

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TRADICIÓN. EL CONSTITUTO POSESORIO(*) (4)

RODOLFO E. OLIVÉ

El codificador estableció el cumplimiento de dos requisitos para la adquisición del dominio: el título y el modo. En materia de bienes inmuebles, la escritura, capaz de operar la transferencia del dominio (compraventa, donación, permuta, aporte de capital social, etc.) y la tradición. Así lo dice el artículo 2609: "Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición".

Vélez conocía el principio que el Código Napoleón había receptado, de que el simple consentimiento expresado en el contrato constituía el medio idóneo para transferir el dominio (ver la nota al art. 577 del Código Civil), como asimismo los sistemas de Registro para inscribir y publicitar las transferencias de dominio (ídem nota al art. 3203). Pese a ello, por las razones que en el primer caso transcribió de Freitas, y las que en el segundo expuso detalladamente, prefirió mantener el sistema heredado del derecho romano como causa modal para adquirir el dominio: la tradición. Es decir, no se trata de un simple medio de publicidad de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos reales; si sólo fuera eso, la tradición sería un instituto histórico, sin vigencia en el derecho actual. Heredado del derecho romano, llegó a nosotros a través del derecho español aplicado durante la época de la Colonia, aunque apuntemos que el derecho histórico español presentaba variantes y excepciones al formalismo estricto con que Vélez incorporó la tradición a nuestro Código, (salvo las dos excepciones que luego comentaremos).

Resabios de aquellas influencias no romanas se conservan en el actual Código Civil español. El art. 1462 establece: "Se considerará entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultara o se dedujera claramente lo contrario". Es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia hispana han sido parcas en la interpretación de este artículo y puede oponerse la prueba en contrario si la tradición no ha tenido realmente lugar(1)(5).

Pero no hay duda que Vélez Sársfield recogió la fórmula entonces vigente en nuestro medio y que se acomodaba a las condiciones imperantes en el país: grandes extensiones, poca población, ciudades y villas donde todos conocían a sus vecinos y linderos, y donde la venta de un solar o casa era un hecho importante y formal. Veamos cómo se realizó la toma de posesión de la Estancia de Santa Catalina que en Córdoba compró para la Compañía de Jesús el provincial Pedro de Oñate, por la suma de cuatro mil quinientos pesos de a ocho reales el peso, a don Luis Frasson, en el año 1622: "el comisionado por las autoridades cordobesas, Diego Correa de Lemos, tomó por la mano al padre Lope de Mendoza, procurador de la Compañía, y lo metió en la casa y cerró y abrió la puerta y echó de ella a los que en ella estaban y saliendo afuera a las tierras, se sentó y tomando piedras las arrojó y echó afuera al mayordomo y esclavos de dicho Luis Frasson..." (Virginia Carreño. Estancias y Estancieros).

Por supuesto que los tiempos han cambiado, y la dinámica jurídica e inmobiliaria es otra. También es cierto que los Códigos modernos han ido desechando la tradición como modo de adquirir la propiedad. No es tema de este trabajo cuestionar su conveniencia, sino estudiar su aplicación dentro de la pregunta que nos plantea esta Convención en el Tema I, punto d).

Dice el art. 2378: "La tradición se juzgará hecha, cuando se hiciere según alguna de las formas autorizadas por este Código. La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales". Y el art. 2379: "La posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega". Y el art. 2380: "Puede también hacerse la tradición de los inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesión que tenía y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

oposición alguna". ¿Cuáles son las formas autorizadas por el Código? Los mismos artículos dan la respuesta: el vendedor se constituye en el inmueble junto con el adquirente y lo pone a éste en posesión del bien, por medio de actos materiales, que consistirán en abrirle las puertas, entregándole entonces las llaves, recorrer el inmueble para que verifique su estado de ocupación, y cumplir con alguna ceremonia similar a la relatada por Virginia Carreño... Según la tesis que sustenta López Olaciregui, el escribano debiera constituirse con las partes en el inmueble a transferir y celebrar allí la escritura, dejando constancia en la misma de la tradición que ante él realiza el vendedor en la persona del comprador(2)(6). O tal vez consista en acompañar al adquirente hasta el inmueble y ver, pasivamente, cómo éste penetra en él, acomoda sus muebles y enseres, cambia las cerraduras, etc., todo lo cual importa actos posesorios, como plantar, sembrar, cercar, construir, refaccionar, según así lo indica en parecidos términos el art. 2384.

