



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO EN LAS ESCRITURAS PUBLICAS TRASLATIVAS – ALGUNOS PROBLEMAS POSESORIOS

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I- TÍTULO Y MODO. II- EL TÍTULO NOTARIAL COMO CAUSA Y SU RELACIÓN CON LA POSESIÓN. III- LA TITULARIDAD DEL DERECHOREAL. IV- LA TRADICIÓN Y SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD NOTARIAL. V- LA TRADICIÓN DE INMUEBLES. VI- LA TRADICIÓN ESCRITURARIA. VII- EL NUEVO ART. 1924 – LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS Y EL PRINCIPIO DE INCOLUMIDAD FORMAL. VIII- LA CLÁUSULA TRADITORIA. IX- LA TRADICIÓN POR INDICACIÓN. X- EL REQUISITO DE LA TRADICIÓN VACUA. XI- ESCRITURAS SIN TRADICIÓN DECLARADA. XII- SUPUESTO EN EL QUE EL TRANSMITENTE CONTINÚA OCUPANDO LA COSA. XIII- TÍTULOS NOTARIALES EN CONTRA DE ACTUALES POSEEDORES. XIV- LA TRANSMISIÓN DE INMUEBLES OCUPADOS POR TERCEROS CONTRADICTORES. XV- LA EVICCIÓN. XVI- EL USUCAPIENTE FRENTE A LOS NUEVOS TITULARES CARTULARES O REGISTRALES DE DERECHOS. A) EL USUCAPIENTE FRENTE AL ADQUIRENTE – B) EL ACREEDOR HIPOTECARIO FRENTE A UN ADQUIRENTE POR USUCAPIÓN. XVII- LOS ACTOS POSESORIOS: A) HECHO VOLUNTARIO. B) MODIFICACIÓN FÍSICA. C) CONTACTO. D) ÁNIMO DE DUEÑO. XVIII- LAS ACTAS POSESORIAS

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 el Código Civil y Comercial, tal como tam-

bién lo hacía el código derogado (art. 1184 inc. 1º), expresamente impone

* Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor de Derecho Notarial de la Universidad Notarial Argentina (Delegación Córdoba). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

la forma "escritura pública" para todos aquellos contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, con la excepción de los que se adquiriesen mediante subasta judicial o administrativa (art. 1017 CCC)¹.

Es por ello que el notario resulta ser, salvo en los supuestos de excepción mencionados, un protagonista fundamental, una especie de "partícipe necesario" si se nos permite la irónica expresión, en todo lo relacionado con el tráfico inmobiliario. Esta circunstancia nos ha hecho expresar reiteradamente que, al menos en Córdoba, el quehacer 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 tan 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, mantenida en el nuevo CCC.

Tanto la correcta instrumentación del título a que alude la teoría para lograr el título suficiente referido en el art. 1892 CCC, como la relación de la actividad notarial con el cumplimiento correcto del modo, serán objeto de análisis en este breve estudio.

I- TÍTULO Y MODO

¹ En verdad también deben considerarse como supuestos de excepción las modificaciones generadas en los resolutivos judiciales de partición o adjudicación de bienes, en los casos de comunidades (la comunidad hereditaria, art 2371 CCC; la comunidad de gananciales, art. 500 CCC y las adjudicaciones judiciales en la división de condominio, art. 1996 CCC). Si bien en estos casos los actos no constituyen técnicamente causas de adquisición, sí son, a no dudarlo, causas de modificación. En el mismo art. 1017 CCC aparecen también las modificaciones, y ello da fundamento válido para agregarlas igualmente como supuestos de excepción a la escritura pública. En definitiva, la "ratio legis" del dispositivo es que los derechos reales sobre inmuebles tengan una manifestación formal en instrumento público, por la seguridad que el principio de autenticidad aporta. Ver sobre el tema nuestro "Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 56. Registral Inmobiliaria 17801, (nota al art. 2), pág. 56.

Vélez Sársfield, en el momento de regular la constitución de los derechos reales adoptó una posición especial; se apartó del modelo francés, que era la legislación más influyente de su época, en el que el sólo consenso, en todos los contratos traslativos, operaba ya la transmisión domini- nial de la cosa².

En realidad, el sistema de la tradición como elemento constitutivo del derecho real es parte de la “sabiduría romana”, como lo afirma Freitas en expresiones citadas por Vélez en la nota al art. 577 del Código Civil derogado, pues *“Las cosas que se conviene en transmitir es posible que no sean transmitidas, 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 sucesi- vamente 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 cons- tante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? [...]”*.

En atención a esos fundamentos el ya citado art. 577 del Código derogado establecía que antes de la tradición de la cosa no se adquiría sobre ella ningún derecho real. Hoy la norma del nuevo art. 750 del CCC reitera el pronunciamiento, al expresar que *“El acreedor no adquiere nin-*

² El viejo art. 1038 del Código Civil Francés decía: “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 leíamos en la norma referente al contrato de compraventa: *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* decía: “La permuta opera por el solo consentimiento de la misma manera que la venta”. En la donación el *Art. 938* expresaba: “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”. Corresponde aclarar que en los años 2016 y 2017 el Código Civil Francés fue modificado, por lo que, para aludir hoy al sistema consensual francés, opuesto al sistema de título y modo, hay que acudir al nuevo art. 1196 de dicho cuerpo legal que dice: “En los contratos que tengan por objeto la enajenación de la propiedad o la cesión de otro derecho, la transferencia se opera desde la conclusión del contra- to”.

gún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario”.

Quedaría entonces al adquirente, en un contrato traslativo, una acción de 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 ha nacido aún para el adquirente.

Esta es justamente una de las diferencias sustanciales que suelen resaltarse entre los derechos reales y los personales; mientras los últimos quedan constituidos sólo con el título, los primeros exigen además una exteriorización; en definitiva, requieren una publicidad, sea posesoria sea registral según los casos, elemento que determinará la constitución concreta del derecho real que se pretenda³.

Podemos decir entonces, que TITULO 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. En nuestras clases solemos expresar, casi a la manera de un principio jurídico: “el modo es la concreción de los anhelos del título”⁴.

³ 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”.

⁴ La malhadada norma del art. 1892 del nuevo CCC pareciera pretender abolir dicha dinámica, cuando expresa que “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes...”. Como puede apreciarse se daría a entender “a contrario sensu” que si la adquisición fuere originaria no se haría menester la concurrencia de esos dos elementos. No estamos de acuerdo con esta tesis. Creemos pues que el título y el modo son exigibles en todos los supuestos de adquisición de derechos reales, tanto en los modos derivados como en los originarios. Hasta nos atrevemos a expresar que la lógica de esta interpretación hizo que ni aun en el nuevo Código Civil y Comercial que intenta, como se ve, eliminar esa posibilidad en la contundente norma parcialmente transcripta, lo ha podido hacer. Por eso puede leerse, por ejemplo, en la norma relativa a la prescripción (art. 1897 CCC), que “La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”. Concluimos que si el legislador ha previsto la exis-

II- 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”, aun cuando hagan mención por ejemplo a hijuelas judiciales en un proceso 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. En efecto, ¿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 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 facción pregona. Este documento solo 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 vendedor⁵.

tencia de un modo para estos casos, utilizando incluso dicha expresión técnica, es obvio que dicho modo será el complemento causal necesario de un título. En estos casos pues, el título es la ley misma. Ver sobre el punto VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica...” Ob. cit. También hemos tocado el tema en nuestra nota al art. 1892 en el “Código Civil Comercial de la Nación y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2017, Tomo 4^a, pág. 67 y ss.

