

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA TRADICIÓN COMO REQUISITO PARA LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO

JULIO CÉSAR BENEDETTI

SUMARIO

I. Introducción. - II. La propiedad y la posesión. - III. Antecedentes históricos. - IV. La tradición y el negocio causal. - V. La transmisión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inmobiliaria antes de la reforma. - VI. El nuevo artículo 2505 del Código Civil (ley 17711). - VII. La ley registral nacional. - VIII. Diferencia entre la "plena operatividad" del derecho real y su eficacia. - IX. La ley registral frente al nuevo artículo 1051 del Código Civil. - X. Insuficiencia del "título causa" en la transmisión inmobiliaria. Ejemplo. XI. Defecto del "acto modal" en la transmisión inmobiliaria. Ejemplo. - XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La tradición⁽¹⁾(115), como formalidad jurídica específica, es el acto por el cual un sujeto - tradens - "entrega" y otro accipiens - "recibe" una cosa corporal, con el fin común de que la posesión que antes ejercía el primero pase a ser detentada de ahí en más por el segundo. Si con este acto concurre, en un momento dado, la celebración de un negocio jurídico suficiente para transmitir el dominio (art. 2602 del Código Civil) también concertado entre las mismas partes, con plena capacidad de obrar (artículo 2601) y legítimamente asistido el enajenante de las prerrogativas invocadas sobre el bien a transmitirse (art. 2603) quedará operada la mutación de la titularidad dominial (art. 2524 inc. 4). Así se constituyen el dominio y los demás derechos reales susceptibles de posesión, de acuerdo con los viejos principios romanos que Vélez Sársfield adoptó para las adquisiciones nacidas de un negocio jurídico causado (arts. 577, 2601 a 2603, 2820, 2992 del Código Civil).

Exceptuando la exigencia de la escritura pública, sólo establecida para las transmisiones inmobiliarias, tal era el sistema vigente para la negociación de los derechos reales hasta la sanción de la reciente reforma del Código Civil (ley 17711) . Por su imperio, tomó legítimo asiento positivo⁽²⁾(116) un nuevo requisito, exclusivamente referido a los inmuebles, consistente en la inscripción registral del título que exige el nuevo texto del artículo 2505.

Esta innovación, tan anhelada por muchos e inclusive vislumbrada por nuestro codificador, pudo sin embargo volcar un factor de incertidumbre sobre la suerte del instituto madre del sistema. ¿Continuaba siendo la tradición requisito imprescindible para la transmisión del dominio por actos entre vivos, como "acto modo", o bien, había sido sustituida por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, a semejanza de lo acontecido en otras legislaciones? De igual modo surgió otro interrogante, tal vez más fundado que el anterior, el registro del título ¿sólo era exigido para la oponibilidad del acto a terceros, o también condicionaba su perfeccionamiento inter partes y, por ende, el propio nacimiento del derecho a transmitir?

En el estado actual de la doctrina, ambas cuestiones han quedado debidamente esclarecidas. Esto se ha logrado merced a la labor de hermenéutica desarrollada en torno a la reciente innovación y a la sanción de la Ley Nacional de Registros de la Propiedad Inmueble⁽³⁾(117).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nuestra tarea se ve así facilitada y por ello, más que empeñarnos en emitir una opinión - que no sería por cierto novedosa - trataremos de apuntalar las conclusiones de la doctrina predominante, refirmando que la tradición mantiene su primigenio carácter de requisito modal para la transmisión del dominio(4)(118). El artículo 2505 sólo establece un recaudo adicional para tornarla oponible a terceros, revistiéndola de una publicidad más acorde con las actuales necesidades del tráfico inmobiliario. De tal modo, la constitución y eficacia del derecho transmitido quedan relativamente marginadas del nuevo requisito.

II. LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN

Para entrar en materia, nada mejor que embarcarnos en un enfoque retrospectivo, que nos demostrará cuán estrechamente vinculadas entre sí han estado la propiedad y la posesión en el afloramiento del acontecer jurídico.

En los tiempos más primitivos, cuando la propiedad aún no estaba organizada sistemáticamente, ni se hallaban tampoco deslindadas las prerrogativas individuales, la posesión constituyó muy probablemente no sólo la exteriorización de una aplicación concreta de la voluntad del sujeto - someter la cosa de que se había apropiado a su poder de disposición sino también el único rasgo jurídico tangible de la propiedad. La ley de la "posibilidad física" debe haberse enseñoreado en esas remotas comunidades, preñadas de una latente racionalidad, pero aún sometidas al imperativo de la discrecionalidad individual e inmersas en el libre albedrío, sin más cortapisa que la fortaleza del adversario. De ahí esa simbiosis entre ambos institutos, que intuimos en los tiempos más arcaicos: en el ejercicio de los actos posesorios, o en la posibilidad de realizarlo, se asientan las notas típicas del "estado dominial" en su manifestación más elemental y primaria.

Esto no debe extrañarnos. Aún en tiempos más modernos, en el medioevo, la propiedad y la posesión estaban sometidas a regímenes relativamente similares, en cuanto a su adquisición, transmisión y extinción.

Según la Ley Sálica, el extranjero que se establecía en una "tierra común", es decir, las incluidas dentro de las "villas" - territorios no sujetos al dominio feudal - era considerado "habitante" y dueño del predio que ocupaba, si nadie demandaba su expulsión al cabo de un año. Paralelamente, para la transmisión de la simple posesión de las "tierras feudales" - no susceptibles de otro dominio más que el del señor, quien las concedía precariamente a sus vasallos - se recurría al vest y devest (saisine y dessaisine) en presencia del señor, formalidad esta que luego cayó en desuso y se consideró suplida con el ejercicio posesorio de un año y un día - possession d'an et jour.

Más tarde, a fines del siglo XII, el movimiento multitudinario de las Cruzadas hizo sentir los inconvenientes de esta prescripción, demasiado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

corta para la propiedad - y única para ambos institutos en el caso de las tierras comunes - por lo que se consideró necesario alargar los plazos de la usucapio y discriminar dos instancias separadas en caso de conflicto ;una, "provisional" para la posesión y otra, "definitiva" para la propiedad. De este modo, aunque la posesión anual - saisine - correspondiese a un usurpador - amparado por la complainte para defenderse de las vías de hecho, aún provenientes del dueño del inmueble la suerte definitiva del bien se decidía, sin embargo, con el resultado de la reivindicatio intentada por el legítimo propietario(5)(119).

En la antigua Roma, entre las cosas nec mancipi se hallaban comprendidos los inmuebles situados en las provincias, que, aun cuando susceptibles de posesión por sus concesionarios, pertenecían en propiedad al pueblo romano(6)(120). En la protección acordada por el derecho pretoriano a esas concesiones - radicadas en tierras incluidas en el ager publicus - se ha creído hallar el origen del amparo posesorio(7)(121). Posteriormente, la protección interdictual se hizo extensiva a la posesión de todas las cosas - incluyendo los inmuebles situados en el ager privatus - y fue necesario separar el debate de possessione del petitorio. De ahí nació un principio que se condensa en dos aforismos de Ulpiano: Nihil commune habet proprietas cum possessione(Dig. 41.2.12.1) y Quod separata esse debet possessio a proprietate(Dig. 43.17.1.2) - este último en la introducción del interdicto uti possidetis.

Afirma Ihering que "La protección de la posesión es un postulado de la protección de la propiedad, es el complemento indispensable del sistema de la propiedad de los romanos", agregando que esto no desmiente "la independencia práctica y dogmática de la posesión frente a la propiedad"(8)(122). Aunque discrepamos con la idea encarnada en la primera de estas afirmaciones(9)(123), no cabe duda que la concepción del autor pudo hallar un relativo asidero en la íntima conexión existente entre ambos institutos, especialmente en orden al común aprovechamiento dinámico de los interdictos - cuando el propietario es a la vez justus possessor(10)(124).

La posesión es el "hecho", la propiedad el "derecho"; en esto coinciden en el fondo Savigny y el maestro de Gottinga(11)(125). Sin embargo, así como el "título" nos muestra al derecho real estático y en su cabal dimensión jurídica, el ejercicio posesorio lo revela en movimiento y en la virtualidad fáctica que lo hace económicamente aprovechable. Esta misma circunstancia explica que la posesión haya sido enlazada desde un principio con el nacimiento, transmisión y extinción de los derechos reales, y no tan sólo como un mero recaudo de publicidad, sino también como el índice de una "posibilidad física" imprescindible para operar la constitución de un título, originario o derivado.