Los textos legales son claros y no admiten duda alguna y han sido reforzados por una jurisprudencia constante y uniforme:

"La cláusula declarativa de que se efectúa la tradición no basta para tener a ésta por realizada en los términos y con los efectos del Código Civil. La tradición ha de hacerse por «actos materiales» y en alguna de las formas previstas en el Código". (El Derecho, t. 12, pág. 277).

"No es suficiente que en la escritura se hagan referencias relativas a la posesión o entrega del inmueble, para considerar operada la tradición, pues según lo establece el art. 2378 del Cód. Civil «la sola declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales». La escritura de compraventa de un inmueble es un título adquisitivo con el cual puede exigirse al vendedor la obligación de transferir el dominio, pero no opera por sí sola esa transmisión hasta que se haya cumplido la entrega del bien, es decir, específicamente, la tradición". (C. N. Paz, Sala I. 8/11/67, R. N., año 1968, pág. 1017, N° 778).

"La tradición exigida por la ley debe realizarse mediante actos materiales ejercidos sobre la cosa, de suerte que para que aquélla se opere no basta la sola manifestación del enajenante de dar la posesión al adquirente". (S.C., Buenos Aires, diciembre 9/959. Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires).

"No supe la tradición la manifestación del enajenante contenida en la escritura traslativa de dominio de que transfiere al comprador «todos los derechos de propiedad, posesión y dominio»". (La Ley 107 - 486).

Lo que no obsta para que encontremos también algunos fallos que buscan aliviar la rigurosidad de estos conceptos y procuran cohonestar la realidad económico - comercial con los textos legales:

"Las manifestaciones que el vendedor y comprador dejan consignadas en la escritura traslativa de dominio respecto a la tradición del inmueble

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que dicen haber realizado, son prueba suficiente de su virtualidad". (Cám. Nac. Civil, Sala E. RdN N° 707, pág. 1327, año 1969).

"Importa tradición de la cosa vendida la entrega de las llaves a la persona indicada por el adquirente". (Cám. Nac.

Civil, Sala E, 26/6/58, RdN, 1958, pág. 1836).

"Las manifestaciones de las partes respecto a la tradición efectuada con motivo de una compraventa, son prueba suficiente de su realización, no mediando otra categórica en contrario". (Cám. 1° Apel. La Plata, Sala 2, 8/8/69. RdN, 1969, pág. 475).

Y por último, adelantamos aquí lo que será la respuesta al tema específico de este trabajo: al lado de esta fórmula tradicional y rigurosa de efectuar la tradición, el Código consagra dos excepciones: el art. 2387 (traditio brevi manu) y el art. 2462, inciso 3° (constituto posesorio). En ambos casos, la tradición efectiva, material, no tiene lugar; en el primero, el poseedor de la cosa a título de locador, comodatario, simple tenedor, llega a ser propietario en virtud de una escritura traslativa de dominio y a partir de ese momento empieza a poseer a título de dueño, sin necesidad de cumplir con la ficción que se despoje de su tenencia y vuelva a ingresar al bien como propietario con la anuencia o pasividad del transmitente. En el segundo caso, el propietario que ocupaba la propiedad, en razón de haber transferido el dominio por una escritura suficiente, declara que empieza a detentar en nombre de otro, el nuevo propietario.

La traditio en el derecho romano

Enseña Petit que a la adquisición por universitatem, el derecho romano oponía la adquisición a título particular. En la época clásica estos modos de adquisición se dividían en dos grupos: a) los establecidos por el derecho civil: la mancipatio, la in jure cessio, la usucapio, la adjudicatio y la lex. b) Las que provienen del derecho natural o del derecho de gentes, esto es, la occupatio, la traditio y cierto número de causas especiales que enumeran los textos sin sujetarlos a un principio común. La traditio fue en esos primeros tiempos la forma de adquirir por parte de los peregrinos que no tuviesen el commercium. Así considerado, en un principio la traditio era un modo del derecho no quirritario y algo imperfecto de transmisión de la propiedad. A partir de la época de Antonio Caracalla la concesión del derecho de ciudadanía hizo cada vez más rara la condición de los peregrinos desprovistos del commercium, disminuyendo paulatinamente el interés de esta división, la que desapareció por completo en la época de Justiniano, al tiempo que la traditio adquirió mayor importancia como forma de transmitir la propiedad. El propietario, tradens, entrega una cosa con la intención de transferir la propiedad a una persona que tenga interés de adquirirla, accipiens. La tradición se compone de dos elementos: 1°) la intención de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enajenar y de adquirir, que es el principal, sin la cual la tradición no transfiere la propiedad. 2°) La remisión de la posesión, es decir, no basta la voluntad de las partes de transferir la propiedad, es necesario que se manifieste por alguna señal exterior. La remisión de la posesión se efectúa poniendo la cosa a disposición del adquirente, de manera que pueda realizar sobre ella los actos de propietario. Será la entrega material de la cosa, o bien "es suficiente conducir allí al accipiens y señalárselo desde un lugar elevado, diciendo que se lo entrega. . ." (3)(7). Por este último ejemplo que señala Petit (traditio longa manu), vemos que ya en el derecho romano las formas para exteriorizar el acto no eran tan rígidas y a este caso podemos añadir, en una evolución posterior de este derecho, la traditio brevi manu y el constituto posesorio, que nuestro Código ha receptado según las citas que hemos hecho.