⁵ 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

Para determinar con precisión si efectivamente se ha constituido o transmitido el derecho real deberemos apuntar al terreno de los hechos: LA POSESIÓN; que, como todos sabemos, la doctrina es ya casi unánime en considerarla un hecho y no un derecho, sobre todo luego de la contundente norma del art. 1909 del CCC que directamente la explica expresando que es un “poder de hecho sobre una cosa”⁶.

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.

III- 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 oportunidades⁷ aclarar que, al hablar de titularidad de

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...”

⁶ En verdad ya ni respecto del Código de Vélez (que no era tan contundente en el asunto) quedaban muchos autores que sostuvieran la doctrina de la posesión 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.

⁷ ver nuestro “Dinámica de la constitución...” Ob.Cit. cit.; “La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio”, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Ed. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba,

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 resolutive.

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 inscripción de los derechos en los registros pertinentes⁸. El valor de esta titularidad dependerá del valor que se le adjudique a la inscripción 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 situación más 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 (art. 1892, 2do. párrafo del CCC) y además se ha hecho tradición de la cosa, (cumplimiento del modo - art. 750 CCC -) el adquirente se ha transformado en titular REAL del bien transferido.

2000, Tomo III, pág. 173. También tocamos el tema en nuestro reciente libro "Acciones Reales según el Código Civil y Comercial", Ed. Zavalía, Bs.As. 2017, pág. 55-58.

⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Publicidad Registral", 2da. Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, pág. 90: "[...] toda norma dotada de coactividad es obligatoria [...]".

Esta clasificación ayuda a ver con claridad el problema de la posesión, relacionada con la actividad notarial, que es el tema que nos ocupa. En efecto, veremos 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 del hecho de la toma de la posesión, según veremos más adelante; pero, por ahora no podemos asegurar que se haya efectivizado la "traditio rei"⁹.

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. El supuesto se presenta cuando un sujeto posee durante veinte años un inmueble, lapso que, según preceptúan los arts. 1899 y 2565 del Código Civil y Comercial, 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 USUCAPION¹⁰.

⁹ 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 el código derogado el único supuesto en que el título aportaba algo al modo aparecía en el viejo art. 4003 para la usucapación breve que establecía: "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". Ahora, en el nuevo Código Civil y Comercial, para nuestro beneplácito, en el art. 1914 se ha determinado, para todos los supuestos, que si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título. Esto se afianza concretamente, para la usucapación breve, en el art. 1903 CCC. Sin dudas constituye un avance fundamental hacia la seguridad jurídica; por otra parte constituye la aplicación concreta del principio que avala lo que comúnmente ocurre ("lex statuid deo quod plerumque fit" – La ley estatuye de lo que comúnmente ocurre).

¹⁰ Es importante aclarar aquí que la sentencia de usucapación, que vendría a darle al usucapiente su titularidad cartular, es sólo declarativa y no constitutiva del derecho adquirido. Quiere decir que el

IV- LA TRADICION Y SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD NOTARIAL

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.

V- LA TRADICION DE INMUEBLES

Hemos dicho ya que en la audiencia notarial sólo se tiene certeza, en la generalidad de los casos, de la facción del título; y que el modo queda, en cuanto a su concreción, en potestad exclusiva de los contratantes y su normal diligencia. Sin embargo, tal como ya lo adelantamos, siempre se acostumbra colocar en las instrumentaciones notariales traslativas de derechos reales, una cláusula que más o menos establece luego de otorgarse el recibo y la carta de pago: "... en razón de lo cual el vendedor transfiere al comprador el dominio del bien descrito y la posesión sobre el mismo". 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 esta tradición habría tenido lugar en sede notarial.

derecho ya se adquirió en virtud de la generación de la causa, que en este caso es "usucapión". En este punto también es dable destacar un aspecto positivo de las nuevas normas, dado que en dos artículos (1903, 2do. párrafo y 1905, también 2do. párrafo) se reitera la expresión "La sentencia declarativa de prescripción breve..."; "La sentencia declarativa de prescripción larga...". Ver José LEVTÁN, "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.

VI- LA TRADICIÓN ESCRITURARIA

Es la "TRADITIO CARTAE" o tradición escrituraria. Vélez quitaba todo valor a este tipo de tradición cuando en el art. 2378 decía: *"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 inferíamos, haciendo una interpretación literal de la norma, que para que haya tradición de inmuebles debería producirse 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, según sentaba expresamente el art. 2379 del código derogado; o bien desistiendo el poseedor de la posesión que tenía y ejerciendo actos posesorios el adquirente, en presencia de transmitente sin oposición de éste, atendiendo a las literales expresiones del viejo art. . 2380 del Código de Vélez. Sin dudas ese pronunciamiento es acertado, sobre todo si tenemos en cuenta que casi todos los autores, aun antes de la categórica disposición del nuevo art. 1909 del CCC, consideraban que la posesión era 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 la práctica en un derecho que se haría y desharía en el mundo virtual de los papeles y no en el mundo de los fenómenos, como se pretende¹¹.

VII- EL NUEVO ART. 1924 – LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS Y EL PRINCIPIO DE INCOLUMIDAD FORMAL

¹¹ 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.

De nuestra parte siempre hemos expresado que don Dalmacio Vélez, temeroso de caer en la mala costumbre romana de sustituir la verdadera *traditio* (entrega de la cosa), por meros símbolos, como lo eran el puñado de *gleba* o el golpe de la *tegula*¹², según había ocurrido en el devenir histórico del derecho romano, negó exageradamente toda eficacia a la sola declaración en el artículo 2378 del Código de su autoría, si no iba acompañada de alguno de los actos materiales a los que hemos aludido en el párrafo precedente.

Sin embargo y a pesar de la contundencia de la vieja norma del art. 2378 del CC, la jurisprudencia, en algunas oportunidades ya había resuelto que, entre partes, la mera declaración tiene plena validez, pues se habría operado una tradición por “constituto posesorio”. Esta situación (el llamado “constituto posesorio”), tal como ocurría en el derogado (art. 2462 inc. 3º), está expresamente reglado hoy, en el nuevo Código Civil y Comercial, en el artículo 1923, respecto de la posesión, y en el artículo 1892, respecto de los derechos reales en general, y supone la transmisión de la posesión de un propietario transmitente que, al mismo tiempo que declara transferir, queda ocupando la cosa en carácter de tenedor o, como dicen las normas, constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

El “constituto posesorio”, junto a la tradición por indicación y la “*traditio brevi manu*” son modalidades abreviadas de tradición. La tradición se efectiviza, pero de una manera abreviada. Si no hubiera tradición en estos casos se alteraría el lógico mecanismo de la dinámica adquisitiva de los derechos reales, con la consecuente mengua en la cientificidad del sistema. Corresponde remarcar, sin embargo, que lamentablemente las normas que contienen todas estas formas abreviadas de tradición presentan un error que no creemos sea solo idiomático, sino que conlleva un desatino conceptual en su redacción. Este error lo advertíamos también en la

¹² El puñado de “gleba” (tierra) simbolizaba la entrega de un terreno baldío, mientras que se daba un simbólico golpe con una “tegula” (teja) cuando lo transferido era un inmueble construido.

vieja norma derogada de Vélez (art. 2387 CC). En efecto, entendemos que tanto en los nuevos, como en el derogado dispositivo se ha querido decir que no es necesario el traspaso material de la cosa, no que no se haga menester, aunque de manera abreviada, el modo. La tradición se produce aún en los supuestos de tradiciones abreviadas.

Lo que se quiere es evitar en estas normas es el absurdo de pretender que en los casos de “traditio brevi manu” el ocupante tenedor, para poder adquirir el dominio, deba desocupar la cosa para luego volver a ingresar, en presencia del transmitente; o en el “constituto posesorio” que el transmitente entregue físicamente la cosa, para tomarla nuevamente al instante, pero ya con “*animus detinendi*”. Ello constituiría toda una parodia que, en honor a la seriedad del sistema, se ha pretendido evitar. Pero reiteramos que la tradición se produce, solo que de una manera abreviada.