El acto posesorio puede diferir en su forma según la "causa" o título a que responda, pero siempre está presente como requisito para el nacimiento de la propiedad o cualquier otro derecho real susceptible de posesión (arts. 2524, incs. 1 a 5 y 7, 2820 y 2992 del Código Civil). Más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aun, a veces inclusive se confunde con la causa originaria del derecho, como en el caso del ejercicio posesorio - continuo e ininterrumpido - que conduce a la adquisición del derecho real por vía de prescripción, o en el supuesto de la aprehensión animus domini que opera la apropiación de las cosas muebles sin dueño o abandonadas.

En las transmisiones consensuales de los derechos reales susceptibles de posesión, ese acto posesorio "requisito" consiste en la tradición de la cosa enajenada, con la sola excepción de los dos casos mencionados en la nota

4. Su carácter de recaudo insustituible, como modo constitutivo ordinario en esas transmisiones, está anticipado en el Libro Segundo del Código Civil: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real" (art. 577).

Ya veremos más adelante, a través de un paradigma, hasta qué punto se justifica haber mantenido viva a la tradición en esa su antigua esencia.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Según ya lo hemos adelantado, la tradición, como modo constitutivo en la transmisión del dominio, consiste en la entrega de una cosa, o supuesta a disposición de otro, con intención de renunciar a ella, el tradens, y de someterla a su propio señorío, el accipiens, apoyándose esa conjugación fáctico - intencional en un negocio jurídico eficaz para operar la mutación dominial.

Nuestro tema exige circunscribirnos a la propiedad, pero este concepto - que no pretende ser definición - puede hacerse extensivo a la transmisión de los derechos reales desmembrados del dominio. Para esos casos también es necesaria la tradición o entrega de la cosa en que ha de ejercerse el derecho real, si tal ejercicio exige su posesión(12)(126).

Este sistema nos viene del derecho romano, aunque no debe descartarse la posibilidad de que la tradición haya cumplido una función similar en otras civilizaciones de anterior data, sobre las que no existe una información fidedigna.

En el derecho nuevo - el que se consolida en tierras de Bizancio merced a la recopilación justiniana - desaparece la vieja distinción entre res mancipi y nec mancipi, dando paso a una nueva clasificación, extraña al derecho clásico: inmuebles y muebles. Sólo para aquéllos se exigen ahora formalidades en la transmisión del dominio - de que ya son susceptibles, a partir de entonces, todas las cosas con excepción de las res publicae - consistentes en actos públicos solemnes de enajenación y su registro - gesta publica -, en algunos casos facultativos y en otros obligatorios.

La tradición se cumple en este período - posclásico - con igual finalidad para las cosas muebles e inmuebles, difiriendo tan sólo en sus formas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

externas. Estas diferencias extrínsecas obedecen más que nada a la contraposición entre la manualidad de las cosas muebles y la inmovilidad de los otros bienes, circunstancia ésta que hace más dificultosa la ritualidad de su transmisión.

En un principio, se exigió para los inmuebles la efectividad de su entrega, o puesta a disposición del adquirente, sólo cumplidas mediante actos materiales realizados por éste en presencia del enajenante y con su consentimiento. Posteriormente, fueron admitidas otras formas más espiritualizadas, en que la tradición podía llevarse a cabo de un modo ficticio o simbólico, bastando con que se diera "el medio de crear la posibilidad física" de disponer de la cosa⁽¹³⁾(127), pero nunca llegó a prescindirse de ella como requisito "modal". Nuestro propio derecho es beneficiario de esta evolución, al haberse admitido algunas de esas nuevas formas configurativas de la tradición (arts. 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391 y 2462, inc. 3º del Código Civil).

En el antiguo derecho, las res mancipi eran las únicas cosas cuya transmisión se hallaba sometida a formalidades solemnes - la mancipatio y la in jure cessio - que debían cumplirse ante testigos o ante el magistrado y revestidas, por esto mismo, de una cierta publicidad. Para las otras cosas - nec mancipi -, el acuerdo de voluntades no era solemne, y unido a la tradición bastaba para formalizar su enajenación.

Entre los germanos, el dominio de las cosas muebles o inmuebles se transmitía con sólo poner el objeto a disposición del adquirente, es decir, mediante la tradición. El principio era, pues, el mismo del derecho romano, difiriendo tan sólo en lo extrínseco de las formas, mientras que en el fondo también se exigía el libre acuerdo de voluntades.

Ya hemos visto que en el medioevo y bajo el régimen feudal existían dos distintas clases de tierras; las "feudales", sometidas a la propiedad del señor, cuya posesión por concesión de éste adquirían los vasallos mediante la formalidad de la "investidura" - vest y devest (saisine y dessaisine) - y las "comunes" - incluidas en las "villas" - que se transmitían de acuerdo a las reglas del derecho romano o del germano, según fuese su ubicación geográfica.

Desaparecido el feudalismo, prevalecen en Europa dos sistemas fundamentales para la transmisión inmobiliaria en cuanto a los muebles, casi no existían diferencias: la sola tradición era suficiente formalidad -, el romano y el germánico. Para el primero era suficiente la concurrencia de dos recaudos en la transmisión de la propiedad: el acuerdo de voluntades emanado de un negocio jurídicamente apto - "título" - y la tradición - "modo"-, aunque esta última fue diluyéndose en la práctica hasta transformarse en una cláusula de estilo acoplada al contrato - el adquirente declaraba hallarse en posesión de la cosa que le había sido entregada con anterioridad por el enajenante.

Conviene puntualizar desde ya que la tradición se halla referida a la posesión - al "señorío de hecho" sobre la cosa -, no al dominio; respecto a éste el resorte que impulsa la mutación de la titularidad consiste en un negocio jurídico causado, al que la entrega de la cosa perfecciona y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

atribuye efectos constitutivos del derecho transmitido. Freitas explica con meridiana claridad la razón de ser de su exigencia como recaudo formal para la transmisión de los derechos reales, con argumentos que seducen a Vélez Sársfield y lo llevan a transcribirlo textualmente en su nota al artículo 577 del Código Civil. Allí leemos: "...por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron".

En Francia, el proceso de espiritualización de la tradición desembocó finalmente en la solución del Código Napoleón, según la cual la propiedad podía transmitirse y adquirirse por el simple acuerdo de voluntades, prescindiéndose de la tradición como recaudo modal. Esta innovación derogó inclusive una ley, temporalmente muy próxima a ella, dictada el 19 de noviembre de 1798 bajo el gobierno del Directorio, que había dispuesto la transcripción en registros públicos de todos los contratos destinados a constituir y transmitir derechos reales sobre inmuebles. Sin embargo, la ley de 23 de marzo de 1855 creó el Registro Público de la Transmisión y Constitución de los Derechos Reales, sustituyendo a la antigua tradición, como acto de publicidad, por el registro del título.

El derecho germánico, a diferencia del romano, desde un principio consideró necesaria la intervención del Estado, a través de organismos competentes, en la transmisión del dominio sobre inmuebles, para lo que recurrió a la "investidura" de propietario - *auflassung* - que, en la práctica, estaba destinada a reemplazar las antiguas formas del *vest* y *devest*. Algunos de estos registros datan del siglo XII y su funcionamiento rodeaba a la operación de una satisfactoria "legalidad", ya que la autoridad estaba facultada para revisar los títulos del enajenante y comprobar su legitimidad; así nació el aforismo "El registro no puede mentir" - *das buch kann nicht luegen*.

En Prusia, la ordenanza de 20 de diciembre de 1783 implantó un registro real, en que se abría un legajo destinado a documentar las sucesivas transmisiones de dominio sobre un inmueble, o sus desmembraciones, prescindiendo de los nombres. En algunos Estados se fue aun más allá y la inscripción jugó como factor "convalidatorio", dándose por purgados los vicios que pudiesen afectar los títulos inscriptos: el verdadero propietario debía ser indemnizado por el responsable o por el Estado, pero el tercer adquirente quedaba a salvo de toda acción resarcitoria o de nulidad por causa de una inscripción incorrecta.