El problema de siempre ha sido caracterizar el acto de la tradición mediante una fórmula jurídica que documentase en frases un hecho esencialmente material, no ritual. Es decir, las fórmulas son válidas en cuanto estén respaldadas por la materialidad del acto. Pero si éste no se concreta, si alguien puede demostrar que no se realizó, la fórmula por sí sola es inoperante. Se trata de un elemento huidizo, de difícil aprehensión, y por tal razón, motivo de polémicas interminables.

Esta misma problemática, aplicable al derecho español, lo plantea el ilustre notarialista Martínez - Radio: "Por otra parte, con referencia al propio concepto (la tradición) existe también cierta dificultad si se tiene en cuenta que los precedentes históricos no pueden apoyarse en claros textos romanos . . . parece seguro, no obstante que la tradición no fue siempre entendida por el derecho romano con el mismo sentido, de modo que frente a una traditio causal, ejecución de un negocio precedente, se admitió en distinta época, una tradición abstracta, apoyada en la voluntad de las partes, solución ésta que, como observa Hernández Tejero, sólo debe admitirse para el derecho justiniano. . . La palabra "tradición" se refiere a un hecho físico, como es la entrega de una cosa; en sentido amplio, pues, tradición equivale a entrega, pero en sentido más estricto y ajustado, el derecho civil la emplea para señalar un efecto jurídico; no es solamente la simple entrega de una cosa sino que, como acertada y correctamente dice Sohm, es «la entrega de la cosa con ánimo de transferir la propiedad. . .». En definitiva, la tradición puede estimarse que es la entrega de una cosa con ánimo de transmitir su propiedad o de constituir o transmitir un derecho real limitado sobre la misma, con la particularidad de que, en ocasiones, el hecho físico de la entrega puede ser sustituido por símbolos o por determinados actos a los que el derecho apareja los mismos efectos . . ." (4)(8).

Excepciones al principio de la tradición

Ya hemos apuntado que al lado del esquema general de la tradición, Vélez Sársfield receptó en el Código dos excepciones al principio, y que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como también hemos repetido, existían en una posterior evolución del derecho romano: la traditio brevi manu y el constituto posesorio.

Así, dice el art. 2387: "No es necesaria la tradición de la cosa, sea mueble o inmueble, para adquirir la posesión, 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". La aplicación de este artículo en el tráfico inmobiliario moderno, es permanente. En los últimos veinte años y con motivo de la vigencia de leyes de emergencia en materia de locaciones, han sido numerosas las ventas de propietarios a su inquilinos. Y también se da de continuo la venta de fincas y departamentos que se encuentran locados en favor de terceros. En el primer caso, basta que el inquilino adquirente se declare en posesión del inmueble, al cual empieza a poseer como dueño en razón de la escritura que celebra. En el segundo caso, es suficiente la notificación al inquilino en forma fehaciente de la escritura de transferencia en favor del comprador, y la aceptación de aquél de tal circunstancia por cualquiera de los medios que sirvan como prueba (pago de los alquileres al nuevo propietario, firma de conformidad del aviso o notificación de la venta, etc.). Además, el cobro de los alquileres se asimilaría a la percepción de frutos, acto posesorio de que habla el art. 2384.

En ambos casos señalados, no sería necesario celebrar la ceremonia de la tradición, que estaría obviada por la aplicación del principio de la traditio brevi manu.

El constituto posesorio

Nos hallamos finalmente ante el caso que plantea el punto I, d) de la III Convención Notarial: "Caso en que se difiere la tradición del bien". De este supuesto, analizamos el más habitual: que el dueño del inmueble por problemas de orden práctico, continúe en posesión de la cosa después de otorgada la escritura traslativa de dominio, ya sea por horas, por días o por meses. ¿Cuál es la relación jurídica de las partes y cómo se puede garantizar los derechos del adquirente? Adelantamos la respuesta: juntamente con la escritura de compraventa, debe celebrarse "sin solución de continuidad", un contrato que revierta el título y transforme en tenedor comodatario o inquilino, al transmitente que continúa en el inmueble; ya sea éste contrato de locación, de comodato o de otra naturaleza, siempre que tenga fecha cierta y establezca relación con el contrato de transferencia de dominio. Todo ello, de acuerdo con el art. 2462, inc. 3° del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia.