El tema no era trivial en la vieja legislación, teniendo en cuenta el caso tan frecuente en los negocios inmobiliarios en los que el transmitente queda ocupando el bien un tiempo para preparar su mudanza o adquirir otra vivienda (“constituto posesorio”), protagonizando un verdadero contrato de comodato, por el cual el nuevo dueño presta al vendedor el inmueble por treinta o sesenta días. El comodato era en el código derogado un contrato real, según lo decía expresamente el art. 2255¹³, y como tal, exigía la entrega de la cosa para quedar perfeccionado. Pues bien, con motivo de la aplicación del “constituto posesorio”, varios resolutive judiciales equivocadamente en nuestra opinión, habían determinado que el comodato no habría quedado constituido por falta de tradición, lo que obviamente no había sido un efecto querido por la ley. Hoy esta situación, al menos respecto del comodato, ya no presenta ese riesgo, puesto que en el art. 1533 se define el comodato como contrato consensual.

¹³ Art. 2255 del Código Civil derogado: “Habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla”.

Por ello siempre hemos sostenido que en estos casos de tradiciones abreviadas las normas deberían decir: “Hay también tradición cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre...”. Reiteramos que la expresa contemplación de estos supuestos solo buscan evitar la parodia de la que hablábamos más arriba, pero de ninguna manera puede pretenderse que estos supuestos no caen en los principios del título y modo, que en nuestra opinión no presenta excepción alguna dentro de la dinámica adquisitiva, tanto en el Código de Vélez (art. 577), cuanto en el nuevo CCC (art. 750).

En el ámbito notarial hemos dado en designar a esta parte de las estipulaciones como “cláusula traditoria”¹⁴. Sea que se entrega la cosa en la realidad de los hechos en el mismo acto notarial, sea que se la ponga por un plazo determinado, siempre estaremos en esta parte del acto que denominamos de esa forma.

Pues bien, hemos expresado que el negar todo valor a la mera declaración constituía una verdadera exageración por parte del Codificador en el art. 2378. En efecto, tanto doctrina como jurisprudencia perfilaron algunos efectos para las tales declaraciones.

En primer lugar es evidente que las posibilidades expresamente regladas de las tradiciones abreviadas (art. 1892, 3º párrafo, y 1923 CCC), solo pueden funcionar en el mundo virtual de las palabras, de las declaraciones de las partes, por lo que no sería dable negar todo efecto a las mismas. Tal como explicábamos párrafos más arriba, en lo fáctico el vendedor quedó ocupando la cosa y el comprador no tuvo contacto con

¹⁴ Como ya hemos expresado, en nota anterior, en el Código Civil Español, art. 1462, la “traditio cartae” tiene sanción legislativa y funciona de manera automática, tanto entre las partes como respecto de terceros. En la norma citada se prevé que si el acto traslativo ha sido formulado en escritura pública, esta escritura hace las veces de tradición, salvo que se hubiese estipulado expresamente que no se hace tradición. Remarquemos que hoy, en el nuevo art. 1924 del CCC, la declaración de las partes tiene plenos efectos entre ellas, mas no respecto de terceros, tal venimos expresando en el texto.

ella. No podemos pretender la salida de la casa por el “tradens” y la entrada del “accipiens”, para luego dejar ingresar nuevamente al vendedor, ahora devenido en tenedor de la cosa. Ya remarcamos lo absurdo de una regulación que así lo exigiera. Esta tradición sería solo virtual, aunque no podemos negar que no tendría efecto alguno respecto de terceros.

En un segundo lugar, es evidente que “*inter partes*” el efecto de las declaraciones será pleno. Los contratantes no podrán negar su voluntad de considerar entregada y recibida la cosa, entre vendedor y comprador respectivamente. Es la llamada “teoría de los propios actos” que impide negar lo que previamente se ha afirmado, o se ha inducido a hacer creer¹⁵ (“*venire contra factum proprium nulli conceditur*”). Este natural efecto jurídico, tal como afirma Borda, no está fuera de la esfera del principio rector de buena fe¹⁶, consagrado de manera contundente en el nuevo CCC, en el art. 9.

Por otra parte, reafirmando lo expresado, también hace lo suyo en cuanto a impedir la negación de lo afirmado (que la cosa se entregó y que se recibió respectivamente) el llamado “principio de incolumidad formal” al que aludimos en el título. Este principio se encontraba ya consagrado en el art. 992 del Código de Vélez, y hoy aparece en el art. 297 del CCC, que dice: “*Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia*”.

Básicamente podemos aproximarnos a este principio, aplicando el sentido que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española sobre la palabra “incólume”, que significa “Sano, sin lesión ni menoscabo”; lo que relacionado al supuesto normado, viene a expresar que el documento no sufre daño alguno, en cuanto a su valor probatorio, frente al hecho de

¹⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “La Doctrina de los Actos Propios”, en Comercio y Justicia, Córdoba, N° 13607, 1978: “...repugna al más elemental sentido de justicia el que un litigante pretenda maliciosamente negar lo que antes ha afirmado...”.

¹⁶ BORDA, Alejandro; “La Teoría de los Actos Propios”; Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 2000, pág. 59 a 64.

que los testigos o el oficial público autorizante se desdigan de lo dicho en él. La norma, en definitiva, impide que se modifique o contradiga en alguna medida lo que se ha expresado en el instrumento público.

Lamentablemente este principio aparece en el nuevo Código con la misma falencia con la que ya lo encontrábamos en el de Vélez. Se mencionan a los testigos del instrumento público y al oficial público que lo autoriza, pero se omite a las partes, que son los principales protagonistas del acto instrumentado. Por ello creemos que la norma debe ser objeto de una adecuada interpretación, con la ayuda de la nota que redactara Vélez al pie del dispositivo equivalente, el art. 992, que aludía expresamente a las partes. Pero además de la interpretación por la voluntad del legislador, como regla hermenéutica aplicables, también podemos expresar, interpretando la norma “a fortiori” que si se veda al notario y a los testigos variar o contradecir lo declarado en oportunidad del otorgamiento del instrumento público, con mayor razón les estará prohibido a las partes involucradas en el acto hacerlo, pues éstas asumen un papel mucho más protagónico en la sustancia del acto que los nombrados en el dispositivo.

No debe desdeñarse la segunda parte de la nota al artículo 992 del Código de Vélez. El ilustre jurista expresaba allí que *“...cuando las partes hacen extender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que más tarde no venga a ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de orden público, está la sanción de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan forma al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes”*.

En definitiva, conforme a lo expresado, la norma no debe aplicarse solo a los sujetos mencionados, sino a cualquiera de los presentes en el acto, sean partes del negocio o simples comparecientes.

Se entiende que quien efectúa una declaración formal por instrumento público, advierte la seriedad de su declaración, y no sería dable

admitir una actitud impulsiva de suscribirlo sin el conocimiento acabado, como para tolerar luego el arrepentimiento de su declaración. En su explicación, Vélez exalta adecuadamente la importancia de la forma, pues coloca a los sujetos contratantes en alerta respecto de la importancia del acto que están protagonizando¹⁷. En nuestro caso, si el vendedor dijo que entregaba y el comprador que recibía, no es aceptable que luego nieguen estas manifestaciones; ello aun cuando involucren aspectos que no están amparados por la fe pública, tal como ocurriría con las cláusulas enunciativas indirectas (art. 296 del CCC, inc. b)¹⁸.