Se llega así a la sanción del Código Civil alemán de 1900, cuando ya en todo el territorio del Imperio la tradición había sido reemplazada por el registro del contrato, en materia inmobiliaria - respecto a las cosas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

muebles regía el sistema prácticamente universal de la tradición a la vieja usanza romana -. Según el nuevo Código, para transmitir el dominio sobre inmuebles, o para desmembrarlo, es necesario el acuerdo de voluntades entre ambas partes y la inscripción de la transferencia o del gravamen en el Registro. Este acuerdo tiene carácter "abstracto" en lo relativo a la transmisión del bien y queda desvinculado del negocio jurídico causal que lo ha originado. Las declaraciones de voluntad deben quedar documentadas notarial o judicialmente, para poder ser inscriptas en el registro inmobiliario. La inscripción está favorecida por la presunción - jure et de jure - de que el derecho registrado pertenece a quien aparece como su titular, salvo que su inexactitud, si se da el caso, haya sido conocida por el beneficiario (arts. 873 y siguientes del Código Civil alemán). El 24 de marzo de 1897 se había ya sancionado la ley de registros inmobiliarios, que comenzó a regir junto con el Código Civil y reglamenta el funcionamiento de la institución en la práctica.

Salvo algunas diferencias, que se presentan especialmente en cuanto a reconocer o no el carácter abstracto del acto de enajenación, y, en su caso, a acordar o no un efecto "convalidatorio" a la inscripción, este sistema ha servido de modelo a los regímenes registrales instituidos posteriormente en algunos otros países. A su lado se halla el sistema francés moderno, que se caracteriza por la índole personal de los registros y por la heteronomía de la inscripción - su validez depende de la de los derechos anotados - y también seguido en líneas generales por algunas legislaciones.

El sistema Torrens, nacido para tener vigencia en Australia del Sur por una ley de 27 de enero de 1858, fue especialmente tenido en cuenta en los países de ascendencia sajona - Estados Unidos, Gran Bretaña, Irlanda, etc.-. En general, se trata de un régimen facultativo, ya que los inmuebles son incorporados al Registro a solicitud de su propietario y, luego de una investigación sobre los títulos presentados, se los matricula, previa una suficiente publicidad por edictos. Una vez matriculado el bien, el propietario es munido de un "certificado de título", que acredita su derecho frente a terceros y le sirve para transmitirlo con sólo presentar ante la oficina de registro un memorándum con los datos de la operación. Sobre esta base se entrega al nuevo propietario el primitivo certificado con la anotación de la transferencia, u otro nuevo. De igual modo, la transferencia puede llevarse a cabo por el simple endoso del certificado, que luego es presentado al Registro para su inscripción. El titular que tiene inscripto su derecho está a salvo de cualquier problema derivado de un defecto del título o de falta de derecho de su autor; el verdadero propietario tiene una acción de daño contra el responsable y aun goza de un seguro que lo pone a cubierto de la eventual insolvencia de aquél.

IV. LA TRADICIÓN Y EL NEGOCIO CAUSAL

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una cuestión muy discutida es la de si la traditio llegó a convertirse en el derecho justiniano en un acto autónomo y desvinculado de su causa, como lo es en el derecho alemán el acto abstracto de enajenación.

Según Monier(14)(128), sólo se considera óbice para la validez de la enajenación y la adquisición de la propiedad, a partir de entonces, la ilicitud del fin perseguido - por ejemplo, una donación entre esposos -, pero no se tiene en cuenta, de distinto modo, el desacuerdo de las partes sobre el fin perseguido - por ejemplo, una creyendo vender y la otra, aceptar una donación -, bastando que ambas coincidan volitivamente en la transferencia de la propiedad. Ferrini imputa a Savigny la teoría de que la traditio se había convertido en el derecho clásico en un contrato abstracto y formal, tratando de refutar esa tesis(15)(129).

Dos textos del Digesto, uno de Juliano (Dig. 41.1.36) y otro de Ulpiano (Dig. 12.1.18), han originado esta discusión. Según el primero, se admiten los efectos traslativos de la propiedad por la tradición de la cosa, aun cuando en el ejemplo dado se trata de un malentendido entre los contratantes sobre la "causa" de la entrega. El segundo, en un caso relativamente similar, acoge el principio opuesto, negándole a la traditio esos efectos autónomos si media error de las partes en la causa traditionis.

La mayoría de los autores alemanes y Bibiloni entre nosotros, como adalides del moderno "objetivismo", consideran que Justiniano aceptó la opinión de Juliano, atribuyendo a la tradición el carácter de un acto abstracto, por lo que habría bastado, según ellos, la voluntad de enajenar en el tradens y la de adquirir en el accipiens para que la transmisión de la propiedad quedara perfeccionada, con prescindencia de la validez del acto causal. Bibiloni, mencionando esos dos antiguos textos, sostiene que la "tradición llegó a ser entre los romanos un verdadero "contrato real" (Anteproyecto, t. III, pág. 125, Ed. Abeledo).

Estamos de acuerdo con el profesor Dassen cuando afirma que Vélez Sársfield no conoció estas dudas; nuestro codificador en su nota al artículo 2602 cita un pasaje de Paulo, en que se encasilla al instituto dentro de su concepción clásica y más difundida. En coincidencia con ese viejo texto romano (Dig. 41.1.31), nuestro derecho ha admitido a la tradición como un simple requisito modal en la transmisión del dominio y los otros derechos reales susceptibles de posesión, desconociéndole la pretendida autonomía constitutiva perfilada por esa interpretación de los maestros "objetivistas".

Todo esto debemos tenerlo muy presente; ya veremos en su momento como, a través de un pronunciamiento de nuestros propios tribunales, esa versión "autonomista" de la tradición romana tuvo una reedición práctica que ciertamente nos preocupa.

V. LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA ANTES DE LA REFORMA

En nuestro país, desde que comenzó a regir el Código Civil - 1º de enero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de 1871 -, la transmisión del dominio y de los demás derechos reales susceptibles de posesión, se hallaba sujeta a los viejos cánones del derecho romano.

En materia de inmuebles, la regla era que la nueva titularidad dominial quedaba constituida con: a) la escritura pública en que se instrumentaba el negocio jurídico "apto" para transferir el dominio - "título" -, y b) la tradición de la cosa efectuada por el enajenante a favor del adquirente, en alguna de las formas descriptas en los artículos 2377 a 2380, 2387 y 2462, inc. 39 del Código Civil - "modo".

Con posterioridad, las legislaturas provinciales y el Congreso Nacional como órgano legislativo para la Capital Federal en el orden local, crearon los registros inmobiliarios con la finalidad primordial - y constitucionalmente inobjetable de proveer de instrumento adecuado a la publicidad dispuesta por el Código Civil para la constitución del derecho real de hipoteca.

Sin embargo, esas leyes fueron más allá, y, tal vez excediéndose en el ejercicio de las facultades no delegadas al gobierno federal, reglamentaron un sistema registral de alcances más amplios, en el que se incluyeron anotaciones relativas a la adquisición y transmisión del dominio inmobiliario, y otras concernientes a la traba de medidas cautelares, gravámenes y desmembraciones de la propiedad.

Frente a esto, se dividió la doctrina y nació la polémica. Lafaille y Busso figuran entre los autores que se manifestaron adversos a la validez constitucional de este régimen "clandestino", reafirmando el principio de que sólo una reforma del Código Civil podía legitimar la exigencia de la inscripción registral, como nuevo requisito para asegurar la eficacia de una transmisión inmobiliaria. Salvat, de distinto modo, se pronunció a favor de la admisión de esos registros con el alcance pretendido por las leyes que los crearon, sosteniendo que las provincias conservan para sí, como facultades no delegadas, aquellas que se hallan comprendidas en los denominados "poderes de policía". Fundado en esta premisa, sostiene que respecto a terceros - no a las partes - la anotación en los registros constituye una medida de orden y seguridad, que encuadra en el concepto de los poderes de policía.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en contra de los "Registros de la Propiedad" bajo el aspecto que nos ocupa, es decir, en cuanto la inscripción de una transmisión de dominio fuese exigida como requisito para que el derecho real quedase perfeccionado erga omnes, sosteniendo que ello había sido expresamente repudiado por el codificador. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se volcó hacia la tesis contraria, de la que en un principio también participó, por considerar que esa regulación de publicidad encuadraba, como medida de orden y seguridad, en el concepto de poder de policía.