Art. 2461. Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otros, será también simple tenedor de la cosa.

Art. 2462. Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior... 3° El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que transmitió la propiedad de la cosa y se constituyó poseedor a nombre del adquirente.

"El constituto posesorio consiste en la transformación de una relación de posesión en una relación de tenencia, operada sin que haya ocurrido la transmisión o entrega real de la cosa. Así, si el propietario de una cosa la vende y continúa sin embargo habitando en ella en calidad de inquilino ha dejado de ser poseedor para convertirse en simple tenedor. No hay, digamos, cambio exterior, para el público no se ha operado ninguna modificación; de ahí que los autores digan que es un procedimiento clandestino para suplir la tradición", dice Francisco J. Gsehwind(5)(9). Pero me permito avanzar en la opinión del autor citado y afirmar que al despojarse el vendedor de la posesión en virtud del constituto posesorio e invocar la simple tenencia de la cosa, automáticamente se produce la tradición en la persona del adquirente y no se necesitaría un acto posterior, material, para que el adquirente la recibiese. Ello es evidente porque nadie puede ejercer la tenencia sino a nombre de otro que sería su legítimo poseedor y dueño. No puede existir un interregno en que el antiguo propietario es un mero tenedor y el comprador aún no adquiere la posesión. Es a partir de la fecha de la escritura y de la manifestación inequívoca del vendedor de cambiar el título de su tenencia, que el adquirente tiene el dominio pleno de la cosa.

De los primeros comentaristas del Código, sólo Llerena tiene opinión adversa al mismo, pues Machado y Segovia admiten su existencia en virtud del artículo 2462, inc. 3° ya comentado. Lafaille sostiene: "Pero la ley, si bien en el título de la posesión no dice absolutamente nada respecto del constituto posesorio, lo contempla de un modo explícito al tratar de la tenencia de las cosas, donde el artículo 2462 establece.. . Es el caso típico del constituto posesorio. En consecuencia, él se encuentra autorizado por el Código: es una de las maneras de crear tenencia y de erigir al ocupante en detentador después de haber sido poseedor. Su legalidad no se puede discutir entonces"(6)(10).

Es Salvat quien trata este tema con toda claridad. Afirma que "el constituto posesorio ha tenido su origen en el derecho romano, pero que el nombre clásico de la institución fue introducido por los glosadores y comentaristas. Para Savigny y los jurisconsultos de su escuela, se explicaba técnicamente como una aplicación del principio que la posesión puede ser adquirida por medio de un representante; es indiferente que el representante fuera el hasta entonces poseedor de la cosa. Para Ihering y otros jurisconsultos, el constituto posesorio podía explicarse y habría sido admitido en el derecho romano simplemente por razones de orden práctico; no había entonces interés alguno en realizar una doble operación de entrega del enajenante al adquirente y de este último al primero. Entre las legislaciones antiguas, el constituto posesorio lo encontramos en la española: (Partida tercera, título 30, ley 9ª). Esta ley admite la existencia de la posesión en los tres casos siguientes de enajenación: 1° Cuando el propietario continúa ocupando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la cosa como locatario. 2° Cuando se ha reservado el derecho de usufructo. 3° Cuando declara expresamente que en adelante posee a nombre del adquirente.. . En nuestra opinión, el art. 2462, inc. 3° consagra en nuestra legislación la existencia del constituto posesorio: 1° Porque esta disposición exige el concurso de dos elementos esenciales en él, es decir, la enajenación o transmisión de la propiedad de la cosa y la continuación del enajenante en la posesión de ella, pero en nombre del adquirente. 2° Porque el lenguaje mismo de la ley parece haberse referido a esta institución, al hablar del propietario que se constituye poseedor a nombre del adquirente. 3° Porque Freitas, después de establecer en el art. 3753 de su proyecto que la declaración del tradente que se da por desposeído o de que da al adquirente la posesión de la cosa no suplía la falta de tradición por las formas legales, agregaba: «tales cláusulas y otras similares se reputarán no escritas sin perjuicio de lo dispuesto sobre el constituto posesorio», remitiéndose aquí al art. 3617 número 3°, del cual ha sido literalmente tomado el art. 2462, inc. 3° de nuestro Código Civil". Agrega luego Salvat que "el constituto posesorio requiere en todos los casos dos actos jurídicos e independientes (que es la opinión de von Ihering): el acto de enajenación y el acto anexo (contrato de locación, constitución de usufructo, etc.). Y ello por aplicación del art. 2353 del Código Civil". Agrega que "sobre la prueba del contrato de locación o la reserva de usufructo, es necesario que se haga en forma legal y de acuerdo con los requisitos que la ley exige. Si esta prueba no existe, el constituto posesorio y, por consiguiente, la transmisión de la posesión al adquirente no podrá ser admitida, no porque esta institución no exista en nuestro derecho, como lo han interpretado algunos fallos, sino por falta de prueba. Con mayor razón tampoco podría considerarse un caso de constituto posesorio la declaración hecha en una escritura de venta que el vendedor se obliga a transferir la posesión al comprador: faltaría aquí toda base de constituto posesorio, porque una cosa es constituirse en poseedor a nombre del adquirente y otra muy distinta obligarse a darle después la posesión de la cosa vendida"(7)(11).

