

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LA TRADICIÓN Y LA INSCRIPCIÓN. VALOR JURÍDICO DE AMBOS
REQUISITOS EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE DOMINIO
SOBRE INMUEBLES***

OMAR ANDRÉS ASCUA(*) (162)

SUMARIO

I. Generalidades.-II. La publicidad, su función y trascendencia jurídica. - III. La tradición como sistema de publicidad.-IV. Concepto, elementos y clases de tradición.-V. La inscripción registral.- VI. Justificación de la exigencia de ambos requisitos.-VII. Momento de eficacia con relación a los sujetos negociales y a los terceros interesados.

I. GENERALIDADES

Ambos institutos, la tradición y la inscripción, referidos al tema que nos ocupa, se comprenden en el más general de la publicidad de los derechos reales y, específicamente, del derecho real de dominio sobre inmuebles. Del título de este trabajo pareciera deducirse una respuesta y toma de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posición ante el interrogante planteado por el temario. En efecto, decimos allí que se trata de dos requisitos en ese proceso constitutivo, en consideración a nuestro ordenamiento jurídico que integramos con el régimen adoptado al efecto por el Código Civil, la ley 17711 de reformas a éste, la Ley Nacional Registral N° 17801 y la importante jurisprudencia de los últimos años.

Pero si bien esta es una primera respuesta, no nos satisface. Se trata de investigar qué función cumplen ambos requisitos, su razón (o no) de ser, sus efectos y, en síntesis, su valor jurídico.

Nos detendremos algo en la consideración de la tradición por ser el núcleo de los problemas que nos plantea el sistema, y lo haremos desde dos puntos de vista: dogmático y crítico.

II. LA PUBLICIDAD, SU FUNCIÓN Y TRASCENDENCIA JURÍDICA

Ya afirmamos que los dos institutos a estudiar se comprenden en este elemento genérico de la publicidad. Surge evidente, para nosotros, la importancia del tema, tanto, que su fundamento informa toda la evolución del sistema de constitución y transmisión de los derechos reales.

Mustárich la caracteriza como la exteriorización para la sociedad de la adquisición, mutación o extinción de los derechos reales, previa a su público y notorio ejercicio. En esta función, la considera unida a casi todas las instituciones del derecho civil y afirma que constituye una limitación al principio de la autonomía de la voluntad en miras del factor social⁽¹⁾(163).

Podemos mencionar la seguridad jurídica y la paz social como valores trascendentes a cuya consecución tiende la publicidad. García Coni nos brinda claros ejemplos de ello⁽²⁾(164).

Pero si la utilidad de este elemento puede discutirse en teoría, es innegable que nuestro codificador le dio una importancia tremenda, a punto tal que lo consideró elemento esencial del derecho real. La nota al art. 577, si bien referida a uno de los sistemas de publicidad, la tradición, no deja dudas al respecto. En efecto, dice Vélez luego de transcribir a Freitas: "¿Y cómo se concibe que un derecho real sólo pueda existir respecto de un individuo? El dominio es por esencia un derecho absoluto y sus correspondientes obligaciones comprenden a todos los individuos; y cuando se le niega ese carácter no existe el dominio..."

Esta nota, de extraordinario valor doctrinario, nos muestra claramente las concepciones de Vélez respecto de la publicidad: a) Su trascendencia: Es un requisito esencial del derecho real. b) Su función: La protección del interés de terceros. c) Su fundamento: La consecución de la seguridad jurídica, la paz social y la prosperidad general.

III. LA TRADICIÓN COMO SISTEMA DE PUBLICIDAD

Es lugar común entre los autores que tratan el tema, decir que en nuestro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordenamiento jurídico la tradición cumple dos funciones: Es requisito esencial en la constitución del derecho real y medio de publicidad(3)(165). Creemos que ambos aspectos son inescindibles en nuestro ordenamiento, porque la tradición no cumple otra función, al menos teóricamente, que la de servir como medio de publicidad, esa es la razón de su existencia. En una palabra, la tradición es elemento indispensable para la constitución de los derechos reales porque es el sistema publicitario adoptado. Para comprobar lo expresado, haremos una breve reseña histórica de la evolución sufrida por dicho proceso constitutivo, sintetizando los conceptos de Martínez -Radio(4)(166).