Por nuestra parte consideramos que, si bien es cierto que debe exteriorizarse la tradición posesoria -excepción hecha de los supuestos abreviados a los que ya nos hemos referido- 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, era una exigencia establecida sólo como defensa de intereses ajenos al contrato, no para regular la relación entre las propias partes. Si una de ellas manifestaba de manera expresa que había entregado la posesión de la cosa, y luego se advertía que seguía en la misma situación de hecho, esa relación fáctica no podía ser más que de mera tenencia, en atención a su declaración de cambio en el ánimo posesorio inserta en un instrumento público.

Al venderse y afirmarse en la escritura de venta que se había entregado la posesión, con ello se estaba tácitamente efectuando un “consti-

¹⁷ Expresamente remarcamos las expresiones de Vélez en nuestras clases de Derecho Notarial. En esa nota el Codificador pone un especial énfasis en explicar la eficacia de las formas, como elemento que permite reflexionar y asumir responsabilidad a sus declaraciones cuando se vuelcan en un instrumento público. Es muy ilustrativa para que las jóvenes generaciones de notarios no desdenen este extraordinario efecto psicológico de la forma.

¹⁸ VENTURA, Gabriel B.; “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2016, nota al art. 297, pág. 262 a 264. VENTURA, Gabriel B.; “Acciones Reales según el Código Civil y Comercial” ob. cit. Pág. 112.

tuto posesorio”¹⁹, si se continúa luego en relación de hecho con la cosa vendida.

No era necesaria una declaración formal que estipulara o estableciera el “constituto posesorio”, y mucho menos se hacía menester un documento separado, distinto del acto de transmisión. Entre las partes, pues, dicha manifestación implicaba haber efectuado la tradición por vía del “constituto posesorio”, siempre que esa circunstancia no perjudicara 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 del Código derogado, al eliminar en términos categóricos y demasiado generales, todo efecto a la tradición escrituraria, debía entenderse que lo hacía solo en cuanto a que el que la efectuaba carecía de posesión y no podría así, por vía de una mera declaración, entregar aquello que no tenía (artículo 3270 del Código derogado y art. 399 del nuevo CCC) en perjuicio de terceros que eran los que estaban poseyendo, y con respecto a quienes debería exteriorizarse el intento de transmisión posesoria²⁰.

En el nuevo Código Civil y Comercial la duda ha sido zanjada definitivamente, puesto que el art. 1924 que define la tradición, expresamente admite la plena eficacia de la sola declaración entre las partes del contrato. En efecto, dice el artículo citado que: *“Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terce-*

¹⁹ Raymundo M. SALVAT, “Derechos Reales”, Ob. Cit. Tomo I, N° 123, p. 107. Cam. 2ª La Plata, fallo del 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”.

²⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B.; “La Tradición Escrituraria”, en Zeus, Tomo 40, J-50.

ros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla²¹.

VIII- LA CLAUSULA TRADITORIA

En las escrituras en las que se busca transferir el dominio, atendiendo al art. 750 del CCC que exige la tradición para que el derecho real quede constituido en cabeza del adquirente, se acostumbra hacer constar la manifestación del transmitente (vendedor, donante, permutante, etc.) en cuanto a que entrega la posesión del bien objeto del acto. De nuestra parte, aun considerándolo conveniente, no creemos que su expresión concreta sea un recaudo de validez del acto. Pero sin dudas es de gran valor para poder aplicar el principio de incolumidad y la teoría de los actos propios, según explicamos en los párrafos precedentes.

Esta costumbre que constituye una buena técnica notarial documental²², ha dado nacimiento a lo que de nuestra parte, dentro de las estipulaciones, hemos dado en llamar “**CLAUSULA TRADITORIA**”. Esa parte del título, en la que las partes aluden al modo, aun sin un necesario y cierto reflejo fáctico. Se determina en esta enunciación del documento qué ocurre con la entrega de la cosa (750 CCC), con la notificación al tenedor en el caso de la tradición por indicación, o con la notificación y entrega de la documentación al deudor cedido (1619 y 1620 CCC), en fin, a todos aquellos actos o conductas que permitirán, de efectivizarse real-

²¹ VENTURA, Gabriel B.; “Acciones Reales según el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavallia, Bs.As. 2017, pág. 108 a 114.

²² 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, “certioratio”, 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.

mente, 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 tradición en el boleto, no es la que exige el art. 750 del CCC. Podríamos decir no es un “modo suficiente” utilizando la técnica expresión generada en el art. 1892, 3º párrafo, del CCC, puesto que no tiene la finalidad de constituir derechos reales. En definitiva, según la citada norma, para que el modo sea suficiente, el título que la motiva también debe ser suficiente.

IX- LA TRADICIÓN POR INDICACIÓN

También se encuentra íntimamente relacionada al quehacer notarial, la modalidad de tradición **por indicación** que describía Vélez en el art. 2387 "in fine" del código derogado, y que surge hoy del art. 1892, 3º párrafo y art. 1923 del CCC. El caso se presenta cuando quien había entregado la tenencia de la cosa, se desprende también de su posesión por venta posterior, para lo cual notifica al que la tenía a su nombre del traspaso del derecho. Así, ese tenedor que luego de un plazo determinado deberá restituir la cosa, no lo hará al primitivo poseedor, sino al que surja de la notificación que se le ha efectuado. Otro tanto deberá hacer respecto de los cánones locativos a los que se hubiere obligado en el contrato primitivo.

Luego de la notificación al tenedor, o sea de la “indicación” a la que apunta la denominación de esta modalidad traditoria, ese tenedor “principia a poseerla a nombre de otro”, tal como reza el 1892 3º párrafo. El art. 1923 CCC, al referirse al fenómeno tan solo para la transmisión de la po-

sesión (no del derecho real como la norma del 1892), resulta aún más claro para explicar la modalidad, puesto que expresa “...*No es necesaria la tradición... cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor...*”. Recordemos que, según la crítica que hemos efectuado a los arts. 1892 y 1923, no debería decir que no es necesaria la tradición (expresión técnica que alude al modo) sino que no es necesario el traspaso material para considerarse efectivizada. En estos casos pues, la notificación hace las veces de la entrega.

Generalmente el supuesto se circunscribe al caso de la venta de un inmueble que se encuentra locado. El propietario puede disponer de la cosa en ese estado, y el comprador debe tolerar la ocupación de la cosa por imperio de la ley (arts. 1189, inc. b, y 399 del CCC). Todo lo contrario puede interpretarse de la mala redacción del art. 1140 del CCC en materia de compraventa, que expresa: “*La cosa debe entregarse con sus accesorios, libre de toda relación de poder y de oposición a terceros*”. Como puede advertirse la norma pareciera vedar la venta de cosas ocupadas por terceros tenedores; pero no debe confundirnos su desatinada redacción, puesto que nada obsta a convención expresa, tal como surge de las normas referidas a las tradiciones abreviadas que venimos exponiendo.

Si entre transmitente y adquirente se advierte convencionalmente la situación, nada obsta a esta modalidad. Otro tanto podría ocurrir con una interpretación apresurada del requisito de la tradición vacua, prevista en el nuevo art. 1926 del CCC, que justamente exige que la cosa entregada esté libre de toda relación excluyente y que no haya oposición de terceros. En estas normas (1140 y 1926) siempre se apunta a la situación patológica de no haber surgido nada sobre ello en el contrato traslativo respectivo.

Por otra parte, la conservación de la situación locativa constituye la aplicación de la regla romana "*emptio non tollit locatio*" (la venta no corta la locación)²³, que estaba presente en el código derogado, art. 1498 y está también en el nuevo dispositivo del art. 1189 inc. b del CCC, ya citado. Reiteramos que no nos estamos refiriendo al supuesto en que el adquirente se vea sorprendido por la ocupación por un tercero ajeno al contrato, sino que al momento de la adquisición, él se ha hecho cargo de la situación y la ha aceptado expresamente en el acto.