En nuestra opinión, resulta indiscutible que el sistema del Código Civil se prestaba a fraudes y maniobras dolosas, situación ésta que, si no legítima, tornaba al menos razonable el propósito de las legislaturas locales de brindar una mayor certidumbre y seguridad a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transmisiones inmobiliarias. Más aún, el propio Vélez Sársfield vislumbró la posibilidad de que en un futuro, tal vez lejano para él, ya desaparecidos los inconvenientes que consideraba insalvables para crear un registro público inmobiliario, pudiera aceptarse su establecimiento en forma definitiva y a semejanza de los ya existentes en otros países en la época de su obra. Así leemos en la nota al artículo 3203: "El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos...". En la parte final de esta nota hace hincapié en las dificultades técnicas y el elevado costo con que habrían tropezado las provincias para encontrar personas capaces de llevar esos registros y construir el catastro de las propiedades, lo que habría impuesto la necesidad de establecer gravámenes desproporcionados con el valor de los inmuebles sujetos a registro.

Pero el camino a seguir para rever el régimen de publicidad de los derechos reales era otro, distinto del elegido por aquellas leyes locales. El artículo 2505 del Código Civil, tan sólo revisible por vía de otra ley de igual jerarquía normativa, fulminaba ab initio toda gestión legislativa de orden local tendiente a establecer una publicidad únicamente concebida en el Código para la hipoteca. Recordemos su viejo texto: "Los derechos reales se adquieren y se pierden, según las disposiciones de este Código, relativas a los hechos o a los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición, o se causa la pérdida de ellos".

El ejercicio de esos "poderes de policía" invocados en apoyo de las leyes locales, en nuestro caso involucra mucho más que una simple reglamentación formal - único ámbito legislativo no delegado por las provincias al poder central -. Como se verá más adelante, la inscripción registral, al mismo tiempo que funciona como requisito de publicidad, condiciona en cierta medida los actos de disposición jurídica del titular del bien, y, en caso de una contingencia conflictual, aproxima pautas presuncionales apriorísticas que pueden eventualmente incidir en la virtualidad dinámica del derecho real. Un reajuste normativo de la naturaleza asumida por aquellas leyes registrales, por las repercusiones de su operatividad en el ámbito más jerarquizado de los derechos subjetivos, aun cuando no alcanza a modificar la esencialidad jurídica de los institutos dogmáticos en juego, implica de todos modos una reestructuración sistemática de emplazamiento fronterizo entre lo sustantivo y lo formal. La reglamentación de las formas destinadas a regir los actos jurídicos, por su trascendencia en ese mismo ámbito de relaciones, ha sido también reservada a la ley de fondo.

La propia conveniencia de que el complejo normativo que regula la actividad del mercado inmobiliario se traduzca en un sistema uniforme de un confín a otro del país, es tal vez el mejor argumento de orden práctico que puede aproximarse en favor de la tesis de nuestro más alto tribunal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. EL NUEVO ARTÍCULO 2505 DEL CÓDIGO CIVIL (LEY 17711)

Así estaban las cosas cuando, impelida por la necesidad de poner remedio a estas deficiencias y otros males - ya en crisis, tal vez por obra de la profunda transformación económico - social operada en el país en el último cuarto de siglo - llegó la anhelada reforma sustantiva merced a la ley 17711. El remozado artículo 2505 del Código Civil y la Ley Nacional de Registros de la Propiedad Inmueble - 17801 - dieron su semblanza al esquema que actualmente nos rige.

Dispone el actual artículo 2505: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

Se ha objetado que esta redacción no es del todo feliz, en cuanto podría inducir a la idea de que, pese a la existencia de título válido instrumentado en escritura pública y al concurso formal de la tradición, la adquisición del dominio "solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios", - aun entre los propios contratantes.

Admitiendo a priori que la exigencia de la inscripción registral sólo apunta hacia la oponibilidad de las transacciones inmobiliarias erga omnes, cabe concluir que el nuevo texto incurre en una redundancia. Tal como está concebido, podría interpretarse que encierra dos ideas distintas - una en cada apartado -, cuando en realidad existe unidad conceptual en las dos afirmaciones que contiene.

Veamos. Dice el primer párrafo que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles sólo se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los títulos respectivos en el registro inmobiliario. Afirma el segundo que esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. De ahí la duda, ¿cómo puede referirse el segundo apartado a esos actos como ya concluidos aún antes de la inscripción, si, de acuerdo a la literalidad del primero, sólo lo estarían una vez registrados?

Tal vez más acertado habría sido englobar el concepto en un único párrafo, omitiendo una fraseología innecesaria y que inclusive puede confundir al intérprete poco avisado. Interpelando su texto lo demostraremos: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada para su oponibilidad a terceros, mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda".

Con todo, las dificultades aparejadas por este texto son más aparentes que reales.

Según lo entendemos, el problema queda superado a poco que se analice la redacción del artículo 2505, sin perder de vista que su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terminología se ajusta a las nomenclaturas utilizadas por el derecho registral. Si así se hace, se advertirá su verdadero significado, redundancias al margen.

Se denomina "inscripción constitutiva" - sistema alemán - a aquella que se exige como requisito esencial para el nacimiento del derecho real(16)(130); a diferencia de ella, la "inscripción perfeccionadora" - sistema adoptado por nuestra reforma - no tiene otro efecto que el de operar la oponibilidad del título inscripto erga omnes, sin quitar ni agregar nada en orden a la constitución y eficacia del derecho registrado. En el primer sistema se sustituye a la tradición por la inscripción del título, mientras que en el segundo se la mantiene como recaudo modal constitutivo.

Este último régimen es también el adoptado por Vélez Sársfield para la publicidad de la hipoteca - artículo 3135 del Código Civil - y el propugnado para la de los derechos reales en general por el III Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961. La recomendación aprobada por los caracterizados juristas que participaron en el evento, reza así: La tradición requerida para la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda y, en todos los demás casos, esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros, mientras no estén registradas. En los casos de transmisión hereditaria, la inscripción tendrá efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante"(17)(131).

La afinidad conceptual de esta recomendación con el nuevo artículo 2565 es innegable, como también lo es su mayor explicitud al referirse al "perfeccionamiento de la tradición", expresión ésta que refleja con fidelidad el verdadero alcance de la inscripción registral meramente perfeccionadora. El doctor Julio Lezana, a quien se debe atribuir su feliz redacción - con la colaboración del profesor Molinario en el segundo párrafo - sostuvo en los fundamentos de su ponencia y en su dictamen de comisión, que el sistema tenía la ventaja "... de mantener vigente el sistema de la tradición instituido por el Código...", con lo que de antemano quedaba aventada toda duda sobre la suerte del instituto.

Sin embargo, las dificultades del intérprete frente al artículo 2505 se diluyen, si se advierte que a través de la reforma ha permanecido incólume el cuadro dogmático que erige a la tradición como requisito modal constitutivo de los derechos reales, y muy especialmente el categórico artículo 577 del Código Civil. Por otra parte, los artículos 2º y 20 de la ley 17801 - complementaria del Código Civil - han recogido la directriz del régimen registral "perfeccionador" escindiendo los actos constitutivos del derecho real del recaudo de publicidad que lo "perfecciona" con el único objeto de hacerlo oponible erga omnes.

Así han hallado respuesta los dos interrogantes planteados al comienzo del derecho real del comienzo de esta exposición.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. LA LEY REGISTRAL NACIONAL

Dentro del ordenamiento positivo de fondo, la ley nacional de registros de la propiedad inmueble se conjuga con las disposiciones correlativas del Código Civil, para imprimir su actual fisonomía al régimen de las transacciones inmobiliarias. En esto radica la importancia de incluir en nuestro estudio la evaluación de la nueva organización registral aunque nos limitaremos a aquellos aspectos de la ley 17801 que más íntimamente se relacionan con el objeto aquí perseguido.

Los artículos que en especial nos interesan son el 2º, 4º y 20.

El primero de ellos, con remisión a los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, describe la finalidad específica de la inscripción registral, disponiendo que se inscribirán los documentos en que se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles "...para su publicidad, oponibilidad a terceros...".