A) Derecho romano: Es necesario distinguir dos períodos, ya que la tradición no tuvo igual significación en ellos:

1) Derecho primitivo: En esta etapa la transmisión del dominio se realizaba mediante el cumplimiento de actos rituales como eran la mancipatio y la in iure cessio. La compraventa y otros negocios jurídicos de efecto traslativo no tenían trascendencia y el resultado querido -la transmisión del dominio - se conseguía mediante el cumplimiento de las solemnidades exigidas. Como dice el autor citado, "era la fuerza vinculante de la forma".

2) Derecho clásico: Los contratos o negocios consensuales y especialmente su causa adquieren consideración jurídica. Pero estos contratos no producían por sí solos el traspaso, necesitaban de un acto material que lo hiciera, apareciendo así la tradición como modo natural de adquirir el dominio, opuesto a la mancipatio por su carácter no solemne. Se advierte una primera espiritualización del proceso.

La tradición en este período se integraba de dos elementos: El corpus o entrega material, y el animus o voluntad de transmitir el dominio.

Esta espiritualización y primera consideración del factor social produce una tajante diferencia entre los dos sistemas expuestos. En el primero, el solo cumplimiento de los ritos producía el traspaso, con todos los riesgos que el fraude, las maniobras dolosas y el aprovechamiento de la ignorancia y la necesidad podían acarrear. En el segundo, la voluntad de transmitir adquiere importancia de elemento esencial tendiendo al efecto tuitivo citado.

Pero entre los jurisconsultos se produce una diferencia en cuanto a la noción y alcances del animus que, al decir de Mustápic, originó una discusión secular(5)(167).

Según Ulpiano, el elemento espiritual o causa de la transmisión era el acuerdo de voluntades entre el tradente y el adquirente. De allí que la entrega material de la cosa y la voluntad de transferir por parte de aquél no bastaban, se requería además el nexa causal entre la tradición y el acto jurídico traslativo.

Para Juliano, en cambio, bastaba la voluntad de transferir, prescindiendo de su correspondencia con el acuerdo de voluntades. La causa del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desplazamiento de la cosa era la voluntad de transmitir el dominio.

B) Derecho intermedio: Aparece aquí la teoría del título y modo, construida en base a la trastocación de los elementos tomados del derecho romano clásico. En efecto, la tradición se componía en este período del elemento material solamente, desapareciendo el animus, trasladándose el factor espiritual o energía traslativa hacia otro centro: El título, que no era sino el acuerdo de voluntades a que aludía Ulpiano.

Resumiendo, en esta etapa la transmisión del dominio se producía por la tradición, entendida como entrega material, y el acuerdo de voluntades sobre la transmisión o "título", actuando el nexo causal entre ambos elementos de modo inexorable(6)(168).

Vemos cómo varió la razón de ser de la tradición como requisito traslativo. Cuando toda la fuerza trasmisiva se agotaba en el modo, ambos intereses, el individual y el social, se trataban de proteger con la traditio. Cuando esa energía se trasladó al título, ella sirvió como medio de publicidad en protección del interés de terceros.

C) Derecho moderno: En un principio la teoría del título y modo llegó a ser aceptada sin discusión, pero a mediados del siglo XVIII comenzó a ser revisada naciendo tres tendencias doctrinales y legislativas, a saber:

a) Repristinación del derecho romano: Se produjo en la corriente pandectística alemana con Savigny a su frente, procurando restaurar el sistema romano clásico. Ataca el nexo causal y traslada la causa de la transmisión (animus) a la propia tradición.

b) Eliminación del modo: En el derecho francés, motivado por la inoperancia de la tradición como medio publicitario, se acabó por suprimirla, consagrándose el sistema de la transmisión solo consensu.

c) Mantenimiento de la teoría: Por defecto de afán crítico o novatorio la teoría del título y modo se conservó y adoptó en muchas legislaciones, con mayor o menor pureza según la importancia atribuida a otros sistemas publicitarios, especialmente a la inscripción registral(7)(169).

D) Nuestro Código Civil. Esta reseña histórica, a todas luces parcial e incompleta, nos sirve empero para destacar los elementos esenciales a fin de ubicar el sistema adoptado por Vélez.