La cláusula inserta en el contrato traslativo del que se trate debe necesariamente expresar:

1) que el inmueble se encuentra ocupado, dado en locación, en comodato, etc.);

2) Que se entrega la documentación que así lo acredita; en cuyo caso sería buena la técnica de agregar al protocolo copia certificada de la misma, describiendo brevemente cada uno de los elementos insertados;

3) la cesión de todas las acciones es prescindible, pero conviene su inclusión expresa para evitar planteos de mala fe por parte del locatario. Recomendamos también colocar que se hace tradición de la cosa en su modalidad "por indicación", en los términos del art. 1892 3º párrafo del CCC, de lo que se notificará oportunamente al locatario, comodatario, depositario, etc.

En estos casos, la notificación a la que aludimos, constituye la "indicación" que rotula esta modalidad de tradición, y su necesidad es evidente, pues, como ya hemos expresado, el ocupante debe saber que ahora posee o representa a otro sujeto; y será a éste a quien deberá restituir la cosa una vez acabada la relación de tenencia.

²³ Es uno de los fundamentos para considerar la locación como un derecho real. Habría allí una especie de "repersecución", típica de los "ius in rem". Así lo explica en interesante párrafo MUSTO, Néstor "Derechos Reales", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 78, 79.

¿A cargo de quién pesará la obligación de notificar al locatario el hecho de la modificación dominial? La ley, en relación al contrato de compraventa, expresamente determina en el art. 1137 CCC que el transmitente está obligado a poner a disposición del comprador todos los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta, y a prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia dominial se concrete. Igualmente apunta a los gastos de la dicha entrega, cuando expresa en el art. 1139 que los gastos de entrega corresponden al vendedor: *“Excepto pacto en contrario, están a cargo del vendedor los gastos de la entrega de la cosa vendida”*. Creemos que, por analogía, corresponderá aplicarse en relación a cualquier contrato traslativo. Será pues el transmitente es pues quien tiene a su cargo, tanto la diligencia como el costo de la notificación, o indicación. Además sólo él tiene la prerrogativa de dirigirse, en carácter de parte, al ocupante tenedor. El adquirente es ajeno por completo, al contrato de locación que une al enajenante con el locatario.

Sin embargo, paradójicamente, ha de ser el transmitente quien tenga 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, en instrumento privado, la modificación (a veces a continuación del mismo contrato de locación).

X- 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; es decir que se trate de una “posesión vacua”. El art. 1926 del CCC, al que ya hemos aludido, tal como lo hacía el viejo art. 2383 del Código de Vélez, determina que "para adquirir por tradición la posesión..., la cosa debe estar libre de toda relación excluyente, y no debe mediar oposición alguna”.

En la generalidad de los casos el supuesto previsto en el art. 2383 escapa por completo del ámbito notarial. Sin embargo la obligación de brindar un adecuado asesoramiento a las partes exige tomar algún recaudo si éstas lo consultan expresamente, o tan solo mencionan en los preparativos de la operación que el inmueble se encuentra ocupado por terceras personas. Es bastante frecuente la transferencia de inmuebles ocupados por personas que, por una simple liberalidad del propietario transmitente venían ocupando transitoriamente la cosa; pero que, el día de mañana, pueden protagonizar el caso patológico que la norma prevé: no permitir el ingreso del adquirente. Sobre este punto volveremos al tratar la transmisión de inmuebles ocupados por terceros contradictores.

XI- ESCRITURAS SIN TRADICIÓN DECLARADA

Como ya hemos expresado es costumbre en los negocios instrumentados en sede notarial, consignar expresamente que se hace entrega de la cosa en el acto, o que la tradición ya se ha efectivizado antes de la

celebración del negocio. También explicamos que a esta estipulación habíamos dado en llamar “la cláusula traditoria”. Siendo así, nos toca determinar ahora qué ocurrirá si, sea por omisión del notario o por expresamente haberlo solicitado así las partes, no consignare en el instrumento que se hace tradición de la cosa. Pero no nos estamos refiriendo a que el acto notarial se deje expresado que no se hace tradición; esa es otra cuestión. El caso que nos ocupa es cuando directamente en el acto no surge absolutamente nada respecto de la entrega de la cosa; ni que se efectiviza en ese mismo acto, ni que ya se ha operado, ni que se hará con posterioridad. Pues bien, creemos que esta circunstancia 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 nada se dice respecto a la entrega de la cosa vendida; por lo que ni siquiera podría ser objeto de observación registral. Dicha mención no constituye un elemento esencial ni necesario²⁴.

Sin embargo no podemos negar la conveniencia de incluir esta 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. Recordemos que la norma del art. 1924 que regula la tradición, expresamente confiere a la mera declaración pleno valor entre las partes.

²⁴ 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.

También es menester aclarar que sería una ayuda invaluable para considerar transferidas o cedidas las acciones contra los posibles ocupantes según veremos más adelante

XII- 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. Pero tenemos bien claro que estos supuestos deben solucionarse por otros medios, y no omitiendo la cláusula de tradición escrituraria, ni expresando que la tradición se efectivizará en otra oportunidad.

Es también frecuente que el vendedor solicite al adquirente que le permita ocupar la cosa vendida por un tiempo hasta que él, por ejemplo, consiga otra vivienda. Desde un punto de vista puramente jurídico casi nos atrevemos a expresar que no habría inconveniente alguno en consignarlo así en el instrumento. Pero la práctica reiterada nos enseña que ello no es conveniente.

En primer lugar porque no es conveniente que queden obligaciones pendientes en este tipo de actos notariales. Recordemos que, en caso de pérdida o extravío del primer testimonio, se hará menester, cuando subsistan obligaciones incumplidas, contar con la anuencia de la otra parte para solicitar la expedición de un segundo testimonio, y en caso de negar éste su asentimiento, se deberá recurrir a la vía judicial (art. 308 del CCC), con toda la demora y costos que ello implica.

Este es uno de los motivos por los que decimos que, como regla general no es conveniente que queden obligaciones pendientes dentro del acto instrumentado.

Si, en cambio, el adquirente dice que ya ha recibido la cosa, aún cuando ello no hubiere ocurrido en el mundo de los fenómenos, tal aseveración impediría considerar, al menos “prima facie”, incumplida la dicha obligación. Al mismo tiempo legitima, respecto del vendedor incumplidor, no solo una acción de cumplimiento de contrato (la “actio emptio” - entrega de la cosa vendida) que es una acción personal, sino también la pertinente acción real que, como titular del dominio (al menos entre vendedor y comprador) ya ostenta en su persona, por haberse cumplido el título y el modo.

Es por eso que, en estos casos, creemos muy conveniente la formulación de un contrato de comodato (art. 1533 del CCC). El adquirente que ha recibido la cosa por la sola declaración “inter partes”, art. 1924 CCC, por constituto posesorio, según lo sentado en el art. 1892, 3º párrafo “in fine” del CCC, pasa a ser el nuevo “dominus”; y es por ello que puede ahora “entregar” la cosa objeto de su derecho, al actual ocupante a título de comodatario. Tanto el dominio, como el comodato han quedado constituidos por la virtual declaración y el contrato respectivo.

También es conveniente, dentro del comodato, la inserción de un pacto de desalojo para facilitar el trámite respectivo en caso de presentarse algún inconveniente frente al incumplimiento de la restitución²⁵.

XIII- TITULOS NOTARIALES EN CONTRA DE

²⁵ No es correcto denominar a este contrato “Tenencia Precaria”, como lo vemos a diario, porque la tenencia es la relación de poder que nace con motivo del contrato. Por otra parte en el Código Civil y Comercial no existe la tenencia precaria como categoría diferente a otra especie, a pesar de que la expresión aparece en algunos códigos de procedimiento. El contrato sería de comodato, depósito, etc., y en todos esos casos el ocupante es un simple tenedor (art. 1910 CCC).