El artículo 20, a su vez, contribuye a precisar el alcance de la inscripción, estableciendo que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento "...no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado...".

En nuestra opinión, por razones de métodos y explicitud, la ubicación más adecuada de esta norma sería un artículo 2505 "bis" del Código Civil. De ahí el acierto de Vélez Sársfield en el artículo 3135, que en dos concisos apartados resume el modus operandi del régimen de publicidad por él abrazado para la hipoteca.

Los autores del proyecto presentado por la Universidad Notarial Argentina - antecedente inmediato de la ley sancionada - sostuvieron en los "Fundamentos", que "...no debe confundirse la eficacia del documento con su oponibilidad a terceros: el documento público tiene eficacia erga omnes, o sea, entre partes y terceros, pero mientras los terceros no lo conozcan no puede serles opuesto"(18)(132). Más adelante volveremos sobre esta medulosa afirmación, pero desde ahora anticipemos que en ella se encierra una valiosa pauta de hermenéutica para robustecer la respuesta dada a nuestro segundo interrogante.

El artículo 4º prescribe que la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes, adoptando de este modo el principio registral de la inscripción "no convalidante".

Los autores del proyecto explican que la recepción de este principio es consecuencia del sistema general adoptado, señalando que la ley española contiene una disposición análoga, pese a su mayor perfección técnica y a haber acogido los principios de "legalidad" y "fe pública". A renglón seguido insertan una reflexión que contribuye a poner en descubierto el ámbito de operatividad del nuevo requisito, en orden a la protección de los terceros adquirentes, remozada por la reforma de fondo. Dicen en ese lugar: "Esto se explica porque la inscripción reserva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

toda su eficacia a la consolidación de los derechos de terceros, pero no a las relaciones jurídicas entre partes". También volveremos sobre este punto.

Entre otros preceptos de la ley, merecen destacarse los artículos 10 a 13, que disponen la matriculación de los inmuebles en folio especial para su nomenclatura, adoptando el denominado sistema del "folio real", ya ensayado con éxito en la provincia de Buenos Aires. Los artículos 17 y 18 establecen el "cierre o bloqueo registral", procedimiento cuyo substractum es el de impedir la anotación de instrumentos incompatibles entre sí, dando prioridad al presentado en fecha anterior. Se exceptúa el caso en que el documento otorgado con anterioridad haya sido presentado posteriormente, pero dentro del plazo previsto en el artículo 5º de la ley. Este artículo preceptúa que los títulos que se presenten dentro de los 45 días de su otorgamiento se considerarán registrados en la fecha en que fueron instrumentados y se exceptúa a la hipoteca, para la que se mantiene el plazo fijado en el artículo 3137 del Código Civil. El artículo 25 complementa estas disposiciones, estableciendo que el registro no expedirá certificaciones sobre el mismo bien durante el cierre registral "sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado". La certificación, agrega el mismo artículo, producirá los efectos de anotación preventiva a favor del solicitante, si él requiere oportunamente - dentro del plazo legal (art. 59) - la inscripción del documento con cuyo motivo la haya gestionado.

- El análisis de las demás disposiciones de la ley excede el propósito de esta investigación, aunque recomendamos su lectura a quienes transitan en la práctica notarial y forense.

VIII. DIFERENCIA ENTRE LA "PLENA OPERATIVIDAD" DEL DERECHO REAL Y SU EFICACIA

Ya hemos señalado que el sistema de la "inscripción perfeccionadora" se caracteriza por escindir el nacimiento y eficacia del derecho real de su oponibilidad a terceros. Aquí corresponde precisar el significado de nuestra afirmación y ampliar el concepto; para ello explicaremos cómo funciona en la práctica el nuevo requisito de publicidad.

La oponibilidad erga omnes del derecho real instrumentado mediante la inscripción registral, es un término relativo en la ecuación jurídica esencial del derecho inscripto, que sólo está destinado a condicionar su ejercicio en cierta medida - y a anticipar pautas presuncionales de juzgamiento para el caso de mediar una contingencia conflictual.

Examinemos este concepto, tomando a título de ejemplo el caso de un derecho dominial inmobiliario no inscripto en el Registro de la Propiedad. Una discriminación previa nos ayudará en este enfoque. No debe confundirse la "plena operatividad", o "eficiencia" del derecho, con su eficacia: ésta se refiere a la existencia de su virtualidad jurídica esencial;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aquella describe la posibilidad actual de ejercicio de todas las prerrogativas que son inherentes a esa virtualidad. Estableciendo un parangón, una relación similar existe entre la patria potestad y su ejercicio, también susceptibles de escisión en la práctica.

Veamos, La falta de inscripción del derecho, si bien no privará a su titular de gozar de algunas de sus prerrogativas y de usufructuar en la misma medida el aprovechamiento económico del inmueble, le impedirá de todos modos realizar ciertos actos de disposición jurídica sujetos a registro o a actuación notarial; ningún escribano le daría exequátur a la transacción, si el inmueble y el título no estuvieran registrados; esto inclusive impediría conocer a ciencia cierta las "condiciones de dominio" del inmueble.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que la ley 17801 establece la obligatoriedad de la matriculación inmobiliaria - artículo 44 - cabe concluir que la falta de inscripción será asimismo un obstáculo insalvable para la formalización de toda gestión administrativa en que deba hacerse valer la titularidad dominial, cualquiera sea la naturaleza jurídica de su proyección sustantiva - actos de disposición o de simple administración -. Algunas de esas tramitaciones son recaudo imprescindible para posibilitar ciertos actos vinculados con el aprovechamiento jurídico económico del bien, e inclusive para prestar observancia a las leyes fiscales. Entre otros casos, podemos citar: prestaciones de caución real en causas judiciales, acreditación de solvencia en operaciones bancarias, declaraciones de capital societario ante el Registro Público de Comercio, empadronamiento del inmueble para el pago de impuestos, etc.; en todos estos supuestos sólo la inscripción registral será aceptada por el organismo competente para acreditar el dominio y sus "condiciones", mediante las certificaciones de ley.

Todo ello hace que la "plena operatividad", o "eficiencia", del derecho real - no su eficacia - esté en gran medida condicionada por el cumplimiento del nuevo requisito de publicidad. En otro orden de ideas, éste es un argumento más para reafirmar que el establecimiento del actual recaudo perfeccionador es en verdad privativo de la legislación de fondo.

Sigamos. De igual modo, si la "normalidad jurídica" del ejercicio dominial se ve perturbada por una controversia con terceros, en la generalidad de los casos ese defecto de inscripción se corporizará en grave detrimento y tendrá incidencia - a veces decisiva - en el planteo litigioso sometido al pronunciamiento judicial.

De ahí la importancia que reviste para el titular la "oponibilidad documentada de su derecho y que únicamente le brindará la inscripción en el Registro de la Propiedad - aunque ella nada agregue en orden a la constitución y eficacia del derecho real inscripto.

Sin embargo, no siempre en caso de conflicto la ausencia de inscripción será irremisiblemente perjudicial para el titular omiso. Así, por ejemplo, aunque su contradictor sea un tercer adquirente a título oneroso, aquél podrá atacar y llegar a desvirtuar - eso sí, con buena fortuna - la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presunción de buena fe que éste tratará de hacer valer en su favor y que se hallará sólidamente robustecida por la "clandestinidad" del título opuesto. Si a través de las pruebas producidas en el litigio cae esta presunción, con lo que el tercero quedaría equiparado a las personas que menciona el artículo 20 de la ley 17801 - la razón de ser de esta norma radica en el conocimiento del acto - y se halla válidamente constituido el derecho del titular "clandestino" - pero legítimo - él prevalecerá pese a su defecto registral; la mala fe del tercero le privaría del amparo estatuido por el actual artículo 1051 del Código Civil.

Más aún, dado que la inscripción no es convalidante por sí misma, a igual resultado se llegaría inclusive si el tercero de mala fe hubiera logrado inscribir en el registro el instrumento de su ficticio derecho; merced a los recaudos fijados en los artículos 8º, 9º, 15 y 17 de la ley 17801, el logro de una inscripción fraudulenta de este tipo es hipotético en la práctica, pero no imposible...

