja una fuerte influencia de los códigos de Chile y de España ⁵². Encontramos en ese cuerpo legal el artículo 980 ⁵³, que prácticamente reproduce el artículo 1095 del Código civil español, y también existe una clara referencia a la tradición en el artículo 1220 a, agregado

sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio" (ver Federico de CASTRO. "Derecho Civil de España, Parte General", T. I, p. 216, Madrid, 1955).

⁵⁰. El Código civil de Puerto Rico en sus artículos 549 y 1048 reproduce los artículos 609 y 1095 del Código civil español.

Un camino similar seguía el viejo código cubano.

⁵¹. Código civil de Cuba de 1987: "Art. 178.- La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión".

Resulta clara la influencia de un derecho ya enraizado en el sentimiento popular, para el mantenimiento del sistema de la entrega material de la cosa, o tradición, en el nuevo Código cubano.

⁵². Ver nuestro "Codificación civil y derecho comparado", ed. Zavalía, Buenos Aires, 1994, p. 150 a 153.

En igual sentido Alejandro GUZMÁN BRITO, "La codificación civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX)", ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 491 y ss., en especial p. 493, donde destaca que hay un predominio de la influencia española "que nos permite situar el código panameño de 1916 dentro de la órbita del código español".

⁵³. Código civil de Panamá: "Art. 980.- El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación. Sin embargo no adquiere derecho real sobre ella hasta que haya sido entregada".

con posterioridad ⁵⁴.

IV.- Naturaleza jurídica de la tradición

a) Causa

La tradición es un punto en el que hacen eje una serie de aspectos que se vinculan no solamente con los derechos reales, sino con la transmisión de todos los derechos patrimoniales y el funcionamiento de las relaciones jurídicas.

Al estudiar obligaciones se advierte la preocupación que ponen los juristas en el estudio de la "causa", destacando las distintas acepciones que tiene el vocablo, y dividiéndose los autores en "causalistas" y "anticausalistas". En cambio en la mayor parte de las obras argentinas de derechos reales parece olvidarse que la causa es un elemento esencial de todo tipo de relaciones y casi no encontramos autores que profundicen su estudio. Al comenzar sus trabajos y ocuparse en general de los derechos reales, cuando llegan al problema de la adquisición, suelen mencionar de manera muy sintética la adopción por el Código civil de la teoría del título y modo y luego, cuando tratan específicamente de la tradición traslativa del dominio, remiten a lo ya dicho, pero sin extenderse sobre el problema ⁵⁵.

No lamentamos, sin embargo, este silencio, pues la equivocidad del vocablo causa provoca confusiones y discusiones muchas veces estériles, como las que -en este tema- ocuparan durante largo tiempo a glosadores y pandectistas, que no contribuyen a la adecuada comprensión del problema. En efecto, basándose en textos como el de Paulo (D. 41.1.31), en los que se afirma que la simple entrega no transfiere la propiedad, sino cuando tiene como base una "causa justa", y otros varios en que se habla de que la falta de "causa justa" permite ejercitar las *condictio*, reclamando la

⁵⁴. Código civil de Panamá: "Art. 1220 a.- En la venta de frutos pendientes o futuros y en la de cosas muebles que pueden describirse distintamente, la tradición del dominio se hará según las reglas generales. ...".

⁵⁵. A título de ejemplo citamos las obras de Salvat, Lafaille, Laquis, Peña Guzmán, Mariani de Vidal, y Borda.

restitución de lo que se entregó, los comentadores del Digesto se enzarzan en arduas discusiones sobre la "justa causa" de la tradición, procurando incluso determinar si los fragmentos en que se menciona tal requisito son originarios del derecho clásico, o si han sido objeto de interpolaciones.

Pero sucede que aquí el vocablo "causa" se emplea con un sentido distinto al que es objeto de nuestro estudio, en que enfocamos a la "tradición", como uno de los tramos de la "causa fuente", es decir de los actos jurídicos con finalidad transmisiva.