ACTUALES POSEEDORES

Un título adquisitivo y su registración sólo acreditarán el derecho a poseer pero no la posesión misma, según pregonan el art. 2239 del CCC que, junto con lo estatuido en el art. 2240, consagran 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 una de las obligaciones que le impone el contrato traslativo: **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. 1926 del Código Civil y Comercial, por lo que bien puede inferirse que el vendedor no ha cumplido con la dicha obligación.

Estimamos que siempre ha de ser esa la conducta más adecuada del adquirente, dado que si él encara por propia cuenta las acciones²⁶ en contra del poseedor u ocupante correrá el riesgo de ser vencido por un propietario por usucapión; es decir un poseedor que tenga veinte o más años de posesión en las condiciones establecidas por ley (arts. 1899, 2565 y correlativos del CCC).

²⁶ El adquirente tendrá acciones posesorias como sucesor a título singular del transmitente, siempre que la posesión del ocupante no tenga más de un año, en cuyo caso se habría operado la prescripción de la instancia posesoria por aplicación del art. 2564, inc. b. 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 Según el CCC”. Ed. Zavalía, 2017, pág. 100 a 107. También en “Acciones Reales” en Cuestiones esenciales en Derechos Reales”, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs.As. 2002, pág. 151 a 152.

Por otra parte, queda siempre al adquirente la automática garantía de evicción en contra del transmitente, ante el más mínimo cuestionamiento a su derecho o a su posesión (art. 1034 y 1044 del CCC). En efecto el art. 1044 establece que *“La responsabilidad por evicción asegura la existencia y legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho, total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición; b) los reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente; c) las turbaciones de hecho causadas por el transmitente”*.

La sola turbación posesoria pues, ya es fundamento suficiente para hacer funcionar la garantía de evicción, según lo establece la norma transcripta²⁷.

La venta sin hacer referencia a la ocupación de un tercero, o a un problema de límites, por ejemplo, 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.

XIV- 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 dominial de inmuebles

²⁷ Aunque esté referido al Código derogado, recomendamos la consulta de Ferreyra Edgard A.; “Principales Efectos de la Contratación Civil”, Ed. Ábaco 1978, pág. 315, 316. El autor hace un profundo análisis de los efectos de la evicción.

que se hallen en situación de intrusión o usurpación por terceros. En segundo lugar, siendo así, cuál será el contrato idóneo para efectivizarla.

Sin lugar a dudas es factible la transferencia; la que podrá efectivizarse por cualquier contrato traslativo, sea a título gratuito u oneroso. El único recaudo, tal como venía sosteniéndose en párrafos más arriba, 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. 271 del CCC. Por supuesto que si el ocupante es un poseedor que ya es titular real por usucapión, de poco le valdrán al comprador las acciones que pudieren cedérsele; pero eso es otra cuestión y presumimos que se habrá tenido en cuenta dicho riesgo en la contratación y su precio, para que no se altere el sinalagma. 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.

Es importante que el notario deje plasmado en la escritura que el transmitente 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 inculpado injustamente en la figura de la estafa y hasta de estelionato²⁸ si el ocupante ya es propietario por usucapión.

Por ello recomendamos insertar esa declaración que deberá ser expresamente aceptada por el adquirente en conocimiento preciso de esa circunstancia. En un juicio posterior, el nuevo propietario se encargará de obtener el recupero de la cosa.

²⁸ En el nuevo CCC ya no aparece el estelionato, como ocurría en el Código de Vélez; pero nada autoriza a considerar que no está presente en cualquier contratación sobre cosa ajena como propia. Por otra parte, como delito penal se halla expresamente tipificado en el art. 173, inc. 9 del Código Penal.

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, excepción hecha de Salvat²⁹, 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 dominio³⁰. Entre otros argumentos, quizá el más valedero es el que surge de la aún vigente nota de Vélez al art. 2109 de su Código: “Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente *cum omnia 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”³¹.

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 aludido³².

²⁹ Salvat, Raymundo M; “Tratado de Derecho Civil Argentino”. “Derechos Reales”, ob.cit, 4ta. Ed. Actualizado por Argañarás, TEA, Bs.As. 1959, Tomo III, pág. 638 a 642.

³⁰El tema fue debatido jurisprudencialmente en el fallo plenario dictado en autos “Arcadini, Roque (Sucesión) v. Carlos Maleca, en LL. 92-463.

³¹ VENTURA, Gabriel B.; “Acciones Reales Según...” ob. cit. Pág. 100 a 107. También “Acciones Reales” Ob. Cit. en Lexis Nexis, pág. 144.

³² 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 pendencies por falta de previsión contractual. En materia de teorías jurídicas relacionadas con la técnica documental, el notario, con

En conclusión, recomendamos colocar una cláusula especial de cesión expresa de la acción reivindicatoria y cualquier otra que correspondiere al enajenante en contra del ocupante, liberando a su vez al transmitente 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 delimitada la garantía legal de evicción (cuyas connotaciones notariales veremos en el siguiente punto).

XV-

LA EVICCIÓN

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 oponga a que el adquirente tome la cosa en su totalidad o que limite 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 a 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 adquirente.

Se encuentra receptada en nuestro Código Civil y Comercial a partir del 1034 y más específicamente en el art. 1044 y ss. Desde la óptica puramente notarial corresponde hacer las siguientes observaciones en cuanto a esta institución; a saber:

a) Ella no funciona para exigir la reparación de los daños respecto de situaciones que eran conocidas por el adquirente (art. 1040, inc. a).

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.

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 lo más precisa posible de dicha ocupación.

b) Esta garantía, al igual que la redhibitoria, funciona de manera automática, sin necesidad de pacto expreso, según lo sienta expresamente el art. 1036 del CCC. Por ello siempre nos ha llamado la atención, sobre todo en estos tiempos en que se procura reducir las fórmulas notariales, encontrar esta garantía consignada de manera expresa en casi todos los títulos adquisitivos³³. Por el contrario, se exige la consignación expresa de su renuncia, ampliación o disminución, pero su vigencia automática está impuesta por la ley.

XVI- 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. En efecto, el poseedor que ha adquirido por usucapión puede oponer su título a todo otro titular, sea cartular o registral. Él tiene lo que calificamos más arriba 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 caracte-

³³ Quizás ocurra a causa de la situación general de inestabilidad de las decisiones judiciales. Ello hace que, a veces sea mejor repetir una costumbre, aunque legalmente no fuere necesario, que asumir el riesgo de una redacción novedosa. La redacción omitiendo una costumbre, podría dar pie a algún sofisma tribunalicio que hiciera menguar la eficacia de la garantía; por esta razón los notarios siguen repitiendo algunas cláusulas que en rigor de verdad no deberían aparecer en los títulos notariales. Ejemplo de ello lo constituye el pacto de mora automática (art. 886 del CCC).

rística especial: el ser un modo originario, lo que le permite ignorar cuantas mutaciones jurídicas, cartulares o registrales, se hubiesen operado respecto de la cosa.

El título del usucapiente 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:

a) EL USUCAPIENTE FRENTE AL ADQUIRENTE:

Este caso puede plantearse cuando confeccionado el título adquisitivo, la escritura pública, el adquirente no puede tomar posesión del bien porque se encuentra en él un propietario por usucapión. Este supuesto resultó ya parcialmente analizado en el presente estudio. Al comprador le asistirá la posibilidad de exigir al vendedor la entrega de la cosa que no pudo operarse por no haber "tradición vacua" (art.1926 CCC), y en consecuencia 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. 1040 CCC y en la norma general del art. 730, inc. c, que alude al incumplimiento de la obligación. 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.

b) 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 de quien ya tiene cumplido a su favor el plazo para adquirir por usucapión (art. 1899 CCC). Creemos que, tratándose la usucapión de un modo originario, quien así resulte propietario 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 (1928 del CCC), o se hubiesen dado las otras condiciones que prevé la ley, arts. 2545, 2546 y 2548 del CCC, como supuestos de interrupción.