Hay coincidencia en la doctrina en afirmar que el codificador, siguiendo la orientación romanista, adoptó el sistema del título y modo. Dice Mustápic: "En materia de inmuebles, la transmisión y su motivo causal son inseparables por la regla romana del nemo plus iure... que sigue nuestro código en los arts. 3270, 787, 1051, 2602, etc."(8)(170).

Pues bien, cabe preguntarse entonces qué función y razón de ser atribuyó Vélez al modo (tradición). Ya afirmamos que ninguna otra que no sea servir como medio de publicidad en protección de los intereses de terceros. Toda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la energía traslativa tiene su centro de irradiación en el título, que, tanto en su aspecto sustantivo como formal, constituye el valioso instrumento utilizado por Vélez para la protección de los intereses individuales y la consecución de la seguridad jurídica y la prosperidad general, como lo destaca en la citada nota al artículo 577. Y en este sentido, el texto del artículo 2609 es terminante. Dice: "Se pierde igualmente el dominio... en los inmuebles, después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición".

La tradición entendida e integrada solamente en su elemento fáctico (corpus), es así, para nuestro ordenamiento jurídico, requisito esencial del proceso constitutivo del dominio sobre inmuebles en función publicitaria. Corresponde preguntarse si con ese alcance cumple acabadamente su función. A producir una respuesta tienden las consideraciones siguientes.

IV. CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASES DE TRADICIÓN

Dice el artículo 2377 del Código Civil: "Habrà tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa y la otra voluntariamente la recibiese". De esta noción pareciera desprenderse que el elemento físico, real o material constitutivo de la tradición es el desplazamiento de la cosa de manos del tradente a las del adquirente; en ese sentido sería imposible su cumplimiento respecto de los inmuebles por su natural imposibilidad de traslación física.

Pero ello no es así. Como expresa Martínez - Radio, el derecho reconoce los efectos transmisivos de la tradición aun cuando falte ese desplazamiento material, siempre que se realice un acto al que el ordenamiento jurídico le atribuya las mismas consecuencias(9)(171).

Claro que deben ser actos materiales. No puede ser de otra manera, de acuerdo a la función atribuida por Vélez a la tradición. Nuevamente acudimos a la nota del artículo 577 para encontrar claramente expresada esa significación: "... 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", transcribe a Freitas.

Dicha significación tuvo concreción en los artículos 2379 y 2380, de lo que deducimos que la noción de entrega no está referida a la efectiva traslación física de la cosa, sino al acto material que ponga a disposición del adquirente la posibilidad real de concretar ese contacto físico. Y su fundamento (evitar la clandestinidad) se advierte claramente expresado en el texto del artículo 2378 cuando dice que "la sola declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales", aunque como veremos, sus alcances han sido precisadas por la jurisprudencia con sentido contrario al pensamiento del codificador.

También encontramos contradicciones con tal significación en las soluciones dadas a los supuestos en que el adquirente ya era poseedor de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la cosa a traditar -traditio brevi manu -, o en que el tradente sigue poseyendo por otro título - constituto posesorio -, admitidos legalmente por los artículos 2387 y 2462, inc. 3º, respectivamente. En efecto, cómo es posible que requiera un signo material "lo más visible y público posible" con la función tuitiva expresada, y el texto del artículo 2387 se prescindiera de él 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, o cuando el que la poseía a nombre del propietario principia a poseerla a nombre de otro".

Y no se argumente diciendo que se refiere a la tradición traslativa de la posesión, no del dominio, porque si bien la ubicación del artículo así lo indicaría, su mismo texto se encarga de desvirtuarlo cuando expresa: "...pasa el dominio de ella..." y "... cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro".

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha interpretado que existe traditio brevi manu si el propietario notifica la venta del inmueble al locatario manifestando éste su conformidad y celebrando nuevo contrato con el comprador(10)(172).

La antinomia queda salvada si consideramos las dos perspectivas desde las que debe mirarse la constitución de los derechos reales: El interés de las partes y el de los terceros. Ambos aspectos pueden tener concreción, en este proceso constitutivo, en dos momentos distintos, circunstancia ésta que, como se demostrará, no era desconocida por Vélez como algunos pretenden.