Distintas situaciones pueden presentarse y no cabe descartar el interés teórico y práctico de su estudio, pero ello es tarea que excede nuestra temática específica. Con este extractado análisis del problema, tan sólo hemos perseguido reafirmar y ampliar un concepto ya anticipado: no debe confundirse la oponibilidad a terceros y la "plena operatividad" del derecho real con su constitución y eficacia.

IX. LA LEY REGISTRAL FRENTE AL NUEVO ART. 1051 DEL CÓDIGO CIVIL

Se ha objetado al nuevo sistema registral que él no se ajusta a las necesidades impuestas por el actual artículo 1051 del Código Civil.

Dispone esta remozada norma: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

Conforme a su nueva concepción, este artículo da asiento positivo al propósito de brindar una adecuada protección a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, con lo que al mismo tiempo se establece un satisfactorio basamento de certidumbre y seguridad para el tráfico inmobiliario.

La innovación embandera una reacción contra el sistema anterior, en que, por imperio de disposiciones como las de los artículos 1051 en su viejo texto -, 2603 y 3270 del Código Civil, campeaba la directriz de un antiguo aforismo romano: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit... ..sic non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert* (Dig. 41.120).

Dentro de este cuadro normativo, los terceros adquirentes de buena fe, aun a título oneroso, se hallaban prácticamente indefensos frente al fraude y expuestos a perder un derecho respetablemente negociado,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aunque no adquirido, por la mediación de un vicio o defecto al que eran ajenos. Todo ello, como es de suponer, enquistaba un permanente factor de incertidumbre en la transacción inmobiliaria.

El nuevo régimen de publicidad establecido para el negocio inmobiliario y este artículo 1051, renovado, se conjugan así hacia una finalidad de orden general y de la que sólo puede resultar beneficio, si en la práctica se procede con cautela.

Es en verdad riesgosa la aparente inmunidad dinámica que se ha otorgado a esos terceros adquirentes, inclusive no debe descartarse la posibilidad insinuada por la crítica ya mencionada, de que el legítimo propietario pueda en algún caso verse perjudicado por una maniobra dolosa - por ejemplo, falsificación de un título, difícil pero no imposible... - sin que se hayan arbitrado en la nueva ley registral los medios idóneos para prevenir esos fraudes. Se sostiene que esto pudo lograrse mediante un control absoluto que involucre el saneamiento de los títulos inscriptos y que, por supuesto, va más allá del simple mecanismo de la "legalidad" de los asientos.

Sin embargo, en nuestra opinión, la solución del problema debe ser hallada por la vía de una prudente interpretación y aplicación del artículo 1051, que descarte asignarle un valor apriorístico de carácter absoluto en el caso práctico y que permita brindar un trato igualitario a los intereses en pugna. La necesidad de admitir ciertas excepciones, está dada por la propia jerarquía de un derecho que, como el del verdadero propietario, no por ajeno a la más absorbente preocupación del reformador deja de tener el marco de respetabilidad que todo status jurídico legítimamente constituido merece.

En este sentido, es interesante traer a colación un caso que menciona el extinto profesor Julio Dassen, en su obra Acciones posesorias, referido al "acto abstracto de enajenación" del derecho alemán. Un tribunal del Reich, abocado a un litigio en que se cuestionaba la validez de una enajenación por la ilicitud del negocio jurídico causal - una mujer había vendido su divorcio al marido, exigiendo como precio la entrega de una finca que a éste pertenecía - se apartó de los principios que antes aparecían inconmovibles y declaró la nulidad del acto de transferencia. Según Dassen, este ejemplo "constituye una prueba más de la relatividad de las reglas jurídicas excesivamente generales"(19)(133).

Según ya hemos dicho, una interpretación jurisprudencial impregnada de la misma sabiduría en que se nutre la reflexión del autor, es el camino más accesible para asegurar el equilibrio de las categorías jurídicas en juego, sin necesidad de recurrir a la revisión del sistema registral encarnado en la ley 17801.

<p>X. INSUFICIENCIA DEL "TÍTULO CAUSA" EN LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA. EJEMPLO</p>

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Antes de concluir esta modesta colaboración con la prestigiosa publicación que nos patrocina, consideramos conveniente presentar dos casos prácticos, a través de los cuales quedarán refirmados algunos de los conceptos expuestos, especialmente en orden a la inescindibilidad del binomio generativo del derecho real.

El primero se refiere al defecto de título, o negocio jurídico "suficiente para transferir el dominio". Para su evaluación, nos valdremos de un caso verídico, que fue llevado a la justicia y dio motivo a un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal en el año 1941. El caso ha sido recientemente comentado por el doctor José María López Olaciregui, en el curso de una conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de esta Capital, el 21 de agosto de 1969(20)(134).

Veámoslo. La Municipalidad, por intermedio de uno de sus organismos, había prometido en venta a una persona un inmueble de su propiedad, por un precio pagadero a largo plazo. La operación, que formaba parte de un plan general de venta de viviendas en condiciones económicas, se concertó en base a un boleto "tipo", según el cual al adquirente sólo se le habría de otorgar escritura cuando la totalidad del precio, o poco menos, hubiese sido ya saldada. Ello no obstante, al beneficiario se le hacía entrega del inmueble con la firma del boleto y un anticipo del precio.

En nuestro caso, la Comuna demandó por el incumplimiento del deudor en los pagos pactados, obteniendo sentencia condenatoria que luego pretendió ejecutar. Pero, como el demandado carecía de bienes y el inmueble nunca le había sido escriturado, se dio el escándalo jurídico de que la actora, al pretender el cobro mediante la realización del bien - que aun estaba registrado a su nombre se estaba en realidad ejecutando a sí misma.

En Primera Instancia, las pretensiones del Municipio fueron rechazadas. Recurrido el fallo y elevadas las actuaciones al Tribunal de Alzada en grado de apelación, éste resolvió en pleno que, aun cuando por falta de escritura pública no se había perfeccionado la transmisión del dominio, había existido, sin embargo, una tradición traslativa de la posesión, configurándose un verdadero "contrato de tradición", que acordaba al ocupante el carácter de "legítimo poseedor",

En su comentario; el doctor López Olaciregui halló en este pronunciamiento un nuevo enfoque del instituto "tradición", acotando que "el hecho de que cuando va unido a un contrato dirigido a la traslación dominial sea el modo que opera ese resultado, ello no impide que por sí solo tenga un valor autónomo generador de una situación jurídica (la de poseedor) con valor propio y respetable".

Nos permitimos discrepar con algunos de estos conceptos.

Dentro de nuestro régimen legal, todo contrato que tenga por objeto "...la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo...", debe ser instrumentado en escritura pública, con excepción del que fuese celebrado en subasta pública (artículo 1184, inc. 1º del Código Civil) .

La interpretación de esta norma debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 2602 del mismo Código, por cuyo imperio la tradición debe ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por "título suficiente para transferir el dominio", carácter este que, en su aspecto formal y extrínseco, le niega la ley a un simple boleto - convenio de compraventa.

El defecto de esta formalidad impide admitir, en un caso que hemos palpado en nuestra práctica judicial, la intervención del aceptante de una promesa de venta formalizada mediante boleto en la ejecución hipotecaria seguida contra el promitente, no obstante el perjuicio implícito para él en la subasta del inmueble. La jurisprudencia le niega el carácter de tercer poseedor, precisamente por la circunstancia apuntada, es decir, ausencia de "título". Sin embargo, participando de la tesis del plenario y en algunos casos con mayor razón aún, también aquí podría argumentarse con la "respetabilidad" del "legítimo poseedor" y la autonomía del "contrato de tradición".

Ya hemos afirmado algo más arriba que, la "nuda" tradición no es constitutiva de ningún derecho real, negándole la autonomía y desvinculación con el negocio causal que pretende asignarle el "objetivismo" germano. Aquí sólo cabe reafirmar el concepto y recordar el pasaje de Paulo que Vélez menciona en su nota al artículo 2602 del Código Civil: "La nuda tradición nunca transfiere el dominio, a no ser que hubiere precedido la venta, o alguna justa causa por la cual siguiere la entrega" (Dig. 41.1.31).