Lo que sucede es que todo acto jurídico (o negocio, como le llama la doctrina europea), se caracteriza precisamente por su "fin" comercial y ese fin es la "causa", pero no ya en el sentido de generar relaciones, sino del propósito "jurídico" perseguido con ese acto⁵⁶. Pues bien, la tradición que carezca de "causa justa", sea porque no está fundada en una obligación precedente, o es fruto de un error, no transmitirá la propiedad de la cosa, y sólo actuará como "fuente" de la obligación de restituir, propia del pago sin causa, y del pago indebido..

En un libro reciente, el Código Civil anotado de Bueres - Highton ⁵⁷, en el comentario de los artículos 2601 a 2603, que estuvo a cargo de la Dra. Beatriz Arean, con citas de autores españoles y alemanes se efectúan consideraciones sobre la "causa", incluyendo referencias a la "causa remota" y las "causas próximas" ⁵⁸.

A nuestro gusto es preferible la sencillez con que Musto nos dice: "para que se produzca una mutación en el ámbito de los derechos reales es necesario la concurrencia del título y el modo. La palabra título está empleada en el sentido de origen o fundamento del derecho dado que se vincula con la *causa fuente*, o *causa eficiente*

⁵⁶. Nuestra opinión sobre "causa fuente" y "causa fin" se encuentra expuesta en "Cartas y Polémicas", en especial N° 217 y siguientes, p. 133 y siguientes.

⁵⁷. Ver Alberto J. BUERES, Director y Elena I HIGHTON, coordinadora: "Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, T. 5.

⁵⁸. Ver Beatriz AREAN, en obra citada en nota anterior, p. 445.

del mismo" ⁵⁹, referencia parcial, pero acertada, con relación a la presencia de la causa en la teoría del título y el modo, como procuraremos demostrarlo.

En efecto, la "causa eficiente", o "causa generadora", es un elemento esencial de toda relación, pero representa la faz "dinámica", ya que la "causa" encarna en los hechos o actos jurídicos que dan nacimiento, modifican o extinguen las relaciones jurídicas.

A los derechos reales se los estudia con más extensión en sus aspectos estáticos: configuración, y contenido, pero es menester recordar que no permanecen eternamente en manos de un propietario y cuando se desea transmitir un derecho real de un sujeto a otro, por actos entre vivos, el único medio, el único vehículo para esa transmisión es la creación de un vínculo obligacional que surge como un estado de tensión entre dos derechos reales sucesivos.

En los sistemas jurídicos que consagran a la tradición como modo constitutivo del derecho real, estas etapas se hallan claramente definidas. Cuando el propietario de una cosa desea transferir esa relación jurídica a otra persona, que será el nuevo dueño, lo primero que hace es crear una obligación, por vía de un contrato, que es causa fuente de la obligación, y para los estudiosos de los derechos reales, les servirá de "título": compraventa, donación, permuta, etc.).

En una primera etapa el contrato hace nacer la obligación que pesa sobre el dueño, de transmitir al adquirente el derecho de dominio sobre la cosa. En esa primera etapa encontramos atados al deudor y al acreedor (el viejo dueño y el futuro dueño), por una relación obligacional.

Se presenta luego una segunda etapa, que también es causal: el cumplimiento de la prestación por el deudor (el viejo dueño), entregando la cosa al acreedor. En ese instante la relación obligatoria se va a extinguir, y quedará cumplida la segunda etapa causal de la transmisión del derecho real, el **modo**, o tradición.

Vuelve aquí Musto a afirmar con acierto y simpleza que el

⁵⁹. Néstor J. MUSTO, Derechos Reales, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981, T. I, p. 116.

derecho real, "para quedar constituido, requerirá del modo (en este caso la tradición). El enajenante cuando entrega la cosa cumple con la obligación de dar asumida..."⁶⁰.

Por supuesto que esta mecánica del título y el modo, como etapas causales de la transmisión de los derechos reales, sólo funciona en el caso de adquisiciones derivativas, por actos entre vivos, y no en las adquisiciones originarias, ni en las transmisiones hereditarias (ver art. 3265 del Código civil argentino). En la cadena de titularidades sucesivas de derechos reales sobre un objeto, entre cada derecho real se engarza un eslabón obligacional, que sirve para el traspaso, y en la relación obligatoria se encuentran -como dijimos más arriba- las dos etapas "causales"; la primera el acuerdo de voluntades, que genera la obligación y sirve de título; la segunda la ejecución de la prestación, el pago que en este caso llamamos "tradición" y es el modo, con el que se completa la etapa transmissiva.