Sostenemos entonces que, en los casos en que el adquirente ya se encuentra en posesión de la cosa, o el trasmite comienza a poseerla por otro título, la tradición real es innecesaria con respecto a las relaciones entre los sujetos negociales (partes y terceros intervinientes en el acto jurídico), pero para que la transmisión sea oponible a terceros interesados, la tradición material, en cualquiera de las formas permitidas por el código, es indispensable. Esta interpretación ha sido ya expuesta por la Cámara Federal de Bahía Blanca en un fallo del 28/5/1942 que, con referencia al constituto posesorio expresa: "...frente a terceros debe aparecer como una transformación en el estado de la posesión que resulte ostensible dentro del medio en que los contratantes actúan y se encuentran las cosas objeto del mismo"(11)(173).

La misma distinción ha efectuado la jurisprudencia para interpretar el valor jurídico de las cláusulas de estilo insertas en las escrituras públicas por las que el trasmite reconoce haber traditado la cosa al adquirente antes de ese acto, y éste reconoce estar en posesión de la misma, frente a la disposición del artículo 2378 ya transcripta(12)(174).

Esta es la llamada tradición instrumental y constituye el grado más avanzado del proceso de espiritualización en esta materia, claro que en nuestro ordenamiento, con efectos limitados a las relaciones entre partes.

Estas consideraciones y las interpretaciones jurisprudenciales citadas abonan la respuesta dada al primer gran interrogante que nos planteamos: En nuestro derecho, la tradición solamente tiene una función de publicidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en protección de los terceros interesados. Para contestar al otro interrogante (si en la práctica cumple con dicha función), veremos las clases de tradición que en esta materia acepta nuestro código y la jurisprudencia, y cuyos elementos principales ya han sido considerados.

A) Tradición material: Consiste en la realización de ciertos actos materiales efectuados por el tradente en presencia del adquirente, o efectuados por el adquirente en presencia del tradente y sin oposición alguna. El código no nos dice cuáles son esos actos, pero es evidente que deben tener un sentido definido: Demostrarán la transmisión del dominio.

Esta es la acepción originaria de tradición y, si alguna vez cumplió en alguna medida con su función, la doctrina es pacífica en el sentido de considerar que hoy es totalmente inoperante. Lavigne y Gómez desconfían de que alguna vez haya tenido eficacia(13)(175).

Y el mismo codificador, en la ya mencionada nota al artículo 577 pareciera reconocerlo cuando expresa: "Si este mal no puede ser evitado del todo, ¿no conviene evitarlo lo más que sea posible?" Las razones de la ineficacia citada, que se intuyen de inmediato, son claramente expuestas por García Coni: "Durante mucho tiempo fue suficiente la traditio para que la tradición oral y la presencia de testigos permitiera conocer la condición de propietario de bienes raíces, pero la transformación de aldeas en ciudades, el aumento de la población y sus costumbres ambulatorias modificaron ese esquema. A los testigos hubo que suprimirlos por inoperantes (entre nosotros por la ley 15875) y hoy las necesidades del tráfico jurídico, el cosmopolitismo y la dinámica de los derechos reales tornan imprescindible el funcionamiento de registros inscriptores"(14)(176).

B) Tradición, fingida: Consiste en ciertos hechos demostrativos de que la tradición real se ha efectuado, y a los que el derecho le atribuye los mismos efectos. Representan distintos grados en el proceso de espiritualización sufrido por el sistema de transmisión del dominio sobre inmuebles. Son:

a) Tradición simbólica: Es la entrega de cosas representativas, como el terrón y la rama en el antiguo derecho germánico, las llaves del local, de los documentos respectivos o traditio chartae, etc., o en la realización de ciertos hechos formales que simbolizan esa entrega o contacto físico. Del texto del artículo 2379 se desprende la inoperancia jurídica de este tipo de tradición con relación a inmuebles, corroborándolo el artículo 2380, que exige que el adquirente realice actos posesorios "en el inmueble".

b) Traditio brevi manu: Es el caso en que el adquirente ya es poseedor al momento de la transmisión. En ella no se encuentra ningún elemento corporal; de allí la incongruencia del criterio sustentado por Vélez con el artículo 2387, que la recepta, la que quedaría morigerada con la interpretación que proponemos: Que su valor se limite a las relaciones entre partes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Constituto posesorio: Constituye la situación inversa a la anterior. El transmitente queda en posesión de la cosa por otro título. Son aplicables las consideraciones efectuadas, y en este caso con el apoyo jurisprudencial mencionado.

d) Tradición instrumental: Son las cláusulas insertas en las escrituras por las que el tradente declara haber realizado la tradición y el adquirente haberla recibido. Ya hemos visto la interpretación jurisprudencial del artículo 2378, cuyo texto la rechaza.