La jurisprudencia, después de alguna vacilación primera, ha venido a ratificar toda esta opinión doctrinaria y salvo un voto en minoría del Dr. Legón, los fallos reiteran la validez de este instituto dentro de los lineamientos aquí señalados.

"El constituto posesorio, por su carácter excepcional, debe aparecer claramente establecido en la convención, no bastando a ese fin, la sola celebración del contrato de compraventa". (La Ley 135 - 1117).

"El constituto posesorio configura en nuestro derecho positivo una de las excepciones al principio que sienta el art. 2378 del Cód. Civil... Para que se configure... es menester que concorra con la compraventa (o el negocio traslativo de que se trate) otro acto jurídico independiente que constituya un título idóneo para alterar la naturaleza de la relación posesoria preexistente...". (La Ley 135 - 1222).

"El constituto posesorio admitido por el art. 2462 del Cód. Civil configura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en nuestro derecho positivo una de las excepciones a la regla que establece que la tradición sólo se juzgará hecha cuando se hiciera según alguna de las formas autorizadas por la ley..." (La Ley 136 - 404).

"En el constituto posesorio son necesarios dos actos jurídicos: uno por el cual se transmite el dominio de la cosa y otro en que el vendedor o donante se constituye en representación de la posesión del adquirente". (La Ley 8 - 11).

"Para que exista constituto posesorio, nuestra ley y la doctrina exigen siempre la intervención de un título adecuado, y es necesario, para que pueda admitirse su existencia, que la prueba del contrato se haga en forma legal y de acuerdo a los requisitos que la legislación determina, sea en las relaciones entre las partes, sea en las relaciones con terceros". (La Ley 13 - 563).

"El constituto posesorio sólo puede tener lugar de una manera efectiva, cuando se cumplen los dos actos siguientes, independientes y distintos entre sí: el acto de enajenación, en virtud del cual la posesión debe pasar al adquirente, y el acto anexo, en cuya virtud el enajenante debe ocupar la cosa como simple tenedor, constituyendo el derecho personal de comodato. Tales actos deben celebrarse simultáneamente, sin que medie entre ambos solución de continuidad (Digesto Jurídico de La Ley, tomo IV, pág. 1159).

"La adquisición de la posesión, en el caso previsto por el art. 2462, inc. 3° del Código Civil - constituto posesorio - requiere un acto jurídico que importe título adecuado para cambiar la naturaleza de la relación posesoria". (La ley, 86 - 232) .

Resumiendo: para el caso particular planteado en este temario, caso en que se difiere la tradición del bien, diremos:

a) Si el ocupante es inquilino, comodatario o título similar, bastará que en el momento de la escritura reconozca empezar a poseer a nombre del adquirente para que se dé por cumplida la tradición en la forma que establece el art. 2387 (traditio brevi manu). Existiendo un documento anterior que justifique el título del tenedor (contrato de locación, recibos, etc.), las formalidades del reconocimiento estimamos que pueden estar en el ámbito de los documentos privados.

b) Si la heredad, casa o departamento lo ocupa el mismo vendedor, habrá que dar nacimiento a un contrato anexo, de locación, comodato, etc., que sugerimos se otorgue contemporáneamente con la escritura de transferencia de dominio, a continuación de la misma, y de ser posible por acto público, o con fecha cierta. Esto, por aplicación del constituto posesorio del art. 2462, inc. 39 del Código Civil.

Reiteramos, por fin, que el constituto posesorio importa la tradición del bien en la persona del adquirente, y una vez documentado aquél, no se necesita ningún acto posterior. El dominio se ha consolidado ese momento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal