

# "La tradición escrituraria"

por

Luis MOISSET de ESPANÉS y Gabriel B. VENTURA

Zeus, T. 40, J-50

## I.- Introducción

Dentro de nuestro sistema jurídico la tradición reviste una especial importancia. Se manifiesta como una exteriorización de voluntad tendiente a perfeccionar un contrato o a constituir un derecho real sobre la cosa entregada.

Los efectos de la tradición escrituraria variarán según cual sea el título en virtud del cual ella se produce. Así, podemos hablar de tradición traslativa de la tenencia, supuesto contemplado en el artículo 2460 del Código civil; tradición traslativa de la posesión, contemplada en el artículo 2377 del Código civil; y, finalmente, la tradición traslativa del dominio, regulada en los artículos 2601 a 2603 del Código civil.

Esa exteriorización posesoria que el codificador persigue al exigir la tradición en determinados actos y, sobre todo, en lo que aquí nos interesa, referido al especial efecto que consagra el artículo 577 del Código civil, procura pues una forma de publicidad, la denominada "publicidad posesoria", término que se utiliza aun en aquellos casos en que la relación real es de mera tenencia. A ello se debe que se haya centrado la atención especialmente en este modo de adquirir el dominio, pues la existencia o no de tradición producirá, en principio, la apariencia y hasta la existencia misma del dominio.

La tradición entra a jugar en materia de adquisición de derechos reales en aquellos supuestos en que existe una convención o contrato previo o simultáneo a ella; por eso se habla del acuerdo y de la entrega en toda la normativa del código reguladora de la tradición.

En otros sistemas jurídicos basta con el solo acuerdo, tal

como ocurre en el Código civil francés que, por imperio del artículo 711 establece que "*la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones*", confiriendo entonces al contrato el efecto de transmitir el dominio<sup>1</sup>. Sin embargo, la necesidad de proteger al tercero, hizo que el sistema francés se complementara con la transcripción registral, exigiéndose, en el caso de inmuebles, además del consentimiento de las partes, manifestado en la causa o título de adquisición, la transcripción del acto en el respectivo registro<sup>2</sup>.

También el Código civil italiano, siguiendo el sistema francés, dispone en el artículo 1376 que "*los contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o transferencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado*"<sup>3</sup>.

En otros sistemas, como en el derecho alemán, el consentimiento o acuerdo entre transmitente y adquirente, se perfecciona sólo con la inscripción en el registro pertinente<sup>4</sup>.

Vélez Sársfield ha rechazado en forma expresa la posibilidad de transmisión por el solo consentimiento de las partes, así como la admisibilidad de la tradición escrituraria "o traditio cartae" (art. 2378 del Código civil). Esta forma de transmisión podrá convertirse en un ocultamiento al no traducir exteriormente el cambio de titulares posesorios, sirviendo de fuente a pleitos y perjudicando a su vez los derechos e intereses de los terceros ajenos al contrato

---

<sup>1</sup>. En verdad los codificadores franceses aprovechan experiencia de su antiguo derecho, en el que la tradición había caído ya en una simple fórmula inserta en los contratos. Suprimirla, con un criterio práctico, en nada variaba las cosas, y por el contrario se atenía más a la realidad. Ver Raymundo M. SALVAT, "Derecho civil argentino - Derechos Reales", TEA, 5ª ed., Buenos Aires, 1962, T. II, N° 887, p. 200.

<sup>2</sup>. Ver Raymundo M. SALVAT, obra y lugar citados en nota anterior y Luis A. PEÑA GUZMÁN, "Derechos Reales", TEA, Buenos Aires, 1973, N° 806, p. 185.

<sup>3</sup>. Ver Luis A. PEÑA GUZMÁN, obra citada, T. II, N° 806, p. 186-

<sup>4</sup>. Ver Néstor J. MUSTO, "Derechos Reales", ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1983, T. II, p. 201.

que se encuentren en posesión de la cosa <sup>5</sup>.

## II.- La tradición escrituraria

En el Código civil argentino la disposición expresa del artículo 577 confiere a la tradición el carácter de modo por excelencia, complementario de un contrato<sup>6</sup>. Por otra parte en el artículo 2378 se niega validez a la tradición escrituraria, quizás en términos demasiado generales, cuando se establece que "*la tradición se juzgará hecha, cuando se hiciere según alguna de las formas autorizadas por este Código*" y se agrega: "*La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales*".