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 tambalearse su garantía hipotecaria de igual manera que corre riesgo el dominio mismo sobre la cosa³⁴.

Casi todos los autores que adherían a la ineficacia de la hipoteca en estos casos, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, basaban su opinión en la atribución de un imaginado “efecto retroactivo” de la usucapición. Así, decían, el dominio se retrotraía a favor del usucapiente al momento inicial de su posesión, es decir antes de que se hubiese constituido la hipoteca³⁵.

Por nuestra parte siempre renegamos de esa tesis. Decíamos que considerar dicho efecto retroactivo sería una ficción que, amén de no tener sanción legislativa, concedería facultades inadmisibles a un simple poseedor ilegítimo en vías de usucapir. Adviértase que con ese criterio hasta se podría conceder a un usucapiente sin plazo cumplido la facultad de hipotecar, por ejemplo. Creemos pues que el efecto retroactivo solo puede admitirse en los casos en que el legislador, en tutela de una situación especial, lo prevé expresamente.

El fundamento de nuestra postura de considerar ineficaz la hipoteca constituida por el titular cartular y registral, pero que ya no tiene dominio por haber alguien poseído por el plazo legal (art. 1899 CCC) radica,

³⁴ VENTURA, Gabriel B. “La usucapición opuesta al acreedor hipotecario” en LL. Córdoba, 1988, pág. 616. Ver también nuestro “Acciones Reales Según...” Ob. Cit., pág. 58 y ss.

³⁵ 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 usucapición”, Revista Notarial (Córdoba), N° 43, 1976, pág. 15.

en cambio, por el hecho de que consideramos imprescindible la existencia de la posesión en manos del constituyente, al momento mismo de la constitución de la garantía. 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. 2205 del CCC, no implica que el constituyente no deba tener la posesión de los bienes objeto de la hipoteca; todo lo contrario, ello surge de manera expresa de la citada norma, cuando expresa que los inmuebles “continúan en poder del constituyente”. Esa continuación en el poder, no es más que la continuación y permanencia en la posesión³⁶. No debemos olvidar que la hipoteca implica una eventual ejecución futura y dicha ejecución hace forzosa la posesión del constituyente ya que si la relación de poder 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 desposesión³⁷.

Piénsese en lo absurdo que resultaría condenar al dueño de la cosa frente al propietario 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 usucapiente³⁸.

Ante la conclusión arribada no nos queda más que recomendar al acreedor (como notarios con obligación de asesoramiento) verificar aun-

³⁶ VENTURA, Gabriel B.; “La usucapión opuesta...” Ob.Cit. pág. 616.

³⁷ 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. Zavalía, 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.

³⁸ 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. 1928 del CCC. 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.

que más no sea someramente, la situación fáctica del inmueble que se ofrece en hipoteca.

Remarquemos que, para nuestro beneplácito, los autores que fundaban la inoponibilidad de la hipoteca ante el propietario por usucapión, atribuyendo efecto retroactivo a la sentencia de usucapión, hoy han quedado sin argumentos, pues el art. 1905 del CCC, en su segundo párrafo, expresamente declara que “La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión”. La discusión, en nuestra opinión, ha quedado zanjada definitivamente frente al coherente dispositivo que no merece más que elogios.

XVII- LOS ACTOS POSESORIOS

El art. 1928 del CCC establece que “Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga”. Como puede advertirse, tal como ocurría en el viejo artículo 2384 del Código de Vélez, la norma acude a la enumeración no taxativa³⁹, de hechos que producirán, en definitiva, la prueba de la posesión. Sin embargo, el criterio de la enumeración no resulta a veces el más apropiado para garantizar la correcta expresión de la esencia conceptual de ciertos fenómenos o institutos. En efecto, hemos visto como, a veces, por la falta de un concepto

³⁹ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Ed. TEA, 5ta. Edición Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 113. HIGHTON, Elena I. “Derechos Reales – Posesión”, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, N° 95, pág. 70.

general de “acto posesorio”, abstraído de casos concretos, se le atribuyen dicho carácter a supuestos que distan mucho de la voluntad legal⁴⁰.

Hay una serie de conductas y acciones que no presentan ninguna dificultad en cuanto a adjudicarles el carácter de acto posesorio en sentido técnico, dado su encuadre perfecto dentro de la literalidad de la norma del art. 1928 del CCC. Así, por ejemplo, nadie dudaría en atribuirle esa entidad a una ocupación, a la actividad de alambrar o cercar, edificar en general, mejorar la edificación existente, sembrar el predio o plantarlo, etc. Pero hay otros supuestos, en cambio, que no aparecen con tanta claridad, sea por no figurar en la enumeración del artículo, sea por no participar exactamente de su sustancia. Así lo vemos por ejemplo, en el caso de la mensura que, configurará sin duda alguna un acto posesorio⁴¹.

Por todo lo hasta aquí expuesto creemos que es importante partir de un concepto general y técnico de acto posesorio, para facilitar el análisis de supuestos no contemplados expresamente. La norma del art. 1928, no debió acudir a la enumeración, sino a la explicación genérica de actividades y circunstancias que se consideren legalmente actos posesorios. Es el reproche que hemos venido haciendo a la norma de Vélez (art. 2384) y que no podemos dejar de remarcar igualmente en el nuevo CCC (art. 1928), puesto que persiste en la falencia de no haber dejado senta-

⁴⁰ El Decreto Ley 5756/58 establece que se admitirá toda clase de antecedentes... introduciendo, a la vez la exigencia de la demostración del cumplimiento de las cargas fiscales, pero como uno de los medios tendientes a la comprobación de la existencia y continuidad de los actos posesorios”. Cám. Civil 2º de Córdoba, “Segovia, Ramón – Usucapión” en La Ley, Córdoba, 1988, pág. 888. LEVITÁN, José, en “Prescripción Adquisitiva de Dominio”, Ed. Astrea, Bs.As. 1979, pág. 214, destaca que la importancia especial que la ley asigna al pago de impuesto hace que equivocadamente se esgrima, en algún fallo, la falta de pago como presunción en contra del prescribiente.

⁴¹ Partimos de la base de una mensura efectuada correctamente; es decir concurriendo al lugar y produciendo *in situ* todas las actividades pertinentes. El artículo 1928 no menciona la mensura sino el amojonamiento, que es actividad posterior a la mensura; pero sin dudas la sola mensura, aun sin amojonamiento, configura acto posesorio, más allá de la dificultad probatoria al no haber dejado “huella”. En contra Raymundo M. SALVAT, Ob.cit. Tomo I, pág. 112,

da, de manera técnica, una definición preceptual de lo que debe considerarse acto posesorio⁴².

Ello nos mueve, procurando completar lo que de nuestra parte es una falencia legal, a la luz del art. 1928 del CCC y de todas las normas complementarias a éste, a decir 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.

Destacaremos del concepto apuntado, los siguientes elementos:

- A) Hecho voluntario;
- B) Modificación física;
- C) Contacto;
- D) Ánimo de dueño.