En el caso resuelto por el plenario, la posesión del demandado sólo puede considerarse "respetable", en un sentido jurídico específico, en otro ámbito conflictual. Nos referimos a la protección que la ley acuerda al poseedor por el solo hecho de la posesión, en que debe ser respetado hasta tanto el que tenga un derecho a ella no la demande "por las vías legales" (artículo 2468 del Código Civil). Pero este amparo sólo le resguarda contra ciertas lesiones específicas, que se traducen en las violaciones de "hecho" materia de la controversia de possessione y son reprimidas mediante las defensas estatuidas en el título III, libro tercero, del Código Civil(21)(135).

En nuestro ejemplo, al margen de esta "respetabilidad", el demandado se hallaba asistido de un derecho de crédito contra la Municipalidad - por la escrituración del inmueble pero carecía de un status jurídico in re.

La constitución, transmisión y extinción de los derechos reales ha sido revestida desde antiguo de formalidades mucho más rigurosas que las exigidas para los derechos personales, en razón de la mayor trascendencia jurídica y económica de su virtualidad existencial, que se patentiza en la "obligación universal" de acatamiento y respeto privativa de la más genuina esencia del derecho in re. A tal inquietud legislativa no pueden permanecer ajenos - ni lo han hecho en la generalidad de los casos - los pronunciamientos judiciales; por ello, consideramos que el fallo en cuestión ha sentado un precedente sumamente riesgoso, tal vez procurando brindar una solución justa al caso resuelto, pero inadmisibles como premisa de orden general.

En nuestra opinión, la actora erró el camino. Ella debió demandar el cumplimiento del convenio, persiguiendo el cobro de lo adeudado por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

demandado y ofreciendo la escrituración del bien a favor de éste, es decir la contraprestación puesta a su cargo por la convención de acuerdo a los términos pactados (artículos 505, 1197, 1198, 1201, 1323, 1431 del Código Civil). Obtenida la sentencia en esos términos, podría haberla ejecutado en dos etapas. La primera consistente en la escrituración del inmueble a favor del comprador, y la segunda, diferida para el momento de haberse cumplido la otra, con el objeto de perseguir - ahora sí derechamente el pago del precio adeudado mediante la realización del bien objeto de la transacción, que ya habría pertenecido en propiedad al ejecutado.

Ningún inconveniente insalvable ofrece esta solución. La jurisprudencia ha establecido en un fallo plenario - con antecedentes ya en la época del pronunciamiento que comentamos - que la negativa del vendedor a otorgar escritura traslativa de dominio no impide ejecutar la sentencia que lo condena a hacerlo, en cuyo caso el instrumento podrá ser suscripto en su nombre por un tercero, o por el juez. Las razones en que se funda esta solución jurisprudencial valen tanto para uno como para el otro contratante: allí donde no sea necesaria la coacción personal del obligado para el cumplimiento de una obligación de hacer en el sentido de violencia física - la sentencia podrá ejecutarse a despecho de su resistencia (artículos 630 y 1185 del Código Civil) sin que por ello sea quebrantada la prohibición contenida en el artículo 629 de dicho Código.

Por otra parte, el defecto de la integración del precio, necesaria para la formalización del contrato cuando se ha pactado "al contado" - o cuando la sentencia condena a su pago en esa forma - no sería óbice para la adquisición del dominio por parte del demandado, si el actor renuncia a exigir el pago en el acto de escriturar y se reserva el derecho de perseguir su cobro a posteriori. El artículo 1428 del Código Civil acuerda una facultad al vendedor, autorizándole a negar la entrega de la cosa vendida y no pagada, pero no le obliga a retenerla e impedir de este modo la conclusión del contrato, es decir, le atribuye una prerrogativa, no le impone un deber(22)(136). Esta doctrina permisiva responde, en un sentido más general, al principio de que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda", y, como "renuncia" - en el caso, al derecho de exigir el pago inmediato del precio - se halla recepcionada por los artículos 19, 868 y siguientes del Código Civil, con la salvedad de que no medien las razones de orden público atendidas por el artículo 872 y que, por supuesto, no aparecen en nuestro ejemplo.

En lo que respecta al demandado, cabe agregar que él no podría alegar agravio alguno contra el procedimiento seguido. "El interés es la medida de la acción en justicia" y el suyo estaría dado en su justa medida - por la escrituración del inmueble a su favor, medio de alcanzar el fin por él perseguido en la convención a cuyo cumplimiento la sentencia le condena.

Tal vez pudiera argumentarse algún reparo a la solución que propugnamos - especialmente de orden procesal - y considerársela demasiado "avanzada", pero, bajo este aspecto ¿no es acaso mucho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más "renovadora" - ya en el derecho de fondo - la doctrina del plenario de 1941?

Nuestra solución, más que una retrospectiva crítica, encierra una sugerencia para el futuro y en este sentido se halla favorecida por la mayor flexibilidad de las normas procesales actualmente en vigencia(23)(137).

XI. DEFECTO DEL "ACTO MODAL" EN LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA.
EJEMPLO

El otro caso se refiere a la falta de tradición.

Supongamos que, no obstante lo manifestado por las partes en la escritura traslativa de dominio que instrumenta una compraventa, no haya mediado la tradición efectiva del inmueble o alguno de sus modos sustitutivos - artículos 2387 y 2462, inc. 3º del Código Civil -. Siguiendo la tramitación de práctica, el título es luego inscripto en el Registro de la Propiedad.

En tal hipótesis, a pesar de la registración del instrumento otorgado, el aparente nuevo titular no habrá adquirido el dominio del bien, ya que el defecto de la tradición, o de alguno de los otros "modos", provoca la escisión de la ecuación jurídica constitutiva y resta su eficacia a la transmisión - artículos 577 y 2602 del Código Civil -. Esa incompletitud de la constitución dominial, no será tampoco subsanada por la inscripción registral, insuficiente por sí misma para convalidar la nulidad del título o subsanar los defectos de que pudiere adolecer (artículo 4º de la ley 17801).

Entre las partes, sólo existirá un convenio de compraventa concertado en los términos del artículo 1323 del Código Civil y, merced a la observancia del requisito establecido en el artículo 1184, inc. 1º, ya concluido como contrato (artículo 1140) a diferencia de la promesa de venta instrumentada en un simple boleto - convenio (artículo 1186) pero ineficaz para la constitución del dominio objeto de la transacción.

- El comprador dispone de una acción contra el vendedor, para obtener la efectiva entrega de la cosa o bien pedir la resolución del contrato (artículo 1412 del Código Civil).

Respecto a terceros, dos casos pueden presentarse.

Veamos el primero. Un tercero se introduce en el inmueble y se - instala alegando derechos de posesión o propiedad sobre el bien. La acción reivindicatoria corresponde al vendedor - aún el verdadero propietario - ya que, como se ha dicho, la inscripción no puede subsanar el defecto del título del comprador. De todos modos, este último, aparente titular del dominio de acuerdo con la inscripción, deberá ser citado al juicio y aun podría presentarse espontáneamente (artículos 90 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) teniendo en cuenta que su propio derecho de crédito podría verse perjudicado a resultas de la sentencia, si su deudor es vencido. La verosimilitud de este perjuicio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hace que el adquirente se halle encuadrado en el concepto de "tercero interesado", a que se refiere el artículo 90, inc. 1º, de la ley ritual.

El comprador, a su vez, también podría accionar contra el intruso, si el vendedor - su deudor en la entrega de la cosa - fuera remiso en reivindicar el inmueble, con el consiguiente perjuicio para aquél. Según lo vemos nosotros, en su carácter de acreedor del vendedor, él podría subrogarse en los derechos y acciones de éste, luego de haberlo hecho citar e intimar judicialmente a entablar la demanda reivindicatoria, valiéndose de la acción que le acuerda el artículo 1196 del Código Civil y en la forma prescripta por los artículos 111 y 112 del Código procesal. Bélime, entre los franceses, y Dassen, entre nosotros, señalan la procedencia de esta misma vía en el caso del tenedor vinculado con el propietario por un contrato bilateral y conmutativo - por ejemplo, locación -, es decir, del "tenedor interesado", a quien reconocen el derecho de subrogarse en las acciones posesorias de su autor, si éste no acude en su defensa frente a una violación proveniente de tercero(24)(138).