Se comprende sin dificultad que en las adquisiciones originarias la "tradición" no cumpla función alguna, y el sujeto se convertirá en dueño del derecho en virtud de un acto único, que sirve de fuente a esa relación jurídica. Creemos que hablar, como algunos lo hacen, de que en ese acto se reúne "título" y "modo", es una exageración, pues la mencionada teoría sólo funciona en las transmisiones derivativas, cuando en el primer paso se engendró una obligación de transmitir el derecho. También se comprende sin dificultad la solución adoptada por el artículo 3265 del Código civil argentino, que no exige tradición alguna en el caso de las sucesiones por causa de muerte, porque en virtud de la ficción jurídica que consagra el artículo 3417, los herederos se consideran continuadores de la persona del causante. No es tan claro, sin embargo, que el art 3766 aplique la misma regla a los legatarios de cosa determinada y lo considere propietario desde el momento mismo de la muerte del causante, aplicando una solución que es más propia del sistema consensualista del código civil francés, cuyo artículo 1014 sirvió de fuente a la norma de nuestro Código; a nuestro criterio al testamento

⁶⁰. Ver MUSTO, obra citada, T. II, 1983, p. 200, in fine.

y aceptación del legado, como título, debería sumarse la "tradición" por parte del heredero, sobre quien pesa la obligación de la entrega efectiva de la cosa.

b) Tradición y pago

Vemos así que la naturaleza jurídica de la tradición es la del pago de una obligación preexistente y produce el efecto jurídico de llevar el señorío o poder de hecho del deudor al acreedor, de manera que en ese momento desaparecen el primer derecho real y el vínculo obligacional, mientras queda constituido el nuevo derecho real que une al ahora dueño, con la cosa.

En nuestro sistema se trata de un verdadero "acto jurídico", cuya "causa final" es la de extinguir la obligación de dar preexistente (art. 944 del Código civil); por ello los requisitos que debe satisfacer la tradición traslativa del dominio deben concordarse, en nuestro sistema, con los requisitos del pago, lo que nos obligará a analizar una serie de problemas que a veces se han olvidado al estudiar la tradición.

En este momento me parece oportuno recordar que quien atrajo mi atención sobre el problema fue mi antecesor en la Cátedra de Derechos Reales, el Dr. Enrique J. SARAVIA, en épocas en que yo me desempeñaba en la Cátedra de Obligaciones. Él fue quien me impulsó a indagar sobre la naturaleza y características de la "tradición", y asimilarla al pago.

Pude entonces comprobar que en la doctrina española juristas prestigiosos llegaban a adoptar una posición semejante. Así, por ejemplo, DIEZ PICAZO afirma que "...toda tradición, esto es, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior y sería, según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago"⁶¹.

⁶¹. Luis DIEZ PICAZO: "La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español", Anuario de Derecho Civil, 1966, III, p. 555 y ss.. (en especial p. 571).

Por razones de tiempo y espacio no nos detenemos aquí en la distinción que este autor traza entre "tradición genuina" y "acuerdos traslativos", para negarle a la primera carácter negocial. Lo importante es que tanto a una como a los otros les reconoce las características de ser "pagos".

También se pronuncia en sentido coincidente PUIG BRUTAU, afirmando que: "Nadie transmite por puro azar y, por tanto, la tradición ha de ser esencialmente un acto causal, o, mejor dicho, ha de manifestarse como una consecuencia de la voluntad acerca de una transferencia. Por tanto responderá al concepto de pago en sentido amplio, como *solutio* de una obligación preexistente o asumida de manera coetánea con el acto que ejecuta la tradición" ⁶² y BELTRÁN de HEREDIA, en un trabajo publicado en 1967 en la Revista de Derecho Privado⁶³, sostiene que la tradición no es en definitiva más que una *solutio* y configura un paso dentro del proceso complejo de transmisión del dominio.

En el sistema jurídico argentino la tradición traslativa del dominio no es un acto abstracto sino que, como bien lo establece el artículo 2602, necesita un título que la justifique, es decir la "causa" que generó la obligación y que da fundamento al pago, que es la tradición de la cosa.