Veamos cada uno de ellos por separado:

A) HECHO VOLUNTARIO:

La posesión exige, por ley, la participación de la voluntad, puesto que se necesita el “comportarse como titular de un derecho real” (art. 1909 CCC), que no es otra cosa que el conocido “animus domini”, característico de nuestro sistema subjetivista savignyano. Con este elemento del concepto de acto posesorio, procuramos distinguir los actos posesorios de las meras coincidencias o casualidades producidas por modificaciones físicas accidentales, como la tala accidental de un árbol por un incidente automovilístico o la ruptura del cerco perimetral por el mismo he-

⁴² VENTURA, Gabriel B., “Conceptualización de los Actos Posesorios”, Revista Notarial de Córdoba, N° 61, pág. 96 a 98. VENTURA, Gabriel B.; “Aspectos probatorios del juicio de usucapión” en LL Córdoba, 1988. VENTURA, Gabriel B.; “Los Títulos Notariales y la Posesión”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, Tomo VIII, pág. 58. Ver también en nuestro “Acciones Reales Según el CCC” ob. cit. pág. 39 y ss.

cho. Se necesita pues un obrar voluntario procurando especialmente, en pleno uso de facultades, realizar esa conducta.

B) MODIFICACIÓN FÍSICA:

Al ser la posesión un hecho⁴³ resulta obvio que se haga manifiesta por situaciones también fácticas. Se necesitará que la cosa que se pretenda poseída sufra, aunque sea temporalmente, un cambio ostensible en el mundo de los fenómenos. Su ocupación, construcción, demolición, etc. configurarán la modificación exigida. Ello elimina la posibilidad de considerar actos posesorios a todas aquellas modificaciones puramente jurídicas, como ventas sin tradición o constitución de gravámenes⁴⁴. Lo mismo ocurrirá respecto del pago de los impuestos o tasas que, a pesar de ser considerados especialmente como pruebas importantes en la ley 14.159, artículo 24, inc. c), no producirán la modificación física que aquí exigimos. El pago de los impuestos o tasas pues, sólo exteriorizará, y en algunos casos, el ánimo de poseer, al que nos referiremos más adelante⁴⁵.

C) CONTACTO:

⁴³ No quedaban casi autores, en la doctrina nacional que pregonaran que la posesión fuera un derecho. Tenían esa idea, respecto del Código de Vélez, Guillermo A. BORDA "Derechos Reales", Ed. Perrot, Bs.As. 1976, pág. 34 "(...) desde luego es un derecho real"; Emilio DÍAZ REYNA, en sus clases, entre otros. Hoy ya no puede dudarse del carácter fáctico de la posesión, en virtud de la expresa redacción del art. 1909 del CCC que alude directamente a "poder de hecho". Estimamos que la discusión quedó definitivamente zanjada, y obviamente consideramos acertado que el legislador haya terminado con el infructuoso debate.

⁴⁴ VENTURA, Gabriel B. "La usucapión opuesta al acreedor hipotecario" en LL. Córdoba, 1988, pág. 616.

⁴⁵ VENTURA, Gabriel B.; "Aspectos probatorios del juicio de usucapión". En LL Córdoba, 1988, pág. 889. Dice Raymundo M. SALVAT, Ob.cit., pág. 114. N° 135: "(...) esos impuestos pueden ser abonados por cualquiera y en consecuencia, ocurrirá algunas veces que ellos serán inaceptables, como actos posesorios". En igual sentido ver Néstor LAPALMA BOUVIER; "El Proceso de Usucapión", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1979, pág. 165 y Beatriz AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR; "Juicio de Usucapión", Ed. Hammurabi, Bs.As. 1984, pág. 282. Nos llama la atención que no hayan aprovechado los legisladores para incluir en la norma del art. 1905, la importancia de la prueba del pago de los impuestos, a que alude el art. 24 de la ley 14159; así como todas las reglas relativas a la prueba en materia de usucapión que se encuentran en la citada norma. Recordemos que la ley 14159 no ha sido derogada por la ley 26994 que sanciona el nuevo CCC, por lo que los únicos dos artículos que regían (24 y 25) aún continúan en vigor.

Además de la voluntad aplicada a modificar físicamente la cosa, será menester que haya un contacto con ella, puesto que resultará recién así configurado el elemento “corpus” de la posesión, exigido en la definición contenida del art. 1909 del CCC, cuando alude a “poder de hecho”. Por cierto que no será necesario efectuar este contacto en forma personal ni en su sentido literal. Lo primero, porque bien puede valerse el supuesto poseedor, de personas que lo representen (tenedores o servidores de la posesión – arts. 1910 y 1911 CCC), como lo sería cualquier empleado que realizara refacciones, mensuras o cualquier otro acto con características posesorias; y lo segundo porque no habremos de necesitar que el contacto sea sobre la totalidad de la cosa. En efecto, si bien la norma del art. 1928 del CCC, no contiene la previsión que hacía la vieja norma del art. 2384 del Código de Vélez, que expresaba que bastaba con que el acto recayera sobre alguna de sus partes, aun así decíamos, creemos que si se trata de inmueble cercado o delimitado de alguna forma física, debe aceptarse que el acto posesorio recae sobre la totalidad del mismo. A este pronunciamiento arribamos por dos vías. En primer lugar, por los usos, prácticas y costumbres a que alude el art. 1 del CCC, que tienen efecto vinculante y que nos remiten, sin lugar a dudas, al viejo art. 2384 del Código de Vélez; y en un segundo lugar, por la lógica de la situación. Creemos que no es menester que se pisen cada uno de los centímetros cuadrados de un predio para poder ejercer el poder de hecho sobre todo el inmueble. A estos efectos es muy ilustrativa la nota al art. 2374 del Código derogado, en la que Vélez, invocando la autoridad de Savigny, expresaba: *“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 nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es preciso entrar en él: porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado”*.

Desde este punto de vista, podemos ejemplificar con una autorización del poseedor para dejar entrar animales a pastar a favor de un tercero; esta actitud debidamente acreditada, configurará, sin duda, un acto posesorio.

D) ANIMO DE DUEÑO:

Si los actos posesorios se consideran elementos probatorios de la existencia y del inicio de la posesión, es lógico que éstos deban 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 ánimo expreso de dueño en el momento de producir un acto posesorio; es decir comportarse como titular de un derecho real, como reza la última parte del art. 1909 CCC. Así, por ejemplo, la modificación que realice el locatario, aun sin autorización del locador, sobre el inmueble alquilado, no configurará un acto posesorio; al igual que su misma ocupación; ya que tales actitudes, por provenir de un tenedor, sólo se efectúan en representación de la posesión del dueño, según lo prevé expresamente el art. 1910 del CCC. Si bien en lo fáctico no se advertirá diferencia a los ojos de terceros, ese acto posesorio solo lo será respecto del poseedor, y no para el tenedor⁴⁶.

XIX- LAS ACTAS POSESORIAS

En estos casos ya el notario no actúa confeccionado el título del derecho real mediante una escritura pública (art. 299 CCC), sino verificando hechos en una escritura acta (art. 310 CCC). Concretamente dejando constancia de la existencia o inexistencia de posesiones. Ello se

⁴⁶ Ver sobre actos posesorios, amén de nuestro “Conceptualización de los Actos Posesorios” ob. Cit., PICADO, Leandro S. y LOIZA, Fabián M.; “Las Relaciones de Poder” en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación”, Dirigido por Claudio Kiper y coordinado por Luis O. Daguerre; Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. Sta. Fe, 2015, pág. 661 a 664.

verificará mediante la constancia de los ya analizados actos posesorios en los que justamente hicimos hincapié a estos efectos.

Se le requiere al notario que verifique que, en un determinado inmueble, no hay posesión alguna; o que el requirente se encuentra en posesión de él. El escribano deberá entonces concurrir al inmueble y verificar tales hechos. En estas actuaciones debe hacerse especial alusión a la inexistencia o existencia de opositores que se niegan a dejar ingresar 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 para fundar así la existencia del acto posesorio (art. 1926 CCC).

También aporta cierta particular a un acta de esta naturaleza el 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 dominial a quien solicita un acta de constatación⁴⁷.

⁴⁷ Enseñamos en nuestras clases de Práctica Notarial, como técnica de acción, que el notario sólo puede ingresar a inmuebles por el procedimiento normal. Decíamos que “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”.