El otro supuesto, es el de que la transacción se haya celebrado a despecho de la ocupación del inmueble por un tercero a título de poseedor; si fuera un simple detentado, la tradición podría cumplirse respetando la ocupación existente. Si este poseedor hubiera llegado a usucapir el bien, tendría al alcance de su mano enervar la acción reivindicatoria ejercitada contra él, oponiendo la prescripción por vía de excepción.

Esta última alternativa nos muestra una de las ventajas de mantener viva a la tradición como recaudo modal constitutivo de la transmisión inmobiliaria. Tan sólo a través de la entrega material de la cosa efectivamente realizada, puede prevenirse el fraude, ya sea en perjuicio del ocupante asistido de un derecho y obligado a defenderlo frente a un hecho consumado, ya en detrimento del adquirente que podría ver esfumada su inversión frente al mejor derecho de aquél.

Como medio de publicidad, la inscripción registral tiene un alcance general más amplio que la tradición, en lo que concierne a las relaciones jurídicas debidamente instrumentadas y normalmente constituidas, pero no es tan descriptiva en la realidad fáctica del bien - a veces, como en nuestro ejemplo, con consecuencias jurídicas definitivas e irreversibles - como lo es el acto de entrega material de la cosa realizado in situ.

Esto tal vez no lo hayan advertido quienes critican a la reciente reforma por el hecho de haber mantenido viva a la tradición, en vez de sustituirla por la inscripción "constitutiva".

XII. CONCLUSIONES

Las recientes innovaciones introducidas en la materia que hemos desarrollado quizá no representen el compendio de perfección esperando por los más exigentes, pero lo cierto es que, en líneas generales, el actual sistema ha establecido un relativo balanceo entre las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ventajas del lo antiguo y de lo nuevo. Nuestra convicción es profunda y la afirmación sincera, lo demostraremos con las conclusiones que epilogan esta exposición.

1) Se ha mantenido a la tradición como recaudo formal constitutivo o en las transmisiones inmobiliarias, con lo que se brinda una mayor garantía al eventual derecho de quien ocupa el bien, si él no es su propietario. Estas situaciones de posible conflicto no pueden ser ignoradas en un país como el nuestro, plétórico en migraciones humanas masivas que convergen sobre las zonas más industrializadas, donde hay mayor demanda y mejor mercado de trabajo, con la consiguiente formación de estratos sociales y status jurídicos inciertos y anómalos, pero no por ello menos dignos de protección legal. El Estado es en parte responsable del abandono de otras actividades y lugares del país, que, en algún momento, quedaron al margen de los "planes de gobierno". Distintas son las cosas en Europa, donde se suceden las generaciones casi sin cambios demográficos y en que los nietos, generalmente, heredan la profesión y viven y mueren en la misma casa que fue de sus abuelos.

2) Se ha establecido la inscripción registral como requisito "perfeccionador" del derecho inscripto, con el objeto de brindarle "oponibilidad" frente a terceros, pero sin que la inscripción subsane ni convalide los defectos de que el título pudiere adolecer. Tal como lo hacen notar los redactores del proyecto elaborado en la Universidad Notarial Argentina, el sistema adoptado es el que más se ajusta a las posibilidades de realización de nuestro medio, en que se tropieza, entre otros inconvenientes, con la carencia de un catastro parcelario completo, la escasez de especialistas en derecho registral que puedan actuar con eficacia en los registros, etc.(25)(139).

3) Los artículos 2387 - traditio brevi manu - y 2462, inc. 3º - constituto possessorio - del Código Civil, desmienten que la tradición sólo haya estado destinada a cumplir un fin de publicidad en la transmisión del dominio. En su caso, la exterioridad fáctica de la relación establecida entre el nuevo propietario y la cosa mantiene su anterior apariencia, por lo que resulta hipotético que los terceros puedan tomar noticia del actual estado del dominio. Muy probablemente también hayan pesado en la solución adoptada por el derecho romano, al establecer a la traditio como recaudo formal constitutivo, las razones que ya hemos señalado en la exposición de nuestro segundo paradigma (punto XI de este trabajo). En este sentido, recordemos que a pesar del proceso de espiritualización operado en el instituto, siempre se mantuvo la idea de la "posibilidad física" de disponer de la cosa(26)(140).

4) El nuevo artículo 1051 del Código Civil brinda un amparo, tal vez no suficientemente balanceado, de que antes carecía el sujeto protegido. Su reforma obedeció a una necesaria revisión del riguroso esquema

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vigente con anterioridad, en que los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso se hallaban prácticamente a merced del fraude y la simulación. Reconocemos que la innovación ha instrumentado una relativa sobreprotección de esos terceros adquirentes, con cierto detrimento del "interés" no menos respetable del verdadero propietario - a veces también posible víctima de una maniobra dolosa -, pero consideramos que la propia generalidad de la nueva norma obliga a interpretarla con prudencia y a desechar su aparentemente absoluta indiscriminación, que podría tornarla nefasta en la práctica. Con este objeto, el artículo 1051 debe ser manejado con cautela por nuestros jueces, evitando que el fiel de la balanza se incline de antemano en contra de un derecho no menos digno de respeto que el que esa norma trata de tutelar. Recordemos cómo la jurisprudencia alemana canalizó dentro de un cauce de razonabilidad la muy argumentada invulnerabilidad del acto abstracto de enajenación, tal vez el máximo exponente de un "objetivismo" hoy sometido a revisión en distintas materias. Esta afirmación no descarta el mayor o menor acierto de esa tendencia en algunas de sus concepciones, pero recoge la inquietud de una pujante reacción "subjetivista", actualmente en auge(27)(141).

5) No debe confundirse la "oponibilidad a terceros" y la "plena operatividad" del derecho real con su constitución y eficacia, que se configuran en las transmisiones inmobiliarias por el simple concurso del negocio causal y la tradición, aquél instrumentado en escritura pública. La falta de inscripción registral del derecho, aunque no llegue a afectar el ejercicio de algunas de las prerrogativas de su titular - por ejemplo, actos de disposición material del bien no sometidos a contralor municipal, concertación de una locación, etc. -, mermará sin embargo en gran medida su "plena operatividad", privándole a aquél de realizar actos de disposición jurídica sujetos a registro o a actuación notarial, como también ciertas gestiones administrativas que exigirán la efectiva matriculación del inmueble y la inscripción del título (artículo 44, ley 17801). Aún los particulares, salvo en casos de mucha confianza entre las partes, desconfiarán de un título "clandestino" y difícilmente negociarán sobre la sola base de una escritura traslativa de dominio aún no inscripta ni en trámite. Eventualmente, en caso de una contingencia conflictual, esa omisión también disminuirá las posibilidades de defensa del titular frente a un tercer adquirente a título oneroso, aunque si cae la buena fe alegada por este prevalecerá el derecho "mejor constituido", cualquiera sea la "apariencia" registral. Tal el sentido y alcance de nuestra afirmación.

6) La "nuda" tradición nunca transfiere el dominio, ni tampoco es suficiente para establecer un status jurídico especial in re, si no concurre con ella un negocio jurídico suficiente para la transmisión dominial. Por imperio de la disposición contenida en el artículo 2502 del Código Civil, no existen en nuestro derecho otras categorías jurídicas que asignen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prerrogativas "reales" sobre las cosas, fuera de las establecidas en el artículo 2503 del mismo Código.

7) La ley 17801, en conjunción con el nuevo artículo 2505 del Código Civil, ha venido a zanjar una debatida cuestión en torno a la constitucionalidad de los registros inmobiliarios creados por las legislaturas locales. El sistema adoptado es perfectible - tal como el propio Vélez lo admitió respecto al régimen por él diseñado -, pero ello no desmiente lo oportuno y acertado de la reciente reforma, merced a la cual hemos remontado medio siglo de atraso legislativo. Sin embargo, esto no quita que, llegado el momento de hacerlo, se le introduzcan las mejoras de que es susceptible, evitando caer en un nuevo anquilosamiento como el que acaba de diluirse.

8) El quehacer humano, a la vez que imperfecto, es perfectible, y especialmente en el campo del derecho son contadas las realizaciones que conforman a todos y contemplan igualitariamente los distintos intereses en juego. En esta sola reflexión se abstrae y condensa el mejor elogio que podemos brindar a las recientes innovaciones, aunque ella encierra - bien meditada - un anhelo de perfeccionamiento que pretende hallar eco en las fuentes de creación e interpretación de la norma jurídica.