Si la tradición no se basase en un título, es decir careciese de la primera etapa causal, entrarían a jugar todas las normas del Código relativas al pago sin causa, que son aplicables de manera concordante a la tradición. Vélez Sársfield, dejando de lado cualquier concepción abstracta de la tradición, adoptó enérgicamente el principio causal.

Vemos así que el artículo 787, en materia de pago, dispone que si alguien de buena fe recibió por error en pago una cosa raíz y luego la hubiese enajenado por título oneroso, "el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviese". ¿Por qué se concede la acción reivindicatoria en este caso? Porque ese pago por error "no ha constituido una verdadera tradición traslativa del dominio", ya que le faltaba el antecedente del título que la justificase; la solución adoptada por el Código es consecuencia de la posición de Vélez que exige una "causa" para la tradición y pone de relieve una

⁶². José PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", T. III, Vol. 1, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1971, p. 340.

⁶³. Pablo BELTRÁN de HEREDIA: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", Rev. de Der. Privado, febrero de 1967, p. 103 a 106.

total concordancia entre el artículo 2602 y el artículo 787.

Además la tradición, como todo pago, es un "acto jurídico", y como tal voluntario; al igual que la mayoría de los pagos requiere que confluya la voluntad del "accipiens", que lo acepta, uniéndose a la voluntad del tradens.

Cuando el artículo 2601, expresa: "para que la tradición traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir", esas expresiones deberán concordarse y completarse con lo dispuesto en el artículo 738, en materia de pago, al exigir que "cuando por el pago deba transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla...", recordando que la "capacidad" exigida por estas normas es la "capacidad de voluntad".

En resumen, pues, debe haber concordancia de voluntades, pues si faltase tal acuerdo no habría una tradición válida.

V.- **Consensualismo:** un caso de la vida real

Hace ya cuatro décadas, al iniciar mi carrera docente, tropecé en la "Revue Trimestrielle de Droit Civil" con un caso jurisprudencial comentado por los hermanos Mazeaud, que me convenció del acierto de nuestros legisladores al mantener el requisito de la tradición para la adquisición de los derechos reales.

En París se dispone la subasta judicial de los bienes de una persona, que se realiza en la propiedad misma que se remataba; la venta del inmueble se efectúa en horas de la mañana, adjudicándose al mejor postor, el señor X. En horas de la tarde, y siempre en el mismo inmueble, prosigue la subasta de los muebles, pero el exceso de público y el mal estado del piso de madera, hace que éste ceda yendo a parar más de veinte personas a la bodega, con el luctuoso resultado de un muerto y varios heridos de consideración.

Las víctimas reclaman indemnización al dueño del inmueble (daño causado por el mal estado de conservación de la cosa de su propiedad). En virtud del "consensualismo" imperante en el derecho

francés el dueño, al producirse el accidente, era quien horas antes había efectuado la postura más alta, es decir el señor X! De nada le sirvió no haber recibido la cosa, ni haber ejercido jamás sobre ella poderío alguno; en todas las instancias fue condenado como responsable, y los Mazeaud, en su comentario, luego de señalar que la solución resultaba muy injusta, sólo atinan a decir: "dura lex, sed lex".

En los países que mantienen el requisito de la tradición material jamás podría haberse llegado a una aberración semejante, porque el señor X, al no habersele hecho tradición todavía no sería propietario! La responsabilidad por daño recaería sobre quien no había conservado la cosa en condiciones adecuadas...

VI.- Conclusiones

1) El derecho español ha dejado profundas huellas en el derecho americano y existen lazos tales que puede considerarse que constituyen lo que en derecho comparado se denomina una "familia" de derechos, inserta dentro del grupo romanista.

2) La exigencia de la "tradición" o entrega material" de la cosa, como uno de los requisitos para la constitución de los derechos reales, es uno de los puntos de contacto más notorio.

3) La tradición refleja adecuadamente la dinámica de transmisión de los derechos reales, efectuada a través de un derecho obligacional, que se extingue con la entrega de la cosa, dando nacimiento al derecho real del nuevo propietario.