

IGNACIO EZEQUIEL ALTERINI

**LA TRADICIÓN DE INMUEBLES
Y LA PAZ SOCIAL**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Jorge Horacio Alterini



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2017

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

1	TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS	16
2	QUID DE LA CONVENIENCIA DEL MANTENIMIENTO DE LA TRADICIÓN COMO MODO DE TRANSMISIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	17
2.1	PLANTEO	17
2.2	CRITERIO QUE POSTULA LA SUSTITUCIÓN DE LA TRADICIÓN POR LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.....	17
2.3	POSTURA QUE SOSTIENE LA CONVENIENCIA DE LA SUBSISTENCIA DE LA TRADICIÓN COMO MODO DE TRANSMISIÓN DEL DERECHO REAL	20
3	INTERÉS CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN	24
4	DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	28
5	METODOLOGÍA Y FUENTES.....	29

CAPÍTULO I

DIVERSAS MATRICES DE LAS MUTACIONES JURÍDICO REALES INMOBILIARIAS EN EL DERECHO COMPARADO

1	LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ROMANO.....	30
1.1	<i>RES MANCIPI</i> Y <i>RES NEC MANCIPI</i>	30
1.2	DIVERSOS MODOS DE TRANSMISIÓN	32
1.2.1	<i>Mancipatio</i>	32
1.2.2	<i>In iure cessio</i>	34
1.2.3	<i>Tradición</i>	35
1.2.3.1	Concepto	35
1.2.3.2	Requisitos configurativos.....	36
1.2.3.3	Polémica acerca del carácter causal o abstracto de la tradición en el <i>Corpus iuris civile</i>	37
1.2.3.4	Sucedáneos de la entrega material.....	39
1.2.3.5	<i>Quid</i> de la función publicitaria de la tradición.....	41
2	SISTEMAS CAUSALISTAS.....	45
2.1	MUTACIÓN POR EL MERO CONSENTIMIENTO	45
2.1.1	<i>Antecedentes</i>	45

2.1.2	<i>Fundamentos</i>	47
2.1.3	<i>Modelos</i>	48
2.1.3.1	Francia.....	48
2.1.3.1.1	Oportunidad de la transmisión.....	48
2.1.3.1.2	Excepción proveniente de la voluntad de las partes.....	49
2.1.3.1.3	Transferencia de los riesgos.....	49
2.1.3.2	República Dominicana.....	50
2.1.3.3	Costa Rica.....	50
2.1.3.4	Japón.....	50
2.1.3.5	México.....	50
2.1.3.6	Italia.....	51
2.1.3.7	Portugal.....	52
2.1.3.8	Bolivia.....	52
2.1.3.9	Venezuela.....	53
2.1.3.10	Perú.....	53
2.1.3.11	Paraguay.....	53
2.1.3.12	Quebec.....	53
2.2	MUTACIÓN POR LA CONCURRENCIA DE CONCAUSAS: LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO.....	54
2.2.1	<i>Origen, sistematización y ámbito</i>	54
2.2.2	<i>Diversas caracterizaciones del modo</i>	56
2.2.2.1	El modo es la tradición por actos materiales.....	56
2.2.2.1.1	Prusia.....	56
2.2.2.1.2	Argentina.....	57
2.2.2.1.3	Uruguay.....	58
2.2.2.2	El modo es la tradición pero ella puede ser “instrumental” ..	60
2.2.2.2.1	España.....	60
2.2.2.2.2	El Salvador y Honduras.....	64
2.2.2.2.3	Cuba.....	65
2.2.2.3	El modo es la tradición pero ella se juzga perfeccionada con la inscripción.....	65
2.2.2.3.1	Código Civil de Chile.....	65
2.2.2.3.2	Ordenamientos que siguieron el modelo chileno.....	66
2.2.2.3.3	<i>Esbozo de Freitas</i>	67
2.2.2.4	El modo es la tradición que debe realizarse por acta notarial y registrarse para que opere la transmisión.....	67
2.2.2.5	El modo es la inscripción registral constitutiva.....	68
2.2.2.5.1	Aclaración previa.....	68
2.2.2.5.2	Algunos modelos.....	68
3	SISTEMAS ABSTRACTOS	70
3.1	ORIGEN.....	70
3.2	CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO ABSTRACTO.....	71
3.3	CRÍTICA DE HECK A LA CONCEPCIÓN ABSTRACTA.....	72
3.4	EL MODELO DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.....	72
3.4.1	<i>Negocio dispositivo: Auflassung</i>	73
3.4.1.1	Ámbito en que se presta la declaración.....	73
3.4.1.2	Simultaneidad de las declaraciones.....	74

3.4.1.3	Sometimiento a condición o plazo	74
3.4.1.4	Relación temporal con el negocio obligatorio	75
3.4.1.5	Relación temporal con la inscripción	75
3.4.2	<i>Quid de la eficacia del negocio jurídico causal</i>	76
3.4.3	<i>Valoración de las implicancias de la abstracción causal</i>	77
3.5	ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	78
3.5.1	<i>Introducción</i>	78
3.5.2	<i>Negocio jurídico causal</i>	78
3.5.3	<i>Negocio jurídico de enajenación (deed)</i>	79
3.5.3.1	Aproximación conceptual	79
3.5.3.2	Clases	79
3.5.3.2.1	<i>Quitclaim deed</i>	79
3.5.3.2.2	<i>Warranty deed</i>	79
3.5.3.2.3	<i>Special warranty deed</i>	80
3.6	EL SISTEMA TORRENS	80
3.6.1	<i>Origen, razón de ser y expansión</i>	80
3.6.2	<i>Funcionamiento</i>	81
3.6.3	<i>Intento de instauración en Argentina: críticas</i>	83
4	QUID DE LA NECESIDAD DE LA COINCIDENCIA DE LA EFICACIA CON LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL DERECHO REAL	84
5	INTERESES INVOLUCRADOS EN LAS TRANSMISIONES INMOBILIARIAS	86
5.1	NECESIDAD DE CONSIDERAR LA SITUACIÓN DE LOS TERCEROS QUE EXHIBEN INTERESES LEGÍTIMOS	86
5.2	PRETENDIDO ENFRENTAMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA ESTÁTICA CON LA SEGURIDAD JURÍDICA DINÁMICA	88
5.3	LA SEGURIDAD JURÍDICA DEBE PREVALECER SOBRE LA DENOMINADA SEGURIDAD ECONÓMICA. A PROPÓSITO DEL SEGURO DE TÍTULOS	91
5.3.1	<i>Planteo del problema</i>	91
5.3.2	<i>El notariado latino resguarda a la seguridad jurídica estática</i> ..	93
5.3.3	<i>Importancia del estudio de títulos</i>	94
5.3.4	<i>Síntesis</i>	97
6	MUTACIÓN JURÍDICO REAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	97
7	ESTUDIO DINÁMICO DE LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA	99
7.1	INTRODUCCIÓN	99
7.2	ADQUISICIONES SIN AUTORÍA DEL LEGITIMADO	99
7.2.1	<i>Caso hipotético</i>	99
7.2.2	<i>Soluciones comparadas</i>	100
7.2.2.1	Derecho francés	100
7.2.2.2	Derecho alemán	100
7.2.2.3	Derecho suizo	102
7.2.2.4	Derecho español	102
7.2.3	<i>Derecho argentino</i>	103
7.3	LA LLAMADA “DOBLE VENTA”	108
7.3.1	<i>Caso hipotético</i>	108
7.3.2	<i>Soluciones comparadas</i>	108
7.3.2.1	Derecho francés	108
7.3.2.2	Derecho alemán	109

7.3.2.3	Derecho suizo.....	110
7.3.2.4	Derecho español.....	110
7.3.3	<i>Derecho argentino</i>	112
7.4	TUTELA DEL POSEEDOR QUE NO ES TITULAR DEL INMUEBLE	113
7.4.1	<i>Caso hipotético</i>	113
7.4.2	<i>Soluciones comparadas</i>	113
7.4.2.1	Derechos francés, alemán y suizo	113
7.4.2.2	Derecho español.....	113
7.4.3	<i>Derecho argentino</i>	114
7.5	LA ASUNCIÓN DE LOS RIESGOS	114
7.5.1	<i>Caso hipotético</i>	114
7.5.2	<i>Remisión</i>	114

CAPÍTULO II

LA TRADICIÓN INMOBILIARIA CONSIDERADA EN SÍ MISMA

1	INTRODUCCIÓN.....	116
1.1	ALCANCES DEL VOCABLO “TRADICIÓN”	116
1.2	CORPUS	117
1.2.1	<i>Caracterización y adquisición</i>	117
1.2.2	<i>Conservación</i>	119
1.3	ESCENARIOS DE LA TRADICIÓN	121
2	NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRADICIÓN CON FINALIDAD TRASLATIVA DE DERECHO REAL.....	121
2.1	ESTADO DE LA CUESTIÓN	121
2.1.1	<i>Hecho jurídico</i>	121
2.1.2	<i>Acto no negociado</i>	122
2.1.3	<i>Acto solutorio</i>	123
2.1.4	<i>Acto jurídico unilateral</i>	123
2.1.5	<i>Acto jurídico bilateral</i>	124
2.1.6	<i>Acto jurídico bilateral real</i>	125
2.1.7	<i>Acto jurídico bilateral real y obligacional</i>	126
2.1.8	<i>Convención extintiva</i>	127
2.1.9	<i>Contrato</i>	128
2.1.10	<i>Hecho o acto abstracto</i>	129
2.1.11	<i>Ausencia de naturaleza propia</i>	130
2.2	RÉPLICA AL CORTEJO DE CRITERIOS ESBOZADOS	130
2.2.1	<i>En la tradición existen manifestaciones de voluntad definidas y dirigidas a la obtención de un fin jurídico</i>	130
2.2.2	<i>La tradición no alcanza la categoría de acto jurídico sin la manifestación de la voluntad del accipiens</i>	131
2.2.3	<i>En el derecho vigente un contrato puede alumbrar derechos subjetivos patrimoniales distintos de los personales</i>	132

2.2.4	<i>Es acotada la opinión que pone el foco solamente en la faz extintiva obligacional</i>	132
2.3	MI OPINIÓN: LA TRADICIÓN INTEGRATIVA DEL DERECHO REAL ES UN CONTRATO FORMAL SOLEMNE CON PROPÓSITO BIFRONTE.....	133
2.3.1	<i>Caracterización</i>	133
2.3.2	<i>Acto jurídico bilateral patrimonial</i>	133
2.3.3	<i>Revestido de las formas establecidas por la ley</i>	134
2.3.4	<i>Tiene por finalidad transmitir un derecho real y extinguir una obligación</i>	135
3	LA TRADICIÓN INTEGRATIVA DEL DERECHO REAL EN LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO	135
3.1	PRESUPUESTOS.....	135
3.1.1	<i>Capacidad</i>	135
3.1.2	<i>Legitimación</i>	138
3.1.2.1	Regla: la titularidad del derecho sobre el objeto.....	138
3.1.2.2	Supuestos especiales.....	139
3.1.2.2.1	Titularidad sin poder de disposición.....	139
3.1.2.2.2	Poder de disposición sin titularidad.....	140
3.1.2.2.3	¿Un sujeto puede estar legitimado sin ostentar la titularidad del objeto, ni su poder de disposición?.....	140
3.1.3	<i>Idoneidad del objeto</i>	141
3.1.3.1	Teorías sobre el objeto del acto jurídico	142
3.1.3.2	Requisitos.....	142
3.1.3.2.1	Posible	142
3.1.3.2.2	Determinado o determinable.....	143
3.1.3.2.3	Lícito.....	144
3.2	ELEMENTOS ESENCIALES DE LA TRADICIÓN COMO CONTRATO	145
3.2.1	<i>Consentimiento</i>	145
3.2.2	<i>Objeto</i>	147
3.2.3	<i>Finalidad</i>	148
3.2.4	<i>Forma</i>	149
3.2.4.1	¿Elemento esencial?.....	149
3.2.4.2	La tradición como contrato formal.....	149
3.2.4.3	Excepción a la regla del art. 1017 inc. a).....	150
3.2.4.4	Diversas alternativas para la realización de los actos materiales exigidos.....	151
3.2.4.4.1	Tradición por actos materiales de ambas partes.....	152
3.2.4.4.2	Tradición por actos materiales de quien entrega, con el consentimiento de quien recibe	152
3.2.4.4.3	Tradición por actos materiales de quien recibe, con el consentimiento de quien entrega.....	153
3.2.4.5	<i>Quid</i> de la eficacia de las declaraciones de las partes respecto de la entrega o recepción de la cosa	154
3.2.4.6	La vacuidad de la posesión como garantía	156
3.2.4.7	La forma y su finalidad protectoria	158
3.3	ACTUACIÓN POR REPRESENTANTE	159
3.3.1	<i>Planteo</i>	159

3.3.2	<i>Aspectos generales de la representación</i>	159
3.3.2.1	Fundamento y caracterización.....	159
3.3.2.2	Requisitos para una representación eficaz.....	161
3.3.2.2.1	Que el representante tenga facultad para representar ..	161
3.3.2.2.2	Que el representante actúe dentro de los límites de las facultades conferidas por la ley o el poder	162
3.3.2.2.3	Que el representante invoque en nombre de quien realiza el negocio	163
3.3.2.3	Efectos.....	164
3.3.2.4	El contrato de tradición como objeto de representación	165
3.4	<i>QUID DE LA INTRODUCCIÓN DE MODALIDADES</i>	166
3.5	<i>LA TRADICIÓN EN LOS DIVERSOS CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE ACTOS JURÍDICOS</i>	168
3.5.1	<i>De acuerdo al número de partes que intervienen</i>	168
3.5.2	<i>Según el ámbito de eficacia</i>	169
3.5.3	<i>Con relación al modo de exteriorización</i>	169
3.5.4	<i>En función de su contenido</i>	170
3.5.5	<i>Tocante al inicio de sus efectos</i>	171
3.5.6	<i>Con relación a la incidencia de la causa</i>	171
3.5.7	<i>Respecto de la coincidencia de causa típica del acto jurídico y el propósito de las partes</i>	172
4	EL TÍTULO SUFICIENTE COMO CONTRATO QUE OBLIGA A CELEBRAR OTRO CONTRATO: LA TRADICIÓN	174
5	UNA MIRADA DESDE LA CONEXIDAD CONTRACTUAL	175
5.1	PLANTEO	175
5.2	CONTRATOS CONEXOS	176
5.2.1	<i>Lineamientos generales</i>	176
5.2.2	<i>Definición legal</i>	177
5.2.2.1	Pluralidad de contratos autónomos	177
5.2.2.2	Vinculados entre sí.....	178
5.2.2.3	Finalidad económica común	180
5.2.3	<i>Interpretación</i>	181
5.2.4	<i>Efectos</i>	182
6	SUCEDÁNEOS DE LA TRADICIÓN CONSTITUTIVA DEL DERECHO REAL	183
6.1	GENERALIDADES.....	183
6.2	TRADITIO BREVI MANU	185
6.2.1	<i>Caracterización</i>	185
6.2.2	<i>Tenedor que pasa a ser poseedor</i>	185
6.2.3	<i>Tenedor que pasa a serlo a nombre de otro poseedor</i>	186
6.3	CONSTITUTO POSESORIO	188
6.3.1	<i>Caracterización</i>	188
6.3.2	<i>Naturaleza jurídica. ¿Unidad o pluralidad de actos?</i> <i>Instrumentación</i>	188
6.4	<i>QUID DE LA CONCURRENCIA DE LA TRADITIO BREVI MANU Y EL CONSTITUTO POSESORIO</i>	191