Por su parte la jurisprudencia ha enriquecido los principios legales expuestos, estableciendo en algunos casos que dicha declaración no sólo no será válida respecto de terceros, sino que no lo será ni aun entre las partes <sup>7</sup>.

## III.- El constituto posesorio

No obstante la importancia atribuida a la tradición, existen en el Código civil argentino algunos supuestos en los que por cuestiones más bien prácticas, la tradición no se exige como hecho físico; son los casos de la "traditio brevi manu", la tradición por indicación (contemplados expresamente en el artículo 2387 del Código civil) y el "constituto posesorio" (establecido de manera indirecta en el artículo 2462, inciso 3, del código civil).

---

<sup>5</sup>. En verdad el sistema del Código civil argentino, artículo 577, viene a complementar todo el régimen protector de la posesión. Piénsese que hasta podría un tercero haber adquirido el dominio por usucapión y continuar efectuándose transferencias sucesivas, que resultarían por esa circunstancias ajenas a la realidad e inexistentes en cabeza de los transmisores.

<sup>6</sup>. Enrique J. SARAVIA, "El constituto posesorio", en Cuadernos de los Institutos de la Facultad de Derecho y C. Sociales, Univ. Nacional de Córdoba, Boletín IV, año 1957, p. 3.

<sup>7</sup>. Cam. Civil Capital, sala F, L.L. 114-806; Cam. Civil Santiago del Estero, J.A., 12-1971-769, sumario 7.

El tema aquí estudiado, la tradición escrituraria, se vincula estrechamente con el "constituto posesorio", puesto que justamente para que se configure este último, se necesita una manifestación contractual expresa del transmitente y del adquirente. El primero de darse por desposeído y el segundo de aceptar dicha posesión.

La previsión implícita del artículo 2462, inciso 3, y la prohibición a su vez del artículo 2378 in fine, establecida en términos absolutos, ha hecho que la jurisprudencia considere que debe exigirse un acto separado de manifestación de voluntad, estableciendo el constituto posesorio, entendiéndose que ese acto separado no puede constar en una mera cláusula del mismo contrato de enajenación, sino que debe estar contenido en un documento independiente <sup>8</sup>. Ello constituye, sin duda alguna, un exceso en la interpretación de las mencionadas normas.

#### IV.- Nuestra opinión

Por nuestra parte consideramos que, si bien es cierto que debe exteriorizarse la tradición posesoria -excepción hecha de los supuestos referidos en el punto anterior- debe también atenderse al principio de la buena fe de las partes y obligárselas en consecuencia, al menos entre ellas, al total cumplimiento de las estipulaciones que en el acto se hubiesen previsto. Estimamos que esa exteriorización posesoria, efectuada por hechos materiales del traspaso de la posesión, es una exigencia establecida sólo como defensa de intereses ajenos al contrato, no para regular la relación entre las propias partes. Si una de ellas manifiesta de manera expresa que ha entregado la posesión de la cosa, y luego se advierte que sigue en la misma situación de hecho, esa relación fáctica no puede ser más que de mera tenencia, en atención a su declaración de cambio en el ánimo

---

<sup>8</sup>. "... siendo necesario para que se configure, la concurrencia de dos actos independientes, distintos entre sí: el negocio traslativo de que se trate y el acto en cuya virtud el enajenante ocupa la cosa como simple tenedor" (S.C. de Buenos Aires, 2 diciembre 1968, J.A. 3-1969, sec. Prov. 693). Ver también Cam. 1ª de La Plata, sala II, 8 agosto 1968, J.A. I-1969, sec. Prov. 586; y Cam. 3ª Córdoba, 5 septiembre 1955, Comercio y Justicia, T. VIII-599.

posesorio inserta en un instrumento público, cuyo contenido debe ser tenido por cierto atento a ese carácter. Al venderse y afirmarse en la escritura de venta que se ha entregado la posesión, con ello se está tácitamente efectuando un constituto posesorio, si se continúa luego en relación de hecho con la cosa vendida (artículo 2462, inciso 3). No es necesaria una declaración formal que estipule o establezca el constituto posesorio, y mucho menos será menester un documento separado, distinto del acto de transmisión.

Entre las partes, pues, dicha manifestación implica haber efectuado la tradición por vía del constituto posesorio, siempre que esa circunstancia no perjudique a terceros y que en el momento de efectuarse la declaración el que entregaba la posesión estuviese efectivamente en dicha relación real con la cosa. El artículo 2378 al eliminar en términos categóricos y demasiado generales la tradición escrituraria, debe entenderse que lo hace sólo en cuanto a que el que la efectúa carece de posesión y no puede, por vía de una mera declaración entregar aquello que no tiene (artículo 3270, Código civil) en perjuicio de terceros que son los que están poseyendo y con respecto a quienes debería exteriorizarse el intento de transmisión posesoria. Pero en lo que respecta a la relación entre partes tiene plena vigencia el artículo 2462, inciso 3 del Código civil.

Una interpretación armónica, dinámica y moderna de toda la normativa vigente, respetando el principio de la buena fe sobre el que tanto ha puesto el acento la reforma de la ley 17.711, no puede llevarnos a otra conclusión que la que sustentamos. Alguna parte de la doctrina, y esporádica jurisprudencia, avalan nuestra postura <sup>9</sup>.

Así lo ha manifestado en el caso analizado la vocal Dra. Antonia del V. Beuck de Banchio, quien destaca asimismo que en el caso de autos la declaración no proviene sólo del tradente (supuesto que prevé el artículo 2378), sino que concurre también la declaración del adquirente de tener la posesión.

---

<sup>9</sup>. Raymundo M. SALVAT, obra citada, §. I, N° 1223, p. 197, Cam. 2ª La Plata, fallo 9 octubre 1961, L.L. 65-47: "La cláusula de la escritura traslativa del dominio por la cual el adquirente declara hallarse en posesión del inmueble, es suficiente para acreditar entre las partes que se ha hecho la tradición, pues importa una confesión del hecho a que se refiere".

## V.- El caso analizado

En tal sentido la solución que se da al litigio es correcta, pues si la vendedora continuó ocupando el inmueble lo hizo en el carácter de tenedora; los adquirentes se transformaron en verdaderos propietarios. Hubo tradición, primero por constituto posesorio; luego, en algunos casos, tradición por indicación (art. 2387, in fine, Código civil). Cuando los actores, herederos del anterior propietario, se convierten en poseedores o, mejor dicho, entran en relación de hecho con la cosa, sólo pueden continuar la relación que con ella tenía su causante; es decir que no entran en la condición de poseedores sino que lo hacen en el carácter de meros tenedores.

La acción de liberación de la obligación de entregar por vía prescriptiva, intentada por los actores, carece de todo sustento, puesto que esa obligación ya había sido cumplida con la tradición efectuada escriturariamente entre las partes, y esos herederos no son terceros que puedan estar protegidos por la falta de formalidades legales y respecto de los cuales, según lo hemos explicado, tendría aplicación el artículo 2378; ellos son continuadores de la persona del causante, ocupan su lugar jurídico y quedan por ende obligados por todos los actos que, con relación a esa determinada relación jurídica ha efectuado válidamente con anterioridad la causante. Ello no significa, sin embargo, la imposibilidad por parte de los herederos de intervertir su título de tenedores, pero si pretenden ahora transformarse en poseedores, deberán efectuar actos exteriores suficientes como para excluir a los adquirentes del bien (art. 2458 del Código civil), y éstos, al verse privados, siendo sucesores de un verdadero propietario, podrán valerse de la acción reivindicatoria, en razón de aquella doctrina generalizada de que el cesionario goza de las acciones reivindicatorias que hubiese tenido su cedente. Así, en este casos, la Srta. Catini habría tenido la acción reivindicatoria.

## VI.- Conclusiones

1) El artículo 2378 del Código civil, en cuanto declara ineficaz para considerar efectuada la tradición la mera declaración del tradens de darse por desposeído, debe interpretarse sólo en tanto tal declaración pretenda invocarse en perjuicio de terceros.

2) La declaración escrituraria de darse por desposeído el anterior propietario, reconociendo la posesión en el adquirente, tiene -entre las partes- el efecto del constituto posesorio, establecido en el artículo 2462, inciso 3, del Código civil y, como tal, debe considerarse cumplido el artículo 577 y completado el modo exigido para la constitución de derechos reales.

3) Lo dicho es aplicable también a los sucesores, ya que éstos no son terceros ajenos a la relación y están sometidos a lo convenido por el causante ocupando su misma situación jurídica.

4) Para que dicha declaración surta efecto de constituto posesorio no es menester el cumplimiento de ninguna otra formalidad además del acto de enajenación, ni que la manifestación de voluntad de darse por desposeído conste en acto ni instrumento separados.

5) Interpretar lo prescripto por el artículo 2378 también con relación a las partes, como lo ha hecho parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, implica ir en contra de la teoría de los propios actos y del principio de buena fe.