Todas estas consideraciones avalan la respuesta que venimos insinuando a lo largo de todo el trabajo: La tradición es totalmente inoperante, tanto teórica como prácticamente, para cumplir su función publicitaria. A tal punto es ello así, que, a pesar de la resistencia doctrinaria y jurisprudencial, el otro sistema publicitario conocido en esta materia se instaló en nuestro régimen con el unánime reconocimiento de su necesidad, lo que a su vez informó muchos trabajos doctrinarios y proyectos de reformas al código y su legitimación constitucional a través de la modificación del artículo 2505 del mismo.

Corresponde fijar los caracteres de este nuevo requisito así establecido, y su valor jurídico en función del proceso transmisivo que nos ocupa.

V. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La función publicitaria de la inscripción registral está acabadamente demostrada por la casi totalidad de la doctrina que trata el tema. El hecho de que se haya modificado un solo artículo es demostrativo de que el régimen adoptado por Vélez debía mantenerse en la intención de los reformadores.

Para ubicar mejor este requisito y su significación, haremos una somera distinción de los sistemas de inscripción registral, en orden a la cuestión que nos preocupa.

1) Sistema declarativo: En él la inscripción tiene la misma función que la tradición en la teoría del título y modo. La fuente de "energía traslacional", al decir de Martínez -Radio, está en el título y el nexo causal entre ambos elementos es inescindible. Dice de ellos García Coni: "Los Registros Declarativos sólo reciben títulos de origen notarial o judicial...", "La 'titulación' se opera extrarregistralmente y los derechos se inscriben preconstituidos sin que el Registro los convalide (principio de no convalidación, art. 3270 del Código Civil argentino)..."(15)(177).

2) Sistema constitutivo: En ellos la causa o energía transmisiva se encuentra en el propio acto registral. El mismo autor explica sus caracteres diciendo: "El título lo crea ex post facto el asiento registral ..."(16)(178).

Pues bien, corroborando lo expresado, la subsistencia de los principios consagrados en los artículos 3270, 787, 2602 y concordantes, fundamenta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

claramente el sistema publicitario registral adoptado por la reforma, lo que ha sido destacado por la doctrina por abrumadora mayoría (17)(179).

Son muy pocas las opiniones en contrario que hemos podido encontrar, al menos publicadas. En este aspecto, Milia expone algunas inquietudes que denotan que en su criterio hay, en la reforma del artículo 2505, una aproximación al sistema constitutivo. Este autor no se explica cómo puede nacer un derecho real con relación a las partes solamente, desconociendo la doble perspectiva desde la que deben considerarse la constitución del derecho real - el interés de las partes y el de los terceros -, que Vélez conocía y comprendía perfectamente como lo demuestra en muchas notas y, concretamente, en la normación del proceso constitutivo de otro derecho real: La hipoteca.

El texto del artículo 3135 es terminante en este sentido: "La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y les que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción, y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada".

Este texto demuestra acabadamente la función publicitaria de la inscripción y los alcances que como tal le dio el codificador. En nuestro criterio las palabras "no perjudica a terceros" son de meridiana importancia para comprender el sistema. El perjuicio a terceros y la adopción de los resortes que tienden a evitarlo, es la constante que debe presidir toda labor interpretativa y normativa en nuestro ordenamiento publicitario registral.

En este sentido hubiéramos preferido que los reformadores adoptaran la terminología de Vélez en el texto del artículo 2505, diciendo: "Esas adquisiciones o transmisiones no perjudicarán a terceros mientras no estén registradas".

Con esta significación, a la pregunta efectuada por Milia: "¿Cuál es la situación del adquirente a quien se ha hecho la tradición de la cosa durante el lapso que transcurre hasta la inscripción del acto en el registro inmobiliario?", respondemos categóricamente que la de propietario, con todas las facultades y obligaciones que tal carácter le atribuye y, si dicha transmisión perjudica a algún tercero -y en tanto y en cuanto lo perjudique -, y mientras ese acto trasmisivo no se inscriba, dicho tercero podrá desconocerlo. Pero una vez satisfecho el interés perjudicado por el acto trasmisivo, éste recobra esa parcial y limitada falta de eficiencia producida (18)(180).

Más confuso es aún Rodríguez Sager, quien afirma y refirma el carácter constitutivo de la inscripción según el artículo 2505 (19)(181), demostrando desconocer las diferencias caracterizantes de los dos tipos de inscripción que hemos destacado. Dice este autor: "En nuestro sistema tampoco es posible, porque antes de la tradición de la cosa no se adquiere ningún derecho real - como principio general al menos -, y en los sistemas registrales constitutivos, ya sean los causalistas o los del negocio abstracto de disposición - como en el sistema alemán -, tampoco podría ensamblar,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porque hasta ese momento -como lo dice hoy el art. 2505 - el acreedor no tiene ningún derecho real", y "Esos efectos ex tunc... es, por lo demás, propio de todos los sistemas registrales"(20)(182).

No debe confundirse a los registros constitutivos, que tienden hacia la abstracción de la causa - título, con efectos convalidatorios y compurgatorios (García Coni), con los registros causalistas en los que el nexo causal con el título debe darse inexorablemente y donde la inscripción no convalida ni agrega nada a la bondad o imperfección sustancial del título. De allí que el efecto retroactivo de la inscripción con relación a su función publicitaria evitar el perjuicio a terceros interesados -, sólo es característica de los registros declarativos. Mal podría serlo de los constitutivos, si el título se forma en el registro.

Establecida la función y alcances de ambos requisitos, corresponde considerar si se justifican o no en relación con su eficacia.

VI. JUSTIFICACIÓN DE LA EXIGENCIA DE AMBOS REQUISITOS

Ya hemos destacado la inoperancia de la tradición como sistema de publicidad. La doctrina es pacífica en este sentido y han sido varios los proyectos de reformas al código que intentaron sustituirla por la inscripción. Más aún, si se cita como antecedente inmediato de la reforma al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, podemos afirmar que ninguna ponencia o despacho producido en el seno de la comisión que trató el tema, le reconoció eficacia alguna. El despacho definitivo se confeccionó en base a la ponencia del doctor Julio I. Lezana, en cuyos fundamentos se lee: "Se ha vuelto, por consiguiente, desde el punto de vista legal, al imperio de la clandestinidad en cuanto a la trasmisión de esta clase de derechos, pues la tradición por sí sola, con los caracteres que el código le asigna y la interpretación que la jurisprudencia ha dado a sus preceptos, es completamente insuficiente, sobre todo en los centros poblados, para asegurar esa publicidad cuyo interés social ha quedado evidenciado"(21)(183).

Si bien en dicho despacho no se contempló la sustitución antedicha sino que se consideró que la tradición sólo se juzgará perfeccionada mediante la inscripción (nótese la identidad de terminología con el actual art. 2505), ello se debió a que se tenía en miras una reforma parcial del código sin entrar a la revisión integral del sistema a fin de lograr su pronta sanción y no porque se le reconociera alguna eficacia a la tradición.

En este aspecto es ilustrativa la recomendación del doctor Enrique Saravia en función de la producción del citado despacho: "Sugerir en caso de una revisión general del código, lo siguiente: 1º En materia inmobiliaria rever el Código Civil estableciendo que la tradición debe ser reemplazada por la inscripción en registros fundiarios, como lo hace el proyecto de 1936"(22)(184).

Pues bien, entendemos que con la sanción de la ley 17711 se perdió una oportunidad de revisar el sistema del código en materia de constitución y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trasmisión del dominio sobre inmuebles, reemplazando el vetusto e inoperante instituto de la tradición por el moderno y eficaz sistema de la inscripción.

En cuanto a la justificación de la inscripción como requisito en el proceso constitutivo del dominio sobre inmuebles, ha sido reiteradamente destacada a lo largo de este trabajo. Podemos decir que la clandestinidad en esta materia es amiga dilecta del fraude, las maniobras dolosas y el perjuicio a los acreedores, y si la publicidad registral contribuye eficazmente a evitarla su exigencia está sobradamente justificada.

Creemos asimismo que la coexistencia de ambos requisitos es perturbadora. De allí la urgencia de concretar la reforma indicada. Pero para comprender y destacar los fundamentos de esta afirmación es conveniente ver cómo juegan ambos requisitos en este proceso que estudiamos.

VII. MOMENTO DE EFICACIA CON RELACIÓN A LOS SUJETOS NEGOCIALES Y A LOS TERCEROS INTERESADOS

El carácter de requisito esencial de la tradición en la constitución de los derechos reales es enfáticamente consagrado por el artículo 577 del código. Pero como ya hemos visto, nuestro régimen no sólo ha establecido el tipo de tradición material en esta materia, sino que normas expresas del código y numerosos fallos jurisprudenciales han receptado tipos de tradición ficta, con efectos diferentes a aquélla. He aquí la necesidad de distinguir:

En caso de haberse realizado la tradición real, el momento de eficacia de ella en cuanto a los dos tipos de intereses considerados es el mismo: el de la realización de los actos materiales que la caracterizan.

En cuanto a los tres supuestos de tradición ficta receptados por nuestro ordenamiento - la tradición simbólica es rechazada categóricamente por el art. 2379 -, es decir, la tradición brevi manu, el constituto posesorio y la tradición instrumental, sus respectivos momentos de eficacia en cuanto a los sujetos negociales estará dado por el momento de firmarse la correspondiente escritura. En relación con los terceros interesados, este tipo de tradición no tiene eficacia alguna, requiriéndose indefectiblemente la tradición real.

La inscripción, por el contrario, solamente cobra eficacia en relación con el interés de terceros. En este aspecto y concordantemente con el sistema registral adoptado, la Ley Nacional Registral N° 17801, establece el efecto retroactivo de la inscripción a la fecha de la escritura si aquélla se realiza dentro de los plazos previstos en ella (art. 5°). De lo contrario sus efectos comienzan en la fecha de la inscripción respectiva.

El campo que nos falta recorrer en esta materia es vasto. Mucho se puede decir acerca de los problemas que acarrea en la práctica un sistema publicitario híbrido como el adoptado, de los efectos y consecuencias que el incumplimiento de cada uno de los requisitos estudiados produce en relación a cada grupo de interesados, de las facultades y atribuciones que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las partes pueden ejercer en orden a la función publicitaria atribuida a ambos institutos, etc., pero la falta de tiempo apremia y se hace necesario adelantar la síntesis que sigue.

VIII. CONCLUSIONES

A) La tradición como requisito indispensable en el proceso de constitución, transmisión y extinción del derecho real de dominio sobre inmuebles ha sido establecida en nuestro ordenamiento jurídico como medio de publicidad.

B) En orden a esa función, el fundamento o razón de su exigencia es la protección del interés social tratando de evitar el perjuicio que la clandestinidad ocasiona a los terceros interesados.

C) Consecuentemente, para que dicho requisito produzca efectos con relación a terceros perjudicados, deben realizarse las formas de tradición real siendo jurídicamente inoperantes las especies de tradición ficta, como la traditio brevi manu el constituto posesorio y la tradición instrumental.

D) La tradición, en cualquiera de sus especies, es prácticamente inoperante para cumplir su función publicitaria en el proceso constitutivo del derecho real de dominio sobre inmuebles.

E) La inscripción registral, como nuevo requisito incorporado a dicho proceso por el reformado artículo 2505 del Código Civil, cumple la misma función y está exigida por los mismos fundamentos que la tradición, constituyendo un moderno y eficaz sistema publicitario.

F) La coexistencia de ambos requisitos crea un sistema híbrido que ocasiona graves problemas en la práctica, por lo que es aconsejable una reforma del mismo eliminando la tradición o, si ello es preferible en función de la urgencia que requiere, la sanción de una norma que disponga que en los casos en que el Código Civil exige la tradición como requisito en la constitución, transmisión o extinción del derecho real de dominio sobre inmuebles, ella se juzgará efectuada mediante la inscripción.

G) En relación con el interés de los sujetos negociales, el momento de eficacia de la tradición está dado por el cumplimiento de los actos materiales que caracterizan la tradición real, en su caso, o de la firma de la correspondiente escritura en los supuestos de tradición ficta receptados por nuestro ordenamiento jurídico.

H) En relación con el interés de los terceros perjudicados, el momento de eficacia de la tradición está dado por el de cumplimiento de las formas de tradición real, ya que en este aspecto las especies de tradición ficta no tienen trascendencia jurídica alguna.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

l) La inscripción registral no tiene valor jurídico alguno en relación con los sujetos negociales.