CAPÍTULO III

IMPLICANCIAS OBLIGACIONALES DE LA TRADICIÓN INMOBILIARIA

1	PLAN.....	192
2	LINEAMIENTOS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS	193
2.1	PRECISIONES INICIALES	193
2.2	DEBERES DEL DEUDOR	194
2.2.1	<i>Precisión terminológica.....</i>	<i>194</i>
2.2.2	<i>Conservación</i>	<i>195</i>
2.2.3	<i>Accesorios.....</i>	<i>195</i>
2.3	INSPECCIÓN Y RECEPCIÓN DEL INMUEBLE	197
2.4	OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO	198
2.4.1	<i>Advertencia metodológica</i>	<i>198</i>
2.4.2	<i>Conceptos generales.....</i>	<i>198</i>
2.4.3	<i>Usucapión y responsabilidad por evicción</i>	<i>200</i>
2.4.4	<i>Exclusión, ejercicio y caducidad de la garantía por defectos</i>	
	<i>ocultos</i>	<i>201</i>
3	OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA PARA TRANSMITIR DERECHOS REALES ..	202
3.1	FUENTE	202
3.2	ÁMBITO	203
3.3	RÉGIMEN DE MEJORAS, FRUTOS Y PRODUCTOS	203
3.3.1	<i>Mejoras</i>	<i>203</i>
3.3.1.1	<i>Definición legal</i>	<i>203</i>
3.3.1.2	<i>Clases</i>	<i>204</i>
3.3.1.2.1	<i>Naturales</i>	<i>204</i>
3.3.1.2.2	<i>Artificiales.....</i>	<i>205</i>
3.3.1.3	<i>Distribución de las mejoras</i>	<i>206</i>
3.3.1.3.1	<i>Regla.....</i>	<i>206</i>
3.3.1.3.2	<i>Mejoras naturales.....</i>	<i>207</i>
3.3.1.3.3	<i>Mejoras artificiales</i>	<i>207</i>
3.3.2	<i>Frutos.....</i>	<i>209</i>
3.3.2.1	<i>Definición legal</i>	<i>209</i>
3.3.2.2	<i>Clases. Carácter.....</i>	<i>209</i>
3.3.2.3	<i>Distribución de los frutos.....</i>	<i>210</i>
3.3.2.3.1	<i>Normas involucradas.....</i>	<i>210</i>
3.3.2.3.2	<i>Reglas</i>	<i>211</i>
3.3.2.3.3	<i>Quid de los frutos civiles pendientes</i>	<i>211</i>
3.3.2.3.4	<i>Carácter del art. 754.....</i>	<i>212</i>
3.3.3	<i>Productos.....</i>	<i>213</i>
3.4	RIESGOS	213
3.4.1	<i>Concepto de riesgo</i>	<i>213</i>
3.4.2	<i>Distingo entre el riesgo de la cosa y el riesgo del contrato</i>	<i>214</i>
3.4.3	<i>Sistemas de atribución del riesgo de la cosa ante las diversas</i>	
	<i>matrices de mutación jurídico real.....</i>	<i>215</i>

3.4.3.1	El riesgo se traslada al acreedor independientemente de la transmisión del derecho real o de la relación real	215
3.4.3.2	El riesgo se transfiere con la concertación del contrato que traslada la titularidad del derecho real	217
3.4.3.3	El riesgo se transmite con la adquisición de la relación real	220
3.4.3.3.1	La adquisición de la relación real no implica la transmisión del derecho real	220
3.4.3.3.2	La adquisición de la relación real determina la mutación jurídica real	221
3.4.4	<i>Pérdida y deterioro</i>	222
3.4.4.1	Conceptos y régimen	222
3.4.4.1.1	Pérdida de la cosa	223
3.4.4.1.2	Deterioro de la cosa	223
3.5	CONCURRENCIA DE VARIOS ACREEDORES QUE RECLAMAN UN MISMO INMUEBLE	224
3.5.1	<i>Presupuestos normativos</i>	224
3.5.2	<i>Orden de preferencia</i>	226
3.5.3	<i>Proyecto de 1998</i>	227
3.6	ACREEDOR INSATISFECHO.....	228
3.7	<i>QUID DE LA CESIBILIDAD DE LA ACCIÓN REAL REIVINDICATORIA AL ACREEDOR QUE NO SE LE EFECTUÓ LA TRADICIÓN DE LA COSA</i>	229
3.7.1	<i>En el Código Civil derogado</i>	229
3.7.2	<i>En el Proyecto de 1998</i>	232
3.7.3	<i>En el Código Civil y Comercial</i>	232
4	OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA PARA RESTITUÍRLA A QUIEN TENGA DERECHO A RECLAMARLA.....	233
4.1	CONCEPTOS GENERALES	233
4.2	TRADICIÓN DEL INMUEBLE A QUIEN NO TENGA DERECHO A RECLAMARLO.....	235
4.3	CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA QUE ORDENA LA REIVINDICACIÓN INMOBILIARIA	236
4.4	RÉGIMEN DE MEJORAS, FRUTOS, PRODUCTOS Y RIESGOS	237
4.4.1	<i>Mejoras</i>	237
4.4.2	<i>Frutos</i>	238
4.4.3	<i>Productos</i>	238
4.4.4	<i>Riesgos</i>	239
5	LA TRADICIÓN COMO PAGO LA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA.....	240
5.1	ACEPCIONES DEL VOCABLO “PAGO” Y SU CARACTERIZACIÓN LEGAL	240
5.2	CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN. EFECTOS	241
5.3	NATURALEZA JURÍDICA DEL PAGO	242
5.3.1	<i>Planteo</i>	242
5.3.2	<i>Estado de la cuestión</i>	242
5.3.2.1	Acto debido.....	242
5.3.2.2	Hecho jurídico.....	244
5.3.2.3	Acto jurídico.....	245
5.3.2.3.1	Acto jurídico unilateral.....	245
5.3.2.3.2	Acto jurídico bilateral no contractual	246
5.3.2.3.3	Acto jurídico contractual	247

5.3.2.3.4	Acto jurídico unilateral y bilateral.....	249
5.3.2.4	Hecho jurídico y acto jurídico de naturaleza compleja.....	250
5.3.2.5	Mi opinión: el pago es un acto jurídico de naturaleza bifronte.....	250
5.4	OBJETO DE LA TRADICIÓN EN CUANTO PAGO	253
5.4.1	<i>Identidad</i>	254
5.4.2	<i>Integridad</i>	254
5.4.3	<i>Puntualidad</i>	255
5.4.4	<i>Localización</i>	256
5.5	PRUEBA DE LA TRADICIÓN	256
5.6	EL DENOMINADO “PAGO POR CONSIGNACIÓN”	257
5.6.1	<i>Fundamento y concepto</i>	257
5.6.2	<i>Naturaleza jurídica</i>	258
5.6.3	<i>Caracteres</i>	259
5.6.4	<i>Presupuestos</i>	261
5.6.4.1	Precisión conceptual.....	261
5.6.4.2	Mora del acreedor	261
5.6.4.3	Incertidumbre sobre la persona del acreedor	261
5.6.4.4	En general, cuando media incerteza sobre la eventual eficacia del pago	262
5.6.5	<i>Procedencia</i>	263
5.6.6	<i>Requisitos</i>	263
5.6.7	<i>Forma</i>	264
5.6.8	<i>Actitudes que puede asumir el acreedor</i>	266
5.6.9	<i>Desistimiento del deudor</i>	266
5.6.10	<i>Efectos</i>	267
6	DERIVACIONES DE LA TRADICIÓN EN LOS DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS CON INTERVENCIÓN DE COSAS “RIESGOSAS”.....	268
6.1	PLANTEO	268
6.2	RESPONSABILIDAD POR RIESGO O VICIO DE LAS COSAS	270
6.2.1	<i>Naturaleza</i>	270
6.2.2	<i>Riesgo o vicio de la cosa: precisiones</i>	270
6.2.3	<i>Dueño o guardián: delimitación conceptual</i>	272
6.2.4	<i>Obligación concurrente de reparar el daño</i>	274
6.3	LA TRADICIÓN CONTRIBUYE EN LA DETERMINACIÓN DEL RESPONSABLE	274

CAPÍTULO IV

INTEGRACIÓN DEL DERECHO REAL

1	DUALISMO ENTRE LOS DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS LOS REALES ..	278
1.1	CONCEPCIÓN CLÁSICA: ORIGEN HISTÓRICO	278
1.2	DOCTRINAS NEGATORIAS DEL DUALISMO	280
1.2.1	<i>Introducción</i>	280
1.2.2	<i>Teoría unitaria personalista</i>	280
1.2.3	<i>Teoría unitaria realista</i>	284

1.2.4	<i>Otras teorías</i>	287
1.2.5	<i>Inexistencia de un sujeto pasivo determinado en los derechos reales</i>	288
1.3	CONCEPCIÓN MODERNA DEL DERECHO REAL	290
1.4	COMPARACIÓN	291
1.4.1	<i>Introducción</i>	291
1.4.2	<i>Esencia</i>	292
1.4.3	<i>Elementos</i>	292
1.4.4	<i>Objeto</i>	293
1.4.5	<i>Obtención de la ventaja</i>	294
1.4.6	<i>Fuente</i>	294
1.4.7	<i>Régimen legal y número</i>	294
1.4.8	<i>Oponibilidad</i>	295
1.4.9	<i>Ejercicio</i>	295
1.4.10	<i>Virtualidad de la tradición</i>	296
1.4.11	<i>Prescripción</i>	296
1.4.12	<i>Permanencia</i>	296
1.4.13	<i>Duración</i>	296
1.4.14	<i>Exclusividad</i>	296
1.4.15	<i>Inherencia</i>	297
1.4.16	<i>Extinción</i>	297
1.5	CONEXIONES	297
1.6	LA DIMENSIÓN TIEMPO EN LOS DERECHOS SUBJETIVOS PATRIMONIALES	299
1.7	PRETENDIDOS SUPUESTOS DE SITUACIONES INTERMEDIAS ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES	300
1.7.1	<i>Derechos reales in faciendo</i>	300
1.7.2	<i>Derecho a la cosa</i>	301
1.7.3	<i>Obligaciones reales</i>	303
2	RECEPCIÓN DEL DISTINGO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	306
3	DEFINICIÓN DE DERECHO REAL	309
3.1	CÓDIGO CIVIL DEROGADO	309
3.2	DOCTRINA AUTORAL.....	310
3.3	PROYECTO DE 1998.....	311
3.4	DEFINICIÓN LEGAL: ANÁLISIS EXEGÉTICO.....	311
3.4.1	<i>“...poder jurídico...”</i>	311
3.4.2	<i>“...de estructura legal...”</i>	312
3.4.2.1	<i>Introducción</i>	312
3.4.2.2	<i>Carácter de las normas</i>	312
3.4.2.3	<i>Configuración de derechos reales. Sistema de número cerrado</i> 316	
3.4.2.3.1	<i>Sobre la conveniencia del sistema de número cerrado</i>	319
3.4.2.4	<i>Carácter de la ley que configura al derecho real</i>	322
3.4.2.5	<i>La configuración no atañe a la fuente del derecho real</i>	323
3.4.2.6	<i>Tipicidad</i>	324
3.4.2.7	<i>Suerte de la configuración de un derecho real no permitido o de la modificación de los previstos</i>	325
3.4.3	<i>“...que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma...”</i>	327

3.4.3.1	Introducción.....	327
3.4.3.2	La regulación del objeto en el Código Civil derogado: ficciones y dubitaciones.....	328
3.4.3.3	Proyecto de 1998 y Jornadas Nacionales de Derecho Civil....	330
3.4.3.4	Código Civil y Comercial.....	331
3.4.3.4.1	Introducción.....	331
3.4.3.4.2	Cosa (totalidad o parte material).....	332
3.4.3.4.3	Ejercicio por una alícuota.....	332
3.4.3.4.4	Derechos.....	334
3.4.3.4.5	<i>Quid</i> de la energía y las fuerzas naturales.....	335
3.4.4	<i>“...y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”</i>	337
4	MUTACIONES JURÍDICO REALES.....	338
4.1	ALCANCES	338
4.2	DIVERSAS CLASES	339
4.2.1	<i>Adquisición</i>	339
4.2.1.1	Originaria.....	339
4.2.1.2	Derivada	339
4.2.1.2.1	Concepto.....	339
4.2.1.2.2	Transmisibilidad.....	340
4.2.1.2.3	Convalidación.....	341
4.2.2	<i>Modificación</i>	344
4.2.3	<i>Extinción</i>	344
4.2.3.1	Normativa aplicable.....	344
4.2.3.2	Modos generales de extinción de los derechos patrimoniales	344
4.2.3.2.1	Extinción de la fuente del derecho	344
4.2.3.2.2	Expropiación	345
4.2.3.3	Modos generales de extinción de los derechos reales	345
4.2.3.3.1	Destrucción total de la cosa.....	345
4.2.3.3.2	Abandono	346
4.2.3.3.3	Consolidación	347
5	LA TRADICIÓN EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO REAL	347
5.1	INTRODUCCIÓN	347
5.2	NECESIDAD DE TÍTULO SUFICIENTE.....	348
5.3	ALCANCES DEL MODO SUFICIENTE.....	349
5.3.1	<i>Derechos reales que se ejercen por la posesión</i>	349
5.3.2	<i>La tradición como modo suficiente</i>	351
5.3.3	<i>La inscripción registral como modo suficiente</i>	351
5.3.4	<i>El primer uso como modo suficiente</i>	352
5.3.5	<i>Caso especial de modo suficiente: la notificación</i>	352
5.3.6	<i>El modo suficiente en la prenda de créditos</i>	352
5.3.7	<i>Quid del modo suficiente ante contratos traslativos celebrados en el extranjero de inmuebles situados en la República</i>	353
5.4	ACERCA DE LA EXPRESIÓN “ESCRITURA TRASLATIVA” DEL DERECHO REAL	355
5.5	RELACIÓN TEMPORAL ENTRE EL TÍTULO Y EL MODO	361
5.6	LA TRADICIÓN NO ES PRESUPUESTO DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL	362

5.7	QUID DE LA PRESCINDIBILIDAD DEL PAGO DEL PRECIO PARA LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO REAL.....	364
5.7.1	<i>En el Código Civil derogado</i>	364
5.7.2	<i>En los proyectos de unificación legislativa civil y comercial</i>	365
5.7.3	<i>En el Código Civil y Comercial</i>	366
5.7.3.1	Expropiación.....	368
5.7.3.2	Subasta.....	369
6	EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL REVITALIZÓ LA TEORÍA DEL TÍTULO Y DEL MODO SUFICIENTES.....	370
7	CRÍTICA A LOS SISTEMAS QUE DESNATURALIZAN AL DERECHO REAL.....	371
7.1	PUNTO DE PARTIDA COMÚN	371
7.2	SOLAMENTE EL SISTEMA DE LA TRADICIÓN POR ACTOS MATERIALES ES CONSECUENTE CON LA ESENCIA DEL DERECHO REAL	373

CAPÍTULO V

PROYECCIONES SOCIALES DE LA TRADICIÓN INMOBILIARIA

1	SEGURIDAD JURÍDICA.....	376
1.1	CONCEPTO.....	376
1.2	EXIGENCIAS.....	377
1.2.1	<i>Fijación</i>	377
1.2.2	<i>Ordenación</i>	379
1.2.3	<i>Integración</i>	380
1.2.4	<i>Simplificación</i>	381
1.2.5	<i>Estabilización</i>	383
2	PRETENDIDA TENSIÓN ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JUSTICIA	383
2.1	INTRODUCCIÓN	383
2.2	ESTADO DE LA CUESTIÓN	384
2.2.1	<i>Preeminencia de la seguridad jurídica sobre la justicia</i>	384
2.2.2	<i>Supremacía de la justicia con relación a la seguridad jurídica</i> ..	386
2.2.3	<i>La seguridad jurídica como presupuesto de la justicia</i>	388
2.2.4	<i>La seguridad jurídica como elemento constitutivo de la justicia</i>	389
2.2.5	<i>La seguridad jurídica como complemento de la justicia</i>	390
2.3	MI POSICIÓN	391
2.3.1	<i>La seguridad no es por sí misma valiosa</i>	391
2.3.2	<i>La invocada seguridad que no tiene correlato en la justicia material difícilmente satisfaga una de sus exigencias: la estabilidad</i>	392
2.3.3	<i>La seguridad como vía para alcanzar la justicia material</i>	393
3	LA PAZ SOCIAL COMO FRUTO DE LA JUSTICIA	395
4	EL RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO SENDERO DE LA PAZ	399
5	LA TRADICIÓN COADYUVA A LA PAZ SOCIAL	402
5.1	INTRODUCCIÓN	402
5.2	EVITA EL CONFLICTO	402

5.3	PROTEGE AL DÉBIL JURÍDICO	406
5.3.1	<i>Planteo</i>	406
5.3.2	<i>El estatuto del consumidor ante contratos con finalidad traslativa sobre inmuebles cuya posesión no exhibe el transmitente</i>	409
5.3.3	<i>Diversos supuestos de análisis</i>	413
5.3.3.1	Poseedores mediando boleto de compraventa.....	413
5.3.3.1.1	Introducción.....	413
5.3.3.1.2	Naturaleza jurídica del boleto de compraventa.....	413
5.3.3.1.3	Conflicto entre un “adquirente” mediando boleto y un “adquirente” por compraventa instrumentada en escritura pública	416
5.3.3.1.4	Conflicto entre un “adquirente” mediando boleto y un acreedor hipotecario.....	417
5.3.3.1.5	Conflicto entre un “adquirente” mediando boleto y un acreedor embargante.....	421
5.3.3.1.6	¿Inscripción registral del boleto?.....	422
5.3.3.1.7	Reflexión conclusiva	424
5.3.3.2	Comunidades indígenas	424
5.3.3.2.1	Propiedad indígena: categorías de tierras	424
5.3.3.2.2	Implicancias de la tradición en la tutela de la propiedad indígena	425
5.3.3.3	Ocupantes de tierras que hacen de ellas su sustento	428
5.4	RESGUARDA ADECUADAMENTE AL TITULAR DEL DERECHO Y A QUIEN PRETENDE ADQUIRIRLO, SIN PRESCINDIR DE LOS POSEEDORES CON INTERESES LEGÍTIMOS	433
5.5	CONTRIBUYE A QUE NO SE GENEREN SITUACIONES INEQUITATIVAS	434
5.5.1	<i>Planteo</i>	434
5.5.2	<i>Responsabilidad del titular registral del automotor por daños causados a terceros luego de efectuar la tradición de la cosa</i>	435
5.5.2.1	Régimen originario del decreto-ley 6582/58.....	435
5.5.2.2	Plenario “Morrazo”.....	436
5.5.2.3	La reforma de la ley 22.977 y el plenario “Morris de Sotham”.....	437
5.5.2.4	Precedente “Camargo” del Alto Tribunal	438
5.5.2.5	Análisis axiológico del problema	439
5.6	IMPIDE UN EXCESIVO APEGO A LOS OBJETOS MATERIALES, Y ESTIMULA EL TRABAJO HUMANO Y LA PRODUCCIÓN DE RIQUEZA	440
5.6.1	<i>La tradición posibilita el ejercicio posesorio</i>	440
5.6.2	<i>Implicancias económicas de la posesión como contenido del derecho real</i>	441
6	LA TRADICIÓN INMOBILIARIA COMO EXPRESIÓN DE UN MODELO ECONÓMICO, SOCIAL Y POLÍTICO.....	445
	CONCLUSIONES.....	448
	BIBLIOGRAFÍA.....	456
	JURISPRUDENCIA.....	481

INTRODUCCIÓN

1 TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

La cuestión atinente a las transmisiones de derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión es una de las temáticas que mayores divergencias presenta el Derecho privado patrimonial comparado, en atención a las diversas soluciones que propician. Esta particular situación es de máxima relevancia, puesto que los interrogantes acerca de cómo se transmite el derecho real, cuándo se perfecciona la mutación y qué efectos tiene ella, se proyectan sobre los cimientos del derecho real confiriéndole la morfología que le es propia.

La razón de ser de la multiplicidad de modelos de mutación jurídico real responde a los diferentes intereses que se procuran tutelar. Por ello, no es dudoso que el sistema traslativo inmobiliario permite entrever el modelo social, económico y político al que se aspira.

El régimen argentino de adquisiciones derivadas por acto entre vivos de derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión está gobernado por la idea romana del título y el modo suficientes, donde este último es la tradición por actos materiales.

2 QUID DE LA CONVENIENCIA DEL MANTENIMIENTO DE LA TRADICIÓN COMO MODO DE TRANSMISIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1 Planteo

La doctrina nacional controvierte sobre la conveniencia de la subsistencia de la tradición como modo para provocar la mutación jurídico real de derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión.

2.2 Criterio que postula la sustitución de la tradición por la inscripción constitutiva

Las críticas que se han formulado a la tradición como modo de transmisión de derechos reales inmobiliarios están fundadas esencialmente en sus ostensibles defectos como medio publicitario y en la pretendida inseguridad del tráfico que tendría como corolario.

Machado, uno de los primeros comentaristas de la obra de Vélez Sarsfield, sostuvo con relación al régimen derogado:

“El Código, siguiendo la antigua doctrina, que buscaba formas exteriores para la transmisión de la propiedad raíz, ha ido hasta exigir la entrega material de la cosa, cuando bastaba la transcripción del título en el registro de la propiedad, que ofrece una garantía más eficaz”¹.

¹ MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil*, Félix Lajouane editor, Buenos Aires, 1898, tomo II, §189, p. 278, en glosa al art. 577. Salvat, también, exhibió una postura crítica: “El sistema de la tradición como medio para exteriorizar la transmisión de la propiedad y otros derechos reales, es evidentemente un sistema anticuado y que adolece del defecto capital de no ser una garantía seria para los derechos de los terceros. La tradición, en efecto, se cumple por actos de carácter puramente privados, sin intervención de autoridad alguna, dando lugar, por consiguiente, a todo género de dudas...” (SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, 4º edición, actualizada por Sofanor Novillo Corvalán, TEA, Buenos Aires, 1952, tomo II, § 890, p. 224).

Se argumenta que si el derecho real es un derecho subjetivo patrimonial de carácter absoluto, porque tiene eficacia frente a todos, sería necesario que la constitución del derecho coincidiera con su publicidad, pues no sería posible concebir un derecho real “clandestino”.

“La eficacia y la publicidad de los derechos reales inmobiliarios deben coincidir con absoluta exactitud. Si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer –o, al menos, puedan conocer- la existencia de los derechos reales. Derechos reales «ocultos», derechos reales ‘clandestinos’ son figuras tan contradictorias, que no debe admitirse su existencia”².

Además, se piensa que la pretendida falta de exteriorización de la tradición de la tradición no aportaría claridad acerca del porqué de su materialización.

“...las formas más comunes de tradición no despejan más dosis de clandestinidad de las que pudiera adolecer un sistema en que la propiedad se transmitiera por el solo acuerdo contractual. La tradición no sólo es normalmente tan privada como el contrato (...) sino que (...) es incolora, pues la realización de un acto material de entrega posesoria puede obedecer a múltiples significados”³.

Incluso, se advierte que la tradición solo podría satisfacer una función publicitaria en pequeñas comunidades, como la de la antigua Roma⁴, con exigua circulación de la riqueza, y que ese

² PAU PEDRÓN, Antonio, *La publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, p. 368.

³ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 295.

⁴ Véase Cap. I, §1.2.3.5

presupuesto ya se encontraba ausente al momento de la entrada en vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield⁵.

Conectado con el reproche antedicho, se afirma que la tradición como medio de publicidad no se ajustaría a las exigencias de la llamada “sociedad de la información”, la que requeriría una información amplia y cristalina acerca de las mutaciones jurídico reales, con el objeto de otorgar seguridad jurídica a las operaciones sobre inmuebles; en contraste, se alude a que los Registros sí serían eficaces para ese cometido⁶.

Otro de los argumentos brindados por los partidarios de la tesis de la sustitución de la tradición, es el atinente a las pretendidas bondades de la inscripción constitutiva respecto de la armonización de las realidades registral y extrarregistral. Con esta orientación, razona Díez-Picazo:

“El sistema de inscripción constitutiva presenta evidentes ventajas. Al coincidir la formación del derecho real o la producción

⁵ “El procedimiento de la tradición de raigambre romanista sirvió como medio de publicidad en comunidades reducidas, con escaso movimiento inmobiliario; pero ya en la época de sanción del Código resultaba insuficiente e ineficiente” (ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Inscripción registral inmobiliaria: ¿constitutiva o declarativa?”, *La Ley*, 2012-A, p. 807).

⁶ “Los registros inmobiliarios son medios más aptos y eficaces para la publicidad inmobiliaria; incluyen las mutaciones en materia de derechos reales, y también situaciones personales que pueden incidir sobre el estado o disponibilidad jurídica de los inmuebles, ya que la publicidad constituye un valioso elemento para otorgar seguridad a las transacciones (...). Los requerimientos de la época, denominada ‘sociedad de la información’, no se compadecen con técnicas que ya eran ineficaces e ineficientes al momento de aprobarse el Código Civil, tales como la tradición como modo de publicidad” (MOLINA QUIROGA, Eduardo, “La registración como modo de adquisición del dominio”, *La Ley*, 2012-A, p. 1021). Con esa óptica, se planteó: “No cabe duda que el reemplazo del sistema de adquisición de los derechos reales sobre inmuebles propuesto inicialmente en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial hubiera implicado no sólo una reforma fundamental sino también de avanzada en un mundo digitalizado y ordenado por sistemas lógicos” (GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, 2º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, tomo I, p. 134).

del efecto jurídico-real con la inscripción en el Registro se logra una completa armonía y concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, que en otro caso presenta siempre quiebras y fisuras. Como consecuencia de ello, la seguridad jurídica se logra plenamente”⁷.

Igualmente se infiere que con que la imposición de la registración para dar vida al derecho real se tutelaría a quien actúa diligentemente y satisface los débitos registrales⁸.

2.3 Postura que sostiene la conveniencia de la subsistencia de la tradición como modo de transmisión del derecho real

Los partícipes del mantenimiento de la tradición como modo de constitución de los derechos reales inmobiliarios, aprecian que la introducción de la inscripción constitutiva significaría una desnaturalización de los derechos reales que se ejercen por la posesión⁹ y que no generaría la seguridad jurídica que se proclama, sino que hasta sería un nueva fuente de litigiosidad¹⁰,

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1978, volumen segundo “Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión”, §291, p. 351.

⁸ Se piensa que el Estado “... debe establecer un ordenamiento jurídico que obligue a los subadquirentes de la propiedad inmueble, faltos de espíritu previsor, se acojan a la institución o sistema que les redima de todo riesgo (...). El Estado, pues, como órgano creador del Derecho, no debe esperar a que estos propietarios, poco diligentes o poco previsores, fracasen y que en sus propias carnes, laceradas muchas veces por los pleitos, aprendan lo que ahora no quieren oír, y es preciso, por tanto que el Estado imponga la inscripción forzosa a los adquirentes como normas disciplinaria en las mutaciones jurídicas...” (VILLARES PICÓ, Manuel, “Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mutación jurídica sobre inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N^{os} 348-349, 1957, p. 294).

⁹ Véase Cap. IV, §7

¹⁰ MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos reales inmobiliarios: ¿Inscripción constitutiva?”, *La Ley*, 2012-A, p. 1037.

con grave desprotección del hombre común que es quien mantiene una relación directa con la cosa.

Con relación a la mentada función publicitaria de la tradición, se predica que ni en Roma habría procurado esos fines, y que sus incontrovertibles defectos a ese respecto, se diluirían si se priorizara la mirada en la relación directa entre una persona y una cosa que establece, la que determina la denominada publicidad posesoria¹¹.

Respecto de la aducida eficacia *erga omnes* del derecho real que, según los defensores de la inscripción constitutiva, solo se obtendría con la publicidad registral, se aseveró:

“No puede jamás olvidarse que, antes de la «exclusividad» del derecho real (...) se encuentra, como su raíz o sustrato interno, (...) la posibilidad de su titular de obtener de la cosa el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona”¹².

Tocante a la supuesta armonía entre la realidad viva y la registral que se propugna en el sistema de inscripción constitutiva, se explica que este modo de constitución del derecho real no alcanzaría su objetivo, pues dejaría latente la posibilidad de la configuración de una inexactitud registral. Así se argumentó que la inscripción constitutiva:

“...no actúa respecto a la totalidad de las situaciones jurídico-inmobiliarias llamadas a figurar en el Registro de la Propiedad. La inscripción constitutiva, como ya se ha advertido y resulta

¹¹ Véase Cap I, §1.2.3.5

¹² LÓPEZ BURNIOL, Juan J., “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 12 de diciembre de 1991, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXII, pp. 165 y ss.; la cita consta en el pto. VI, B), 1.

sobradamente conocido, actúa sólo en el campo de las adquisiciones *inter vivos* antaño regidas por el sistema del título y modo”¹³.

Desde una visión finalista se arguye que no habría ningún fundamento que justificara proyectar los efectos de la inscripción al plano constitutivo del derecho real ya que los otorgantes no precisarían que se publicite lo que ellos mismos realizaron, pues, como no puede ser de otra manera, ya lo conocerían¹⁴.

Por otra parte, se pondera que la escisión entre la titularidad del derecho real y la posesión de la cosa que provocaría el sistema de la inscripción constitutiva, no solo no coadyuvaría a la seguridad jurídica, sino que hasta significaría la introducción de conflictos entre el poseedor del inmueble y el titular del derecho real, que hasta podrían derivar en “enfrentamientos violentos”¹⁵.

Vallet de Goytisolo reflexiona acerca de la protección del hombre diligente que postulan los abanderados del régimen de la inscripción constitutiva y piensa que es mucho más valioso resguardar a quien mantiene una relación de hecho con la cosa aun cuando no satisfaga los extremos “formales”, que tutelar a

¹³ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 144-145.

¹⁴ Véase GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, cit., p. 237.

¹⁵ “Al introducir la posibilidad de que la posesión se disocie de la titularidad formal del derecho real se creará un indudable elemento de conflicto que puede llegar a enfrentamientos violentos entre quienes poseen efectivamente un inmueble y quien ostenta un derecho real, por haberlo adquirido conforme a lo proyectado mediante título suficiente e inscripción registral. Se trata de un conflicto que puede y debe evitarse manteniendo la tradición y el carácter declarativo de la inscripción registral” (COSSARI, Nelson G. A., “Pretendida sustitución de la tradición por la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria”, *La Ley*, 2012-A, p. 505.).

quien despliega la adecuada diligencia en lo formal pero descuida los aspectos sustanciales, tales como el cultivo de la tierra¹⁶.

Con esa óptica, se ha manifestado que la apuntada diligencia formal sería solo una mirada de la temática y que, en ocasiones, estaría sesgada con único objetivo de resguardar a inversionistas con gran poder económico¹⁷.

Se ha exaltado la gravitación de la tradición en la integración del derecho real, al menos, en dos perfiles; uno en sentido positivo, ya que antes de ella no se establecería la relación directa con la cosa que hace a la esencia del derecho; y otro en sentido negativo, puesto que al requerir de la tradición para provocar la mutación jurídico real se resguardaría el fenómeno posesorio, porque no puede haber tradición si hay un contradictor de la adquisición posesoria. Por esta última razón, a través de la tradición se protegerían a los poseedores con interés legítimo¹⁸.

Desde la propia realidad de nuestro país, se ha reflexionado que una parte relevante del territorio nacional estaría poseído por personas que no exhibirían titulaciones suficientes o que no tendrían posibilidades reales de acceder al registro, y que un sistema de mutación jurídico real debería atender las necesidades

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino”, en CÓRDOBA, Marcos (Director), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo II “Doctrina Extranjera”, pp. 274-275. Concretamente dice: “El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligia lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscripto y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó por su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero descuidado en lo sustancial.”.

¹⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther, “La Constitución rechaza el Derecho Registral ‘extremista’. Crítica al fetichismo registral”, *Gaceta Constitucional*, tomo 66, junio 2013, pp. 231 y ss.

¹⁸ ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica. Notariado y Registros”, *Temas doctrinarios 2*, Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, Buenos Aires, 2007, p. 53.

de toda la población. Con fundamento en esas consideraciones, se produce el siguiente aserto:

“La función constitutiva de la tradición es, cuanto menos, un medio de gran utilidad para la protección de los más vulnerables, resguardo que no suministra la inscripción constitutiva del derecho real”¹⁹.

3 INTERÉS CIENTÍFICO DE LA INVESTIGACIÓN

Luego de la entrada en vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield²⁰, y sin perjuicio del adecuado funcionamiento del sistema de transmisión inmobiliaria, no tardaron en aparecer voces disonantes, seguramente motivadas por el deslumbramiento que determinó la sanción del Código Civil alemán.

Esa influencia tuvo resonancia en el Anteproyecto de Bibiloni de 1928²¹, en el Proyecto de 1936²² y en el Anteproyecto Llambías

¹⁹ VÁZQUEZ, Gabriela A., y PEPE, Marcelo A., “Renovadas polémicas en los derechos reales”, *JA*, 2012-II, p. 1039. También ha resaltado Cornejo: “...que en muchos lugares de la República Argentina hay una discordancia entre la realidad registral y la realidad extrarregistral al existir inmuebles, sobre todo en zonas rurales, donde quien aparece con titular registral nunca ha tenido la posesión, comportándose como tales los antiguos ocupantes del lugar, que tiene sus ‘puestos’, sus animales y que son lugares donde, ya sea por sus características geográficas o por su extensión, no existe el alambrado perimetral llegando en ciertos casos a existir una suerte de coposición de tierras para pastaje de sus animales” (CORNEJO, Américo A., “¿Inscripción constitutiva de los derechos reales?”, *La Ley*, 2011-F, p. 1353).

²⁰ Estructurado sobre la base del título y el modo suficiente, y complementado con leyes provinciales de publicidad registral no constitutiva.

²¹ Art. 2352 del Anteproyecto de Bibiloni: “Para transferir la propiedad de un inmueble, para afectarlo con un derecho real, y para transmitir o afectar este mismo derecho, por actos entre vivos, es necesario el acuerdo de las partes sobre esta transmisión o afectación, y su inscripción en el Registro de inmuebles”.

²² Art. 1451 del Proyecto de 1936: “Para transferir el dominio de los inmuebles, gravarlos en derechos reales y transmitir o afectar estos últimos por actos entre vivos, será necesario el acuerdo de las partes sobre esa transmisión o afectación y que ella se inscriba en el Registro”

de 1954²³, que pregonaron la inscripción registral para alumbrar al derecho real sobre inmueble, sin perjuicio de otras iniciativas legislativas. También los Congresos Nacionales de Derecho Civil de 1961²⁴ y 1969²⁵ recomendaron la sustitución de la tradición por la inscripción registral.

Con posterioridad, los Proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 y de 1993 y el Proyecto de 1998 decidieron mantener la función constitutiva de la tradición, confiriéndoles a los registros solamente la misión publicitaria.

Sorprendentemente, los integrantes de la Comisión que elaboró el Código Civil y Comercial planearon primariamente sustraer a la tradición como modo de constitución del derecho real, y atribuírselo a la inscripción registral, al menos en materia inmobiliaria²⁶.

²³ Art. 1472 del Anteproyecto de 1954: “Los derechos reales sobre inmuebles sólo se adquieren, transmiten, modifican y extinguen por actos entre vivos, mediante la inscripción del acto respectivo en el Registro inmobiliario”.

²⁴ Se recomendó: “Que mientras se realice la revisión general del Código Civil, se sancione una Ley que disponga agregar el siguiente artículo: Art. 4052: “... 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”.

²⁵ De *lege ferenda*, concluyó: “Se recomienda reemplazar el actual régimen por un sistema registral inmobiliario constitutivo, que como principio rector, cuando el Código exige la tradición, la sustituya por la inscripción”.

²⁶ En los Fundamentos al Libro IV, Capítulo 2, del por entonces Anteproyecto de Civil y Comercial, se lee: “...ya Elenodoro Lobos en 1899 propuso agregar al final del Código Civil un artículo: ‘En todos los casos en que este código exija la tradición en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, sólo se juzgará hecha esa tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad de los respectivos instrumentos públicos’ (...) Igual lineamiento siguieron los proyectos de ley de Barraquero (1902), Galiano (1904), Poder

Una vez que la comunidad jurídica conoció la intención de los integrantes de la Comisión, mayoritariamente se opuso. Esta circunstancia determinó que los autores del Código Civil y Comercial se decidieran por mantener la función constitutiva de la tradición²⁷.

Es difícil controvertir que la decisión de variar el criterio inicialmente propuesto, fue fundamentalmente adoptada ante la energía de los despachos ampliamente mayoritarios²⁸ producidos por las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011, celebradas en Tucumán, y no por las razones que se invocaran en los Fundamentos del entonces Anteproyecto²⁹.

Concretamente, concluyeron las Jornadas:

Ejecutivo (1911), Frugoni Zabala (1915) y Melo (1917)". Aluden también al Anteproyecto de Bibiloni, al Proyecto de 1936 y al Anteproyecto de 1954

²⁷ El art. 750 del Código Civil y Comercial preceptúa, bajo el epígrafe "Tradición", que: "El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario"; en tanto que el art. 1892 trata el "Título y modos suficientes" y regla: "La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión...".

²⁸ Firmaron el despacho mayoritario: Pepe, Rojas Torres, Villanustre, Bressan, Luverá, Luna, Puerta, Pujol de Zizzias, Alterini, Jorge H., Fernández, Corna, Morales, Ventura, Padilla, Hirsch, Orelle, Casabé, Casal, Pereyra, José R., Pérez, Zencic, Salas, Cornejo, Sierz, Rossetti, Daguerre, Castruccio, Anis, Farina, Palomanes, Encabo, Guardiola, Vázquez, Gabriela A., Barbaglia, Colombo, Toledo, Chocobar, Cossari, Nelson y Martínez, Víctor; en tanto que suscribieron el minoritario: Molina Quiroga, Flah, Navarro Zavalía y Clerc.

²⁹ Se lee en los Fundamentos del otrora Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que fuera presentado al Poder Ejecutivo en el año 2012, que: "...a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros (...), el Anteproyecto mantiene el sistema vigente en el cual la inscripción constitutiva solamente se incluye como excepción (...), más no para todas las cosas cuyo dominio es registrable, especialmente los inmuebles para los cuales mantiene la tradición posesoria como modo suficiente"

“La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica dinámica como estática”³⁰.

La conveniencia de la investigación propuesta se justifica desde diversas ópticas.

En primer lugar, si bien el Código Civil y Comercial mantuvo a la tradición como modo para la transmisión del derecho real que se ejerce por la posesión, es preciso insistir en que esa no fue la idea primitiva de los miembros de la comisión redactora. Además, responde a una temática que desde los albores del Código de Vélez Sarsfield generó opiniones disonantes en la doctrina nacional. También, cuando se analiza cuantitativamente los proyectos legislativos presentados acerca de la transmisión inmobiliaria, se advierte que son mayoritarios los que plantearon la conferir a la inscripción registral la función constitutiva del derecho real y relegar a la tradición exclusivamente al ámbito de los derechos personales. Por último, es menester considerar que nuestro

³⁰ Otros despachos, igualmente mayoritarios, señalaron: “1. Una futura reforma del Código Civil debe mantener la coexistencia de las publicidades posesoria, cartular y registral. 2. La protección de los intereses legítimos de los poseedores hace aconsejable la conservación de la tradición material como constitutiva del derecho real inmobiliario. 3. El registro debe continuar cumpliendo su función de registración de títulos, con carácter meramente declarativo y no convalidante. 4. La mutación a un sistema de registración constitutiva que desplace a la tradición material tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales. Entre otras: a. el avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y b. graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar. De acuerdo a los arts. 14 bis, 75, incs. 19, 22 y 23, CN, y a la constitucionalización del derecho civil, es reprochable constitucionalmente un sistema de registración constitutiva”.

sistema de mutación jurídico real no responde a la tendencia del derecho comparado y que se presenta en escasos ordenamientos jurídicos extranjeros.

4 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Tengo la concreta aspiración de demostrar la conveniencia del mantenimiento de la tradición como modo de transmisión de derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión, pues coadyuva a la paz social.

La delimitación del tema propuesto impone, en primer lugar, dirigir la mirada a las diversas matrices de transmisión inmobiliaria que se han exhibido en el derecho comparado, a partir de la raíz común de todas ellas, el derecho romano, y realizar un juicio axiológico sobre ellas³¹.

Luego es preciso considerar a la tradición en sí misma, es decir, independientemente de los efectos obligacionales y reales que exhibe, para descubrir cuál es su naturaleza jurídica y, a partir de ella, estudiar sus proyecciones en el Derecho Privado³².

Dilucidada la naturaleza de la tradición, ingresaré en sus alcances obligacionales, especialmente en su consideración como medio extintivo de las obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales, en su impacto en el régimen de mejoras, frutos, productos y riesgos de la cosa, para concluir con el supuesto de conflicto ante la concurrencia de acreedores que atañen a la misma cosa. Además, me ocuparé de algunas de sus derivaciones en el Derecho de daños³³.

Seguidamente analizaré a la tradición en el proceso de integración del derecho real, su adecuación a la caracterización y los rasgos que este derecho luce, para finalizar con una crítica a

³¹ Véase Cap. I.

³² Véase Cap. II.

³³ Véase Cap. III.

los sistemas de mutación jurídico real que implican una desnaturalización de los basamentos propios del derecho real³⁴.

Precisados los diferentes rostros jurídicos de la tradición, destacaré sus proyecciones sociales que coadyuvan a la paz social, elemento constitutivo del bien común³⁵.

5 METODOLOGÍA Y FUENTES

Para desarrollar la investigación propuesta utilizaré el método analítico-sintético, es decir, descompondré los diversos elementos que integran el fenómeno de las mutaciones jurídico reales sobre inmuebles, para luego poder aportar una visión en conjunto superadora de las ya presentadas.

Respecto de las fuentes de consulta, ponderaré especialmente los escasos ordenamientos jurídicos afines al nuestro, sin perjuicio de que valoraré también las diversas matrices de transmisión inmobiliaria que se presentan en el Derecho comparado.

³⁴ Véase Cap. IV.

³⁵ Véase Cap. V.

CAPÍTULO I

DIVERSAS MATRICES DE LAS MUTACIONES JURÍDICO REALES INMOBILIARIAS EN EL DERECHO COMPARADO

1 LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ROMANO

1.1 *Res Mancipi* y *res nec Mancipi*

El derecho romano en los períodos antiguo y clásico clasificaba a las cosas en *Mancipi* y *nec Mancipi* en función de si eran susceptibles de ser adquiridas por la *Mancipatio*.

Las *Mancipi* eran las cosas más importantes para el grupo social por ser las de mayor relevancia económica de acuerdo a la mentalidad agrícola romana³⁶. Explica Petit:

“...para los romanos de los primeros siglos, entregados sobre todo a la agricultura, y cuyas conquistas se limitaban al terreno de Italia, los fundos de tierra de esta comarca, las servidumbres rurales que facilitaban su explotación y los instrumentos de trabajo como los

³⁶ Bonfante sostuvo que las *Mancipi* eran las cosas más valiosas para una comunidad agrícola como la romana (*Res Mancipi e nec Mancipi*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1888-89). En el mismo sentido se pronunció Gayo, al calificarlas como “cosas preciosas” (I, 192). El criterio económico fue desechado por De Visscher, quien apreció que el distingo se fundamenta en el instituto de la *Mancipium* y el *imperium* que ejercía el *paterfamilias* (“*Mancipium et res Mancipi*”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, 1936, pp. 263 y ss.)

esclavos, y los animales de carga y de tiro, eran los elementos más importantes de la fortuna privada”³⁷.

Se sistematizó a las cosas *mancipi* en cuatro categorías: a) los fundos y las construcciones itálicas; b) las servidumbres rústicas: de paso y de acueducto; c) los esclavos; y d) los animales que se pueden domar por el cuello o por el lomo: ascos, mulas, bueyes y caballos³⁸.

Las restantes cosas se calificaban como *nec Mancipi*. Así, los fundos provinciales³⁹, las bestias feroces (osos, leones) y los animales asimilados a ellas (elefantes y camellos), sin importar si podían ser domados por el cuello o por el lomo⁴⁰.

La gravitación de esta clasificación residía en que mientras las *res nec Mancipi* se transmitían por la simple tradición, las *res Mancipi* requerían que los otorgantes desplegaran la *mancipatio* o la *in iure cessio*. El distingo, de gran relevancia en los derechos antiguo y clásico, fue suprimido en el año 531 por Justiniano⁴¹,

³⁷ PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, traducido de la novena edición francesa por José Ferrández González, Albatros, Buenos Aires, 1961, §141, p. 234.

³⁸ ULPIANO, R. 19,1. Véase *Las reglas de Ulpiano*, texto latino-español, con un estudio introductorio y notas explicativas de Julio César Navarro Villegas, CreateSpace Independent Publishing Platform, Estados Unidos de Norteamérica, 2015, p. 120; GAYO, *Institutas*, traducción de Alfredo Di Pietro, 5° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, II 14a., pp. 202-203.

³⁹ GAYO, *Institutas*, cit., II 14a., pp. 202-203.

⁴⁰ GAYO, *Institutas*, cit., II 16, p. 205.

⁴¹ JUSTINIANO, C.7.31.1. Concretamente, afirmó Justiniano: “...es anticuado que las cosas se dividan en *mancipi* y *nec Mancipi*, y con razón debe abolirse, á fin de que para todas las cosas y lugares haya análoga disposición, quedando suprimidas las inútiles ambigüedades y diferencias”. Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, con las variaciones de D. Ildefonso L. García del Corral, Segunda Parte Código, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1885, pp. 223-224. Edición facsímil numerada editada por Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1988.

quién erigió a la tradición como el único modo de transmisión del dominio.

1.2 Diversos modos de transmisión

1.2.1 *Mancipatio*

El origen de la *mancipatio* como negocio jurídico romano que producía la traslación del dominio es incierto, aunque su regulación en la Ley de las XII Tablas conduce a ubicarlo temporalmente, al menos, con anterioridad a la publicación de esta norma, que se produjo a mediados del siglo V a.C.⁴².

Gayo describe a la *mancipatio* como una suerte de venta imaginaria que se llevaba a cabo solemnemente a partir del siguiente ritual:

“...en presencia de no menos de cinco testigos ciudadanos Romanos púberes y de un otro de la misma condición que debe sostener la balanza de bronce y es llamado ‘libripens’, aquel que recibe ‘in mancipio’, teniendo la cosa dice: ‘AFIRMO QUE ESTE ESCLAVO ES MÍO DE ACUERDO CON EL DERECHO DE LOS QUIRITES Y QUE ME LO HE COMPRADO CON ESTE COBRE Y ESTA BALANZA DE BRONCE (...). Luego, golpea con el cobre la balanza y se lo da a aquel de quien recibe ‘in mancipio’, como si fuera el precio”⁴³.

La versión originaria de este procedimiento se presentó en una época en la que el dinero romano estaba representado por lingotes de cobre, cuyo valor estaba dado por su peso, y no por la moneda. De allí que se descarte que la balanza se hubiera empleado como símbolo de la Justicia⁴⁴.

⁴² VARELA GIL, Carlos, “El origen de la *mancipatio*: de medio de publicidad dominical a modo de adquirir la propiedad”, *Revista General de Derecho Romano*, N° 9, 2007, p. 8.

⁴³ GAYO, *Institutas*, cit., I 119, p. 128.

⁴⁴ DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996, § 236, p. 124.

Ya en la época clásica, con la aparición de la moneda, el dinero que representaba el precio de la compraventa no debía figurar en el acto mismo, sino solamente a título simbólico; bastaba una sola moneda⁴⁵.

Se advierte que el acto era fundamentalmente desarrollado por el adquirente de la cosa. La actitud del transmitente era pasiva, ya que –si bien debía estar presente– únicamente debía dar su *auctoritas*, que implicaba asentir lo afirmado por el adquirente y garantizar el dominio de la cosa y su existencia⁴⁶.

Satisfechas las exigencias rituales, se transmitía el dominio de la cosa y el adquirente quedaba resguardado por la *actio auctoritatis* y la *actio de modo agri*, que se fundaban en la *auctoritas* otorgada por el enajenante.

En el supuesto de que un tercero fuera judicialmente reconocido como titular del derecho sobre la cosa transmitida, el adquirente podía reclamar al enajenante el doble del precio pagado (*actio auctoritatis*). Si el inmueble enajenado no tenía la extensión informada, el transmitente debía indemnizar al adquirente por la superficie omitida (*actio de modo agri*).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la *mancipatio*, se trataba de un acto jurídico que –además de requerir de las solemnidades descriptas– era abstracto⁴⁷, pues prescindía de la naturaleza y eficacia del negocio causal en virtud del cual se

⁴⁵ D'ORS, *Derecho privado romano*, 8ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, §163, p. 215.

⁴⁶ ELGUERA, Eduardo A. y RUSSOMANNO, Mario C, *Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, §23, p. 92.

⁴⁷ Señala D'ors: "...el precio real podía existir, al margen de la *mancipatio*, y podía faltar, con lo que la *mancipación* dejó de ser una compra real para convertirse en una forma de adquirir la propiedad por cualquier causa (pago, donación, etc.), es decir, en un acto «abstracto»" (D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., §163, p. 215).

realizaba. Debía ser puro y simple, ya que no aceptaba la introducción de modalidades.

La exigencia de la presencia de los cinco testigos en el otorgamiento del acto cumplía una función meramente publicitaria, orientada a dar a conocer a la comunidad el cambio de titularidad producido⁴⁸.

1.2.2 *In iure cessio*

La *in iure cessio* servía para transmitir el dominio tanto sobre las *res Mancipi* como de las *res nec Mancipi* y el procedimiento requería de la intervención de un magistrado. Por esta circunstancia, no era frecuente su utilización, salvo para aquellos derechos reales que no podían constituirse por la *Mancipatio*: usufructo, uso y servidumbres prediales urbanas.

Las formalidades del acto son relatadas por Gayo de la siguiente manera:

“... ante el magistrado del *populus Romanus*, por ejemplo ante el pretor (o ante el gobernador de provincia) aquel a quien la cosa es cedida *in iure*, teniendo la cosa en la mano dice así: ‘YO DIGO QUE ESTE ESCLAVO ES MÍO DE ACUERDO CON EL DERECHO DE LOS QUIRITES’ (...). En seguida, después que éste ha hecho su *uindicatio*, el pretor pregunta a aquel que cede si hace la *contrauindicatio*; si él niega o calla, el pretor efectúa la *addictio* de la cosa a aquel que ha hecho *uindicatio*”⁴⁹.

⁴⁸ “En un principio se pensó que los cinco testigos tenían un decidido carácter simbólico, en cuanto a que representarían las cinco clases del *populus* resultantes del primitivo censo del *rex Servio Tullio* (...). Ello aparecería desvirtuado por el giro empleado por Gaius, ya que al decir ‘*no menos de cinco testigos*’ (cfme. I, 113 y III, 174) está admitiendo la posibilidad, por lo menos en su época, de que haya más, lo cual no se acomodaría del todo al simbolismo propuesto...” (DI PIETRO, Alfredo, “Evolución histórica de la publicidad inmobiliaria”, en *Curso de derecho registral inmobiliario*, organizado por Alberto D. Molinario, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1971, p. 72, en nota 108).

⁴⁹ GAYO, *Institutas*, cit., II 24, p. 211.

Girard explica que la *in iure cessio*, al igual que la *mancipatio*, era una venta imaginaria, pero que se diferenciaba de esta última en que no generaba el nacimiento de las *actios auctoritatis* y *de modo agri*⁵⁰.

Se postula que era un negocio jurídico abstracto, pues en el rito no se mencionaba la causa de la cesión, y que la función publicitaria era aún más eficaz que en la *mancipatio*, en razón de la intervención del magistrado⁵¹.

Al igual que la *mancipatio*, este modo de transmisión desaparece en la compilación de Justiniano, aunque se piensa que luego de Dioclesiano cayó en desuso⁵².

1.2.3 Tradición

1.2.3.1 Concepto

La tradición consistía en el acto en virtud del cual el *tradens* le otorgaba la posesión de una cosa al *accipiens*. Se procuraba que el *accipiens* adquiriera el control efectivo de la cosa, para lo cual el *tradens* podía asumir un rol activo, entregándola, o bien pasivo, dejando que el *accipiens* la tome. Lo gravitante del instituto era el resultado del acto y no la actividad del *tradens*⁵³.

⁵⁰ GIRAD, Paul F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Arthur Rousseau Éditeur, París, 1898, pp. 285-286.

⁵¹ JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho privado romano*, 2º edición, traducción a cargo de L. Prieto Castro, Editorial Labor, Barcelona, 1937, §71, p. 181, en nota 5.

⁵² ELGUERA Y RUSSOMANNO, *Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano*, cit., §25, p. 94.

⁵³ D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., §169, p. 221.

1.2.3.2 Requisitos configurativos

Para que el traspaso posesorio implicara la transmisión del derecho real de dominio, era menester la concurrencia de ciertos extremos.

En primer lugar, se requería que el *tradens* fuera el dueño de la cosa, en virtud del principio del *nemo plus iuris* que proclama que nadie puede transmitir a otro más derecho que aquel que tiene⁵⁴. El *tradens* también debía tener el derecho a enajenar la cosa⁵⁵.

Además, en principio, se requería la entrega material de la cosa. Sin embargo, se presentaban supuestos en los cuales esta exigencia se relativizaba⁵⁶.

Por último, la tradición debía tener apoyatura jurídica en una *iusta causa traditionis*, esto es una causa jurídica eficaz para que se pueda transmitir el dominio de una cosa. Eran justas causas para adquirir: el dar en préstamo (*credere*); el dar en pago de una obligación (*solvere*); el tener como comprado (*emere*); el dar sin contraprestación (*donare*); el dotar a una mujer dando al marido (*dotem dare*)⁵⁷.

⁵⁴ ULPIANO, D. 50.17.54.: “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*” (“nadie puede transferir á otro más derecho que el que él mismo tenga”). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, p. 949.

⁵⁵ Así, se alude al caso citado por Gayo (2.63), según el cual el marido podía ser titular de un fundo dotal pero la *lex Iulia* le prohibía cederlo sin el consentimiento de la mujer (DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, cit., § 238, p. 126).

⁵⁶ Véase Cap. I, §1.2.3.4

⁵⁷ Véase D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 170, pp. 224-225.

1.2.3.3 Polémica acerca del carácter causal o abstracto de la tradición en el *Corpus iuris civile*

En la Compilación de Justiniano se advierten pasajes que presentan a la justa causa como un negocio jurídico precedente y causal de la tradición, pero también se encuentran fragmentos que contribuyen con la idea de concebir a la tradición como un negocio jurídico abstracto. Este problema se ve acrecentado por la circunstancia de que los compiladores introdujeron textos que aludían a la *mancipatio* y a la *in iure cessio*, sustituyéndolos por el vocablo *traditio*⁵⁸.

Por esa contradicción de fuentes, la doctrina controvierte acerca de los verdaderos alcances del instituto.

En las Institutas de Gayo luce con claridad el carácter causal de la tradición.

“Así, si a ti te hago la *traditio* de un vestido, o de oro, o de plata, sea a título de venta o de donación o por cualquiera otra causa, la cosa es inmediatamente tuya, siempre y cuando que yo sea el dueño de ella”⁵⁹.

También en un conocido pasaje de Paulo aparece la referencia a la causa:

“La nuda tradición nunca transfiere el dominio sino si hubiere precedido venta, ó alguna justa causa por la cual siguiese la entrega”⁶⁰.

Además, en las Reglas de Ulpiano se lee:

⁵⁸ Es conveniente recordar que tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio* eran indiscutidos actos abstractos de transmisión.

⁵⁹ GAYO, *Institutas*, cit., II 20, p. 208.

⁶⁰ PAULO, D. 41.1.31 (“*Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*”). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, p. 310.

“La tradición es la enajenación propia de las cosas no mancipables. El dominio de estas cosas lo adquirimos por obra de la misma tradición; conviene saber: si nos han sido entregadas por una justa causa”⁶¹.

Los partidarios de la tradición como negocio abstracto se apoyan fundamentalmente en un pasaje de Juliano, el que no hace referencia a la “justa causa”, sino a la “intención de transmitir” del *tradens*.

“Cuando convenimos ciertamente respecto á la cosa que se entrega, pero disentimos en cuanto á las causas, no advierto porqué sea ineficaz la entrega; por ejemplo, si yo creyera que estaba obligado en virtud de un testamento á entregarte un fundo, y tú estimases que se te debía en virtud de estipulación; porque también si yo te entregase por vía de donación dinero contante y tu lo recibieses como acreditado, es sabido que pasa á ti la propiedad, y que no es impedimento que hayamos disentido respecto á la causa de dar y de recibir”⁶².

⁶¹ ULPIANO, Reglas, 19.3.7: “*Traditio aequae propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum enim rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sint nobis*”. Véase *Las reglas de Ulpiano*, cit., p. 121

⁶² JULIANO, D. 41.1.36 (“*Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*”). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, pp. 310-311. Luce como equívoco un texto de Gayo (D. 41.1.9.3): “También se adquieren por derecho de gentes para nosotros las cosas que se hacen nuestras mediante entrega, porque nada es tan conforme á la equidad natural como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir á otro una cosa suya” (“*Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi*”). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, pp. 303-304.

La conciliación de los textos no es posible y seguramente el texto de Juliano fue intercalado por los compiladores⁶³, sin evaluar las diversas naturalezas jurídicas comprometidas⁶⁴.

Las consecuencias prácticas son variadas.

Si la tradición se concibiera como abstracta, el *accipiens* adquiriría el derecho real aun cuando faltare la causa de la entrega y el *tradens* frustrado únicamente tendría una acción personal contra aquél en virtud del enriquecimiento indebido; obviamente, esta tutela no se proyectaría a los terceros. En cambio, si la tradición se pensara como causal, el *accipiens* no adquiriría el derecho real ante la ausencia de fundamento jurídico, por lo que el *tradens* seguiría siendo el titular del derecho y tendría acción real reivindicatoria para recuperar la cosa entregada, incluso frente a terceros⁶⁵.

1.2.3.4 Sucedáneos de la entrega material

Era habitual que la tradición se cumpliera a través de la entrega material de la cosa. No obstante, existían supuestos donde esto no era posible o era innecesario y la tradición quedaba cumplida a través de actos simbólicos.

a) Cuando dadas las circunstancias no se podía ingresar a la finca, verbigracia si éste estaba anegado, bastaba que el *tradens* indicara con el brazo desde una torre o a la distancia el fundo objeto del acto para que el traspaso posesorio se realizara. Los

⁶³ DASSEN, Julio, "Acto abstracto de enajenación, inscripción y fe pública en el derecho alemán, nociones sumarias", en *Acciones posesorias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, en pp. 80-82, en nota 3.

⁶⁴ BERCOVITZ ALVAREZ, Germán, *Tradicción Instrumental y Posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 31.

⁶⁵ Véase CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Reus, Madrid, 1978, tomo II "Derecho de cosas", vol. I, p. 295.

comentaristas califican a esta variante de la entrega material como *traditio longa manu*⁶⁶.

b) Si el *accipiens* ya tenía el control de la cosa por gozar de la tenencia de la cosa, no era necesario ningún acto material para que adquiriera la posesión. Es el supuesto, por ejemplo, del locatario en la adquisición del dominio sobre la cosa locada. Este sucedáneo de la tradición por actos materiales, se denomina *traditio brevi manu*⁶⁷.

c) En la hipótesis inversa, es decir cuando el *tradens* enajenaba la cosa pero continuaba bajo su poder en calidad de tenedor, tampoco era preciso desplegar ningún acto material. Esta alternativa se conoce con el nombre de *constituto posesorio*⁶⁸.

⁶⁶ CELSO, D. 41.2.18.2: "...si habiendo yo comprado un fundo vecino el vendedor me lo señalara desde mi torre, y dijese que él me entregaba la vácuca posesión, comienzo á poseerlo, no de otra suerte que si yo hubiese puesto el pie dentro de sus linderos" ("*...aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat, vacuumque se possessionem tradere dicat, no minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulisset*"). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, p. 328.

⁶⁷ GAYO, D. 41.1.9.5: "A veces basta para transferir una cosa la nuda voluntad del dueño aun sin la entrega; por ejemplo, si yo te hubiere vendido la cosa que te di en comodato ó en arrendamiento, o que deposité en tu poder; porque aunque yo no te la hubiere entregado por virtud de esta causa, sin embargo, por lo mismo que consiento que esté en tu poder por causa de compra, la hago tuya" ("*Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad ream transferendam; veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi; licet enim ex ea causa tibi eam no tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio*"). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, p. 304.

⁶⁸ HONORIO y TEODOSIO, C.8.54.28: "Entiéndase que cualquiera que al donar ó al dar en dote ó al vender alguna cosa hubiere retenido su usufructo, la entregó inmediatamente, aunque no lo hubiere estipulado, y no se requiera nada más para que se considere hecha la tradición, sino que en estos casos sea absolutamente lo mismo retener el usufructo que hacer la entrega de la cosa" ("*Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendende usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo*").

d) En ese tránsito a la denominada “espiritualización de la tradición”, y bajo la influencia de los pueblos orientales, se incorporó al Derecho romano la denominada *traditio per chartam* o *traditio instrumenti* mediante la cual la transmisión del dominio se operaba con la del instrumento que recogía el negocio jurídico con finalidad traslativa. Aparece por primera vez en una Constitución de Severo y Caracalla del año 210⁶⁹.

1.2.3.5 *Quid* de la función publicitaria de la tradición

Es habitual que se señale que la tradición en Roma cumplía una función publicitaria, poniendo el énfasis en que ello era posible en virtud de la pequeña población que tenía esa comunidad⁷⁰. Con esa óptica, señala Borda al hacer tema con la

iden sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere”) Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Segunda Parte Código, p. 402.

⁶⁹ C.8.53.1. Se aludía a que era suficiente la entrega del título de donación de los esclavos para considerarse efectuada la tradición. Se dice que “...ese texto parece interpolado y si no sería una resolución excepcional, pues la doctrina clásica resultante de diversos pasajes exige la entrega material, y posteriormente una Constitución de Teodosio del año 394 determina expresamente que para que se efectúe la transferencia del dominio es imprescindible la entrega material...” (ELGUERA, Eduardo A. y RUSSOMANNO, Mario C, *Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano*, cit., p. 103, en nota 108).

⁷⁰ En la doctrina nacional: MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil*, Félix Lajouane editor, Buenos Aires, 1898, tomo II, §189, p. 278, en glosa al art. 577; LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, 2º edición, con la colaboración especial de Ignacio E. Alterini, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010, tomo II, §644, p. 243; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, 4º edición, actualizada por Sofanor Novillo Corvalán, TEA, Buenos Aires, 1952, tomo II, §890, p. 224; SIPERMAN, Arnoldo, *La tradición traslativa del dominio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, §4, p. 13-14; ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, pp. 220 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3º edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982, tomo II-A, §791, pp. 73-74; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, tomo I, §354 bis, p. 299; CLERC, Carlos M., *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*, Ábaco, Buenos Aires, 1982, pp. 179 y 180; PAPANÓ, Ricardo J.; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A.; y CAUSSE, Jorge R.; *Derechos reales*, 3º edición, Astrea, Buenos Aires, 2012, tomo 1, p. 234; MOLINA QUIROGA,

anotación de Vélez Sarsfield al art. 577 del Código Civil derogado⁷¹:

“La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el Derecho Romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitró esta forma de publicidad que es la entrega efectiva de la cosa”.

“En pequeñas comunidades el sistema funciona bien y la tradición es un medio efectivo de poner en conocimiento de la sociedad la transmisión hecha por las partes. Pero en las sociedades modernas, densamente pobladas y complejas, evidentemente este sistema resulta insuficiente”⁷².

Sin perjuicio de la extendida postura doctrinal que afirma que la tradición en el Derecho romano alcanzó efectos publicitarios, coincido con quienes piensan que ella no estuvo dirigida a satisfacer tal cometido⁷³.

Eduardo, “La registración como modo de adquisición del dominio”, *La Ley*, 2012-A, p. 1021; ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Inscripción registral inmobiliaria: ¿constitutiva o declarativa?”, *La Ley*, 2012-A, p. 807.

⁷¹ En la glosa al art. 577 el codificador clásico, citó la siguiente reflexión de Freitas: “Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, 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”; y agregó: “Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron”.

⁷² BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo I, §354 bis, p. 299.

⁷³ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §222 bis; “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y

Se explica que la incuestionable función publicitaria que desarrollaba la *mancipatio*, revelaba el sentido de la oposición entre las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*. Las transmisiones de estas últimas –las menos relevantes en la consideración del romano⁷⁴– no debían ser publicitadas y ellas se producían a través de la mera entrega material; en otras palabras, la tradición no procuraba publicitar la mutación jurídico real.

La tradición nunca pudo significar un medio publicitario de las transmisiones de derechos reales y quienes así lo afirman parten de un dato fáctico inexacto consistente en que Roma tuvo una población escasa. Aunque no existe uniformidad de criterio acerca de cuántas personas habitaron en Roma, no es posible afirmar que ellas hayan sido pocas. Los estudios sobre la temática son dispares, pero demuestran que no se trataba de una comunidad pequeña⁷⁵.

al concepto de terceros”, *ED* 43, p. 1181 y en “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, aporte de la Delegación Argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974), editado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974; también publicado en “Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral”, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, T.II, Madrid, pp. 75 y ss. y en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, N° 120, 3ª Serie, Santa Fe, 1978; RUSSOMANNO, Mario C., “Adquisición y transmisión de derechos reales sobre inmuebles”, *JA* 1971, p. 571; GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pp. 374-375; CUENA CASAS, Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 279; BERCOVITZ ALVAREZ, Germán, *Tradicón Instrumental y Posesión*, cit., pp. 62 y ss.; HUERTA TRÓLEZ, Antonio, en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel, coeditado por el Consejo General del Notariado y Civitas, Madrid, 2002, tomo II, vol. 1º, p. 144.

⁷⁴ Véase Cap. I, §1.1.

⁷⁵ Véase BRUNO, Rafael J., “Contribución al Estudio de la Historia de Roma”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año 29, N° 1-4 Marzo-Junio, 1942 p. 60: “Sobre la población de Roma las opiniones no coinciden; hay quien le

Si bien se mira que la tradición no significó un vehículo para publicitar las mutaciones jurídico reales en Roma, si se pusiera el foco ya no en la entrega material de la cosa, sino en la relación que ella determina entre una persona y el objeto, se advertiría que esa relación real (posesión) sí sería una canal para que los terceros puedan conocer la existencia de la traslación del derecho. Me refiero a la publicidad posesoria.

“La tradición era probablemente extraña a una centralidad publicitaria, e importaría olvidar la lucidez de los romanos (...)”.

“Es persuasivo razonar que la publicidad silenciada debió ser la posesoria, que por su potencialidad a esos efectos, enraizada con la naturaleza de las cosas, no hacía menester una consagración explícita en ese carácter, que por lo demás habría estado alejada de la vocación pragmática de los juristas romanos, a los que no les atraían las proclamas teóricas y genéricas”⁷⁶.

López Burniol aprecia que si la “entrega” de la posesión generaba una publicidad de la mutación jurídico-real “era algo

asigna hasta catorce millones, los más moderados se limitan a cuatro. Sin embargo, sabemos que, por consideraciones religiosas, la ciudad se extendía muy poco afuera de la explanada de la primitiva; y que aun después de la ampliación de Aureliano, no era más vasta de la odierna comprendida en un perímetro de 18.202 metros. Es cierto también que muchos barrios quedaban afuera del perímetro, que las calles eran por demás angostas, al punto de no poderse salvar de las ruinas, ni prestar socorro en los incendios; se levantaban también las casas a alturas que, en aquel tiempo, se podían llamar fantásticas, aunque Augusto hubiese prohibido de exceder los setenta pies (20 metros, más o menos); pero en el catastro levantado por Teodosio se hallan anotadas 48.382 casas, lo que no nos permite creer en aquella población fantástica, pero tampoco nos ayuda para determinar la verdad (...). En el censo del año 752 cada individuo fue anotado en el lugar de su nacimiento, según el uso establecido en el censo de L. Postumio, y se tuvieron 450.000 habitantes, comprendidos los 100.000 de los suburbios. Varias numeraciones se hicieron de los ciudadanos romanos y de aquellos que en las varias partes del imperio gozaban de la ciudadanía romana, y la primera que se hizo después de la derrota de Antonio el año 726, dió la cifra de 4.173.000 ciudadanos superiores a los 17 años. Esta cifra subió en 746 a 4.223.000”.

⁷⁶ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §222 bis.

sobreañadido, pero no directa y deliberadamente buscado⁷⁷. La publicidad estaba conectada con la posesión y la tradición era una vía de acceso a ella, pero ésta no desplegaba lógicamente ningún efecto exteriorizador.

2 SISTEMAS CAUSALISTAS

2.1 Mutación por el mero consentimiento

La causa de la mutación jurídico real en este sistema es el mero consentimiento, es decir, la integración de las voluntades de los otorgantes del acto jurídico con finalidad traslativa. El andamiaje consensual para las transmisiones de derechos reales fue instaurado por el Código Civil francés de 1804 y luego adoptado por diversos países de derecho continental.

El sistema del *solo consensu* no matiza entre los efectos obligacionales y los reales, pues ambos nacen concomitantemente con la concertación del contrato. El acuerdo de voluntades origina la obligación de entregar la cosa y determina la transmisión del derecho real, lo que difuma la frontera entre el derecho personal y el derecho real⁷⁸.

Por consiguiente, la entrega de la cosa por el *tradens* se presenta como el cumplimiento de una obligación de origen contractual, sin efectos reales, ya que el *accipiens* ya es titular del derecho desde la oportunidad de la conclusión del contrato.

2.1.1 Antecedentes

En el Derecho romano era insuficiente la concertación del contrato para transmitir el dominio, ya que el acuerdo de voluntades se limitaba a establecer relaciones obligatorias entre

⁷⁷ LÓPEZ BURNIOL, Juan J., “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”, op y loc. cit., pto. IV, A), 3.

⁷⁸ Véase CUENA CASAS, Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, cit., p. 89.

las partes. Así, por ejemplo, en una compraventa inmobiliaria el comprador solo se convertía en dueño de la cosa si integraba el acto de transferencia con el modo representado por la tradición⁷⁹.

Sin embargo, con el devenir del tiempo las exigencias atinentes a la tradición como modo de transmisión se fueron flexibilizando, a través de la introducción de sucedáneos que concluían la transferencia⁸⁰.

Explican los Mazeaud que los redactores del Código Civil francés de 1804 no fueron “innovadores” al plasmar la transmisión *solo consensu*, ya que solo confirmaron las soluciones generalmente aceptadas por el antiguo derecho de Francia. Con relación, a esta temática, afirmaron:

“...en vísperas de la Revolución francesa, una gran parte de la doctrina descartaba la necesidad de toda tradición para producir la transmisión de la propiedad (...) la tradición no consistía ya sino en una formalidad simbólica o en una cláusula mendaz agregada al documento...”⁸¹

La estipulación referida se denominaba *dessaisine-saisine* y a través de ella el enajenante manifestaba despojarse de la posesión en favor del adquirente. En las postrimerías de la monarquía francesa –dice Carbonnier– la tradición constituía una exigencia meramente teórica de la que se prescindía en la práctica⁸².

⁷⁹ Véase Cap. I, § 1.2

⁸⁰ Véase Cap. I, § 1.2.3.4

⁸¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen IV, traducción a cargo de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1969, § 1615-1616, pp. 326-329; la transcripción obra en §1616, 329.

⁸² CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, traducción a cargo de Manuel M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1965, tomo II, Vol. I “Situaciones jurídico-reales”, p. 208.

2.1.2 Fundamentos

Grocio⁸³ y Pufendorf⁸⁴, expositores de la escuela de Derecho natural racionalista, plantearon que la necesidad de la tradición para el traspaso de la titularidad del derecho real no se correspondía con exigencias del Derecho natural.

Pufendorf fundamentó su postura en que si la tradición –acto material– se exige para la transmisión de la posesión –poder físico–, es lógico que el consentimiento –acto intelectual– sea suficiente para producir la mutación de la titularidad del derecho sobre la cosa –facultad intelectual–⁸⁵.

El Código Civil francés se sancionó en un momento de movilización social y pretendió que la burguesía accediera a la propiedad de los inmuebles, hasta entonces unidos a la nobleza, el clero y los Ayuntamientos. Bajo ese contexto, el contrato se presentó como el medio más apto para alcanzar ese fin, posibilitando transmisiones libres de obstáculos⁸⁶.

⁸³ GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Reus, Madrid, 1925, tomo II., Lib. II, Cap. 8, §25. Concretamente, expresa: “El último modo de adquirir que se dice del derecho de gentes es por entrega (...) para el traspaso del dominio no se requiere naturalmente la entrega; lo cual -reconocen también los jurisconsultos en algunos casos, como en la cosa dada, retenido el usufructo, o conferida a aquel que la posea o la guarde prestada, como en los proyectiles arrojados; y aun también antes de tomada posesión en algunos casos pasa también ahora el dominio, como de la herencia, de los legados, de la cosa dada a las iglesias y lugares piadosos, o a las ciudades o por causa de alimentos, de los bienes de los cuales se contrajo sociedad universal” (en pp-140-141).

⁸⁴ PUFENDORF, Samuel, *Le droit de la nature et des genes*, traducción del original latino al francés por Jean Barbeyrac, Henri Schelte, Amsterdam, 1706, Lib. IV, Cap. 9, §8.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Véase NAVARRO CASTRO, Miguel, *La tradición instrumental*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 29-30.

En última instancia, la transmisión *solo consensu* deja traslucir “...un sentimiento individualista de la exaltación de la libertad humana...⁸⁷”.

2.1.3 Modelos

2.1.3.1 Francia

2.1.3.1.1 Oportunidad de la transmisión

Las normas basilares del Código Civil francés de 1804 eran el art. 711 que establecía: “La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación inter vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones”; el art. 1138 que reglaba: “La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes. Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de éste último”; y el art. 1583 disponía: “Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado”.

En la reforma de año 2016 se mantiene la estructura del sistema e incluso se reproducen literalmente los arts. 711 y 1583. Paralelamente, la primera oración del nuevo art. 1196 predica: “En los contratos de enajenación de la propiedad o en la cesión de otro derecho, la transferencia opera con la conclusión del contrato”.

⁸⁷ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, cit., tomo II, Vol. I “Situaciones jurídico-reales”, p. 208.

De los preceptos transcritos se extrae la idea de que la mutación jurídico real es provocada exclusivamente por la fuerza del contrato, en la ocasión de su perfeccionamiento.

2.1.3.1.2 Excepción proveniente de la voluntad de las partes

Durante la vigencia del Código de Napoleón la doctrina autoral francesa coincidía en señalar que las partes podían demorar la transferencia, a través de la inserción de la denominada “cláusula de reserva de propiedad” en el contrato traslativo⁸⁸.

Se afirmaba que esta posibilidad se fundaba en que si el efecto real del contrato se basaba en la voluntad de las partes, era lógico que éstas lo puedan modificar, postergando la mutación jurídico real⁸⁹.

Ese sentir encontró recepción en la segunda afirmación del art. 1196 del Código reformado: “Esta transferencia puede ser diferida por la voluntad de las partes, la naturaleza de las cosas o por efecto de la ley”.

2.1.3.1.3 Transferencia de los riesgos

Tanto el art. 1138 del Código Civil francés clásico, como el art. 1196 del vigente, instituyen la regla romana *res perit et crescit domino*, según la cual la cosa perece y aumenta para su dueño. Sin embargo, la razón de ser de la pauta es distinta, pues no se exige la tradición de la cosa para convertirse en titular de un derecho real.

⁸⁸ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducido por Delia García Daireux y supervisado por Jorge Joaquín Llambías, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo VI, §2450, pp. 203-204.

⁸⁹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen IV, cit., §1618, p. 331.

En otras palabras, el titular deberá soportar los riesgos derivados de la cosa sin importar si se ha realizado la tradición de la cosa. El dueño será responsable de los daños que la cosa pudiese padecer y aun ocasionar a terceros, incluso cuando no haya entablado un contacto físico con la ella⁹⁰.

2.1.3.2 República Dominicana

El Código Civil de la República Dominicana de 1845 es una traducción del Código Civil francés de 1804, motivo por el cual se reproducen las normas ya abordadas.

2.1.3.3 Costa Rica

El Código Civil de Costa Rica de 1888 regula en el art. 480: “La propiedad de muebles é inmuebles se trasmite con relación a las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto trasmitirla, independientemente de su inscripción en el registro y de la tradición”.

2.1.3.4 Japón

El Código Civil japonés de 1898 menta en su art. 176, bajo el epígrafe “Constitución y transmisión de los derechos reales”, que: “Los derechos reales se constituyen o se transmiten por simple declaración de voluntad”.

2.1.3.5 México

El Código Civil de México de 1928 prevé en el art. 2014: “En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público”.

⁹⁰ Véase Cap. III, §3.4.3.2

Villegas, desde el derecho mexicano, acepta la filiación francesa de la norma y afirma:

“...el contrato es un medio eficaz para la transmisión del dominio por sí sólo, respecto de cosa ciertas y determinadas; es decir, la propiedad se transfiere como consecuencia directa e inmediata del contrato...”⁹¹.

2.1.3.6 Italia

El art. 1376 del Código italiano de 1942 acoge el sistema consensualista para las transmisiones de derechos sobre las cosas y, bajo la rúbrica “Contrato con efectos reales”, regla: “En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado”.

Sin embargo, el *Codice* regula diversos supuestos en donde el contrato solo contiene efectos obligatorios. Esto sucede, por ejemplo, en las ventas de cosas ajenas, futuras o genéricas.

Con la relación a la venta de cosas ajenas, el ordenamiento italiano se aparta de la regulación francesa⁹² y la autoriza. En esta hipótesis, el vendedor se obliga a procurar la adquisición de ella al comprador (art. 1478)⁹³.

⁹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 4ª edición, Porrúa, D.F., 1976, tomo III “Bienes, Derechos reales y posesión”, p. 310.

⁹² Es categórico el art. 1599 del Código Civil francés, al regula que: “La venta de la cosa ajena será nula: podrá dar lugar a indemnización por daños e intereses cuando el comprador ignorara que la cosa fuera de otro”.

⁹³ Se explica que: “Quien estipula un contrato para adquirir un bien ajeno debe por tanto adquirir tal propiedad en un momento posterior al de la conclusión de dicho contrato, aunque este último haya de considerarse perfecto; tal adquisición, de hecho, tendrá lugar (por otra parte, de modo automático) sólo cuando la parte enajenante haya hecho entrar el bien en cuestión en su propia esfera jurídica. Además, si el vendedor no consiguiese adquirir el bien vendido,

Barbero previene al intérprete y excluye de las ventas con efectos obligatorios a las realizadas bajo condición suspensiva y con reserva de propiedad. En el primer caso, porque la condición es un requisito de eficacia incluso obligatoria; y en el otro, ya que el pago del precio es una *condicio iuris* del traspaso de titularidad (art. 1523) y su insatisfacción en la medida de que supere la octava parte del precio, posibilita la acción de resolución del contrato (art. 1525).⁹⁴

Se advierte con claridad la influencia del *Codice* en las codificaciones de Portugal, Bolivia, Venezuela, Perú y Paraguay.

2.1.3.7 Portugal

El Código Civil portugués de 1967 norma sobre “contratos con eficacia real” en el art. 408. El primer apartado de esta norma expresa: “La constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se produce por el solo efecto del contrato, salvo las excepciones previstas por la ley”.

2.1.3.8 Bolivia

El Código Civil boliviano de 1975 establece en el art. 521: “En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tiene lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles” .

será responsable de incumplimiento en relación con el adquirente” (LIVIAM GRAZIANA ROCCA, Magda María, “Compraventa con efectos reales, compraventa con efectos obligatorios, compraventa por unidad y por medida en el derecho civil italiano : algunos aspectos a la luz de sus orígenes romanísticos”, *Revista de Derecho UNED*, N° 3, 2008, p. 325)

⁹⁴ BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, EJEA, Buenos Aires, 1967, tomo IV “Contratos”, § 733, pp. 12-13.

2.1.3.9 Venezuela

El Código Civil venezolano de 1982 apunta en el art. 1161: “En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado”.

2.1.3.10 Perú

El Código Civil peruano de 1984 dispone en el art. 949: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”; en cambio, para las cosas muebles es menester realizar la tradición (art. 947)⁹⁵.

2.1.3.11 Paraguay

El Código Civil de Paraguay de 1987 prevé en el art. 716: “Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derecho reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente”; insiste en esa idea en el art. 1968: “La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos de dominio están sujetos a la toma de razón en el Registro”.

2.1.3.12 Quebec

El Código Civil de Quebec de 1994 regla en el art. 1453: “La transferencia de un derecho real sobre un bien individualizado, o sobre varios bienes considerados como una universalidad, hace al

⁹⁵ Art. 947: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

adquirente titular desde la formación del contrato, aunque la entrega no haya tenido lugar inmediatamente y que una operación pueda ser necesaria para la determinación del precio. La transferencia sobre un bien determinado en cuanto a su especie solamente hace al adquirente titular, desde que él ha sido informado desde la individualización del bien”; y el art. 1455 preceptúa: “La transferencia de un derecho real sobre un bien inmueble no es oponible a los terceros más que según las reglas relativas a la publicidad de los derechos”.

2.2 Mutación por la concurrencia de concausas: la teoría del título y el modo

2.2.1 Origen, sistematización y ámbito

La teoría del título y el modo encuentra sus raíces más profundas la *traditio* del Derecho romano⁹⁶. Sin embargo, los romanos no avanzaron en su sistematización, lo que ocurrió recién a partir de la Edad Media.

Las Partidas recogieron la idea romana y la manifestaron del siguiente modo:

“Apoderan unos homes a otros en sus cosas, vendiendogelas o donandogelas en dote o en otra manera o cambiandogelas o por alguna otra derecha razón”⁹⁷.

En la formulación de la teoría se advierte la influencia de la filosofía aristotélica a través de la aplicación de las categorías de causa remota y causa próxima. De este modo, se señala el tránsito

⁹⁶ Véase Cap. I, §1.2.3

⁹⁷ ALFONSO EL SABIO, *Las siete partidas*, glosadas por Gregorio López, Lecointe y Lasserre, Editores, Paris, 1843, tomo II, Partida 3^o, Título 28, Ley 46, pp. 882-883. Luego, en la glosa a esa regla, se enfatiza en la naturaleza del modo de adquirir, al decir: “*acquiritur dominium traditione rel ex titulo habili, vel fide habita de eo*”.

de la “posibilidad” de la transmisión (título) a su “efectividad” (modo)⁹⁸.

Johann Apello, en su recordada obra *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcommodata*, fue el primero en trazar una nítida separación conceptual entre el título y el modo. Apunta que el dominio es algo perfecto y que la obligación es imperfecta. Asevera que no hay nada en común entre el modo de adquirir y la obligación, sin perjuicio de que el contrato es con frecuencia la causa de la *traditio*. Concluye que el contrato es la causa remota del dominio y que la tradición es la causa próxima⁹⁹.

Luego en el siglo XVIII, Heineccio –al hacer tema el *ius ad rem*¹⁰⁰– convoca a no confundir el título con el modo, pues en su pensar “...distan tanto como el cielo de la tierra”. Explica que la transmisión del dominio tiene dos causas; una próxima, que la denomina “modo de adquirir”; y otra remota, que la llama “título”. Refiere que sus efectos son distintos: con el título se adquiere un *ius ad rem* (derecho a la cosa); en cambio, con el modo, se adquiere un *ius in re* (derecho sobre la cosa). Sin embargo, aclara que “...ni el título basta sin la tradición, ni esta sin aquel; axioma que reina en todo el Derecho, y debe grabarse en la memoria”¹⁰¹.

La teoría así presentada lleva ineludiblemente a considerar que el título precede al modo. Sin embargo, esto no se traslada a todos los ordenamientos jurídicos que adoptan este sistema. Por consiguiente, pienso que no es adecuado aludir al título como posibilidad (causa remota) y al modo como efectividad (causa

⁹⁸ Véase SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, tomo II “Derecho de las cosas”, p. 175.

⁹⁹ APELLO, Johanne, *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcommodata*, Fridericum Peypus, Nuremberg, 1535, Cap. III.

¹⁰⁰ Véase Cap. IV, §1.7.2

¹⁰¹ HEINECCIO, J. Gottl., *Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta*, traducción de Luis d. Collántes, 2ª edición, Librería de Don Vicente Salva, Paris, 1847, Lib. II, Título I, §CCXXXIX pp. 27-28.

próxima), pues en ciertas legislaciones el título puede ser temporalmente posterior al modo¹⁰².

Por otra parte, la exigencia del título y el modo no tiene un alcance tan generalizado como se piensa, pues su ámbito de actuación se encuentra limitado a las adquisiciones derivadas por acto entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión¹⁰³.

2.2.2 Diversas caracterizaciones del modo

2.2.2.1 El modo es la tradición por actos materiales

2.2.2.1.1 Prusia

El Código prusiano de 1794 que rigió hasta la entrada en vigencia del Código Civil alemán fue un enérgico exponente de la teoría del título y del modo, donde éste es la tradición por actos materiales.

Así, en materia de compraventa –en el Título X, Parte 1º, 1– disponía que “la adquisición de la propiedad no se perfecciona sino por la tradición real, emanada del vendedor, o de la autoridad judicial”; al regular a la donación –Título XI, Parte 1º, 1037– establecía: “Donación es el contrato en que uno se obliga a ceder gratuitamente a otro la propiedad de una cosa o de un derecho. La propiedad proveniente de las donaciones solamente se adquiere por la tradición”; en el ámbito de la prenda, postulaba que “la tradición simbólica solo tiene lugar en las cosas que no son susceptibles de entregarse, y no puede hacerse sino por escritura” (Título XX, Parte 1º, 271 al 217)¹⁰⁴.

¹⁰² Véase Cap. IV, §5.5

¹⁰³ Véase Cap. IV, §5.3

¹⁰⁴ Véase DE SAINT-JOSEPH, Anthoine M., *Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros*, traducción a cargo de D. F. Verlanga Guerta y D. Muñoz Miranda, Madrid, 2º edición, Imprenta de D. Antonio Yenes, 1847, pp. 74, 130 y 173,

2.2.2.1.2 Argentina

Vélez Sarsfield, siguiendo las enseñanzas del Derecho romano, plasmó en el art. 577 del Código Civil de 1871 la base del sistema: “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”¹⁰⁵. A su vez, el art. 2601 rezaba: “La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio”.

La tradición debía ser exteriorizada a través de actos materiales de ambas partes, del que entregaba la cosa con “asentimiento” del que la recibía, o del que la recibía con el “asentimiento” de quien la entregaba (arts. 2379, 2380 y 2384), pues descartaba la virtualidad de la declaración de desposesión (art. 2379), al menos ante terceros. Además, se exigía –siguiendo al art. 3820 del Esbozo de Freitas– que la posesión sea vacua, es decir, libre “de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome” (art. 2383).

En el Código Civil y Comercial se reproducen esas reglas, sin perjuicio de que –como ya se dijo– la idea original de los miembros de la comisión redactora era la de instaurar la inscripción constitutiva como modo para todas las cosas registrables¹⁰⁶.

Así, el art. 750 del Código Civil y Comercial establece que “el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición...”; el art. 1892 exige la concurrencia de título y modo

¹⁰⁵ Vélez Sarsfield sostuvo, en la nota a esa norma, con relación al sistema instaurado por el Código francés: “Las cosas que se conviene transmitir es posible que no sean transmitidas, y la misma cosa puede ser vendida a dos personas diferentes. Si el contrato es suficiente, independiente de cualquier manifestación exterior de la transferencia del dominio, el segundo comprador podría de buena fe, transmitir también la cosa, que así irá sucesivamente pasando a otros. Tenemos entonces un choque de derechos, una colisión donde por un lado se presenta el interés de uno solo, y por el otro los intereses de muchos. ¿Se puede y debe ser indiferente a la constante incertidumbre del derecho de propiedad, al fundamento de todas las relaciones civiles? Si este mal no puede ser evitado del todo ¿no convendrá evitarlo lo más que sea posible?”.

¹⁰⁶ Véase Introducción, §3

suficientes para la transmisión por acto entre vivos y califica a la tradición posesoria como modo suficiente para transmitir derechos reales que se ejercen por la posesión; el art. 1924, que define a la tradición, exige que debe manifestarse por actos materiales de al menos una de las partes y no le confiere efectos a la declaración de desposesión; y el art. 1926 impone el requisito de la vacuidad de la relación real¹⁰⁷.

2.2.2.1.3 Uruguay

Es incuestionable la influencia que tuvo en esta temática la obra de Vélez Sarsfield sobre el Código Civil uruguayo, que fuera promulgado el 23 de enero de 1868 y que entrara en vigencia el 1° de enero de 1869. Si bien el Código Civil velezano fue posterior, su repercusión en el cuerpo legal uruguayo se produjo cuando todavía era un proyecto.

En varios pasajes del informe presentado por la comisión revisora del trabajo de Tristán Narvaja se alude al proyecto de Código de Vélez¹⁰⁸. Así, cuando se refiere a las fuentes utilizadas, se dice:

“Los códigos de Europa, los de América, y con especialidad el justamente elogiado de Chile, los más sabios comentadores del Código Napoleón, el Proyecto del doctor Acevedo, el del señor Goyena, el del señor Freitas, el del doctor Vélez Sarsfield han sido

¹⁰⁷ Para un análisis del sistema de transmisión inmobiliaria en el Código Civil y Comercial, véase Capítulo V.

¹⁰⁸ “Es indudable que el trabajo de Tristán Narvaja y de la comisión revisora se vio facilitado por la preexistencia del proyecto de Código Civil de 1852 debido a Eduardo Acevedo. No debe perderse de vista que este jurista uruguayo corredactó con Vélez el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires sancionado por ley del 7 de octubre de 1859 y convertido en Código de Comercio de la Argentina por ley sancionada el 10 de septiembre de 1862” (ALTERINI, Jorge H., “La influencia del Código Civil Argentino en otras codificaciones”, en *La codificación: raíces y prospectiva*, El Derecho, Buenos Aires, 2004, tomo II “La codificación en América”, p. 184).

los antecedentes sobre los que se ha elaborado la obra que hemos revisado, discutido y aprobado”¹⁰⁹.

En el párrafo III del informe se confiesa que el por entonces Proyecto de Vélez fue fuente inmediata del Código uruguayo en materia de transmisiones derivadas por actos entre vivos:

“La Comisión cree oportuno agregar que después de aprobado el título ‘De la tradición’, ha visto con placer confirmadas sus ideas por el jurisconsulto argentino doctor Vélez Sarsfield”¹¹⁰.

Incluso, el art. 720 del Código uruguayo de 1869 reproducía la idea contenida en el art. 577 del Código de Vélez, según el cual “antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.

La matriz del sistema de mutación jurídico real se mantuvo aun luego de la reforma del año 1995: el art. 705 introduce a la tradición dentro del catálogo de los modos de adquisición del dominio¹¹¹; el art. 758 define a la tradición¹¹²; los arts. 760 a 762 reglan la denominada tradición real¹¹³; los arts. 763 a 768 norman diversos supuestos de tradición ficta¹¹⁴; y los arts. 769 a 775

¹⁰⁹ CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado*, 10ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, tomo I, pp. 16-17.

¹¹⁰ Ídem, p. 26.

¹¹¹ Art. 705: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Los títulos de adquirir sólo producen efecto personal, esto es, derecho a la cosa, ad rem”.

¹¹² Art. 758: “La tradición o entrega, es la transferencia que hace una persona a otra, de la posesión de una cosa, con facultad y ánimo de transferirle el dominio de ella”.

¹¹³ Art. 760: “La tradición real es la que se verifica por la aprehensión corporal de la cosa, hecha por el adquirente u otro en su nombre”.

¹¹⁴ El segundo apartado del art. 761 regla como una caso de tradición real inmobiliaria: “Cuando el inmueble que se ha de entregar es un edificio, se

regulan “las calidades que se requieren para adquirir el dominio por la tradición y el efecto de la tradición”.

La naturaleza del modo, esto es la “tradición por actos materiales”, se observa en los primeros apartados del art. 761 que son aplicables a las transmisiones inmobiliarias: “Si se trata de un fundo, la tradición se verifica cuando el adquirente se transporta a él por sí mismo o por otro que le represente, para tomar la posesión, consintiéndolo el tradente. Cuando el inmueble que se ha de entregar es un edificio, se entiende verificada la tradición desde que el tradente saca sus muebles y permite que el adquirente introduzca los suyos”.

2.2.2.2 El modo es la tradición pero ella puede ser “instrumental”

2.2.2.2.1 España

El Código Civil español de 1889 consagra el régimen del título y el modo, lo que implicó un total apartamiento del Proyecto de Florencio García Goyena de 1851, el que proponía la adopción del sistema de transmisión meramente consensual¹¹⁵.

entiende verificada la tradición desde que el tradente saca sus muebles y permite que el adquirente introduzca los suyos”; sin embargo, el inc. 2 del art. 764 establece que la tradición simbólica tiene lugar “por la entrega que el vendedor o donante de una finca haga de sus llaves al comprador o donatario, después de haber sacado sus muebles”. Sin perjuicio de la aparente contradicción, es conveniente recordar que en el corpus según Savigny comprende a la posibilidad de entrar en contacto con la cosa y la entrega de las llaves lo permite. Por ello, no es correcto presentarlo como un supuesto de tradición ficta.

¹¹⁵ Art. 981 del Proyecto de 1851: “La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes del título 20, libro 3 de este Código. La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo, desde que el deudor queda obligado a su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1.006. El que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro, pero se aprovechará también de su aumento ó mejora”.

El art. 609 sienta la regla general en la materia: “La propiedad se adquiere por la ocupación (...) por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”; la que se ve reforzada por el art. 1095, que legisla que el acreedor “no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”.

Sin embargo, el segundo apartado del art. 1462 introduce la llamada “tradición instrumental”, al establecer que “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 resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

La doctrina autoral española controvierte sobre los verdaderos alcances de la aludida “equivalencia” del otorgamiento de la escritura con la entrega material de la cosa.

Un criterio rechaza la posibilidad de que opere la mutación jurídico real, a través de la tradición instrumental, cuando el tradente carece de la posesión de la cosa¹¹⁶, es decir identifica a la tradición con la transmisión de la posesión.

En la glosa de García Goyena, se lee: “Su disposición es enteramente contraria á la máxima Romana y Patria *«Traditione, non nuda conventione dominium acquiri»* párrafo 40, título 1, libro 2, Instituciones: leyes 46, título 28, Partida 3, y 30, título 3, Partida 5. La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado á entregarla (...). Y á la verdad, si *«Nihil tan conveniens est aequitati naturalis»* según el mismo Justiniano en el párrafo citado, *quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*, no es fácil de conciliar con la equidad y sencillez que la voluntad de transferir el dominio no ha de bastar por sí sola para su traslación, si no va acompañada, ó seguida de la entrega...” (GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, tomo III, pp. 11-12).

¹¹⁶ ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, tomo I, p. 173; MORALES MORENO, A. M., *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pp. 272 y ss.; HERMIDA LINARES, M., *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1973, p. 172; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José., en en

Otra tesis enfatiza en que el otorgamiento de la escritura “equivale” a la tradición, motivo por el cual no sería necesario que el tradente exhiba la posesión del objeto de la transmisión¹¹⁷.

Tampoco se advierte una doctrina uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia español. En algunas oportunidades juzgó que el otorgamiento de la escritura implica una mera presunción *iuris tantum* de tradición, rebatible por la mera acreditación de la discordancia con la realidad jurídica material¹¹⁸. En otros casos, se sostuvo que la tradición

ENNERCCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; y WOLFF, Martín, *Tratado de derecho civil*, tomo III “Derecho de las cosas”, cit., §66, pp. 378 y ss; PUIG BRUTAU, José L., *Fundamentos de derecho civil*, 2º edición, Bosch, Barcelona, 1971, tomo III, Vol. I, pp. 352 y ss.; ESPÍN CANÓVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, 5º edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, vol. II “Derechos reales”, p. 145; aclara éste autor: “...la exigencia lógica de que el *tradens* sea poseedor de la cosa para que el otorgamiento de la escritura pública de venta equivalga a entrega de la cosa, no exige que tenga una posesión material o inmediata, pues el hecho de la posesión inmediata de un tercero no contradice la situación posesión del vendedor, que puede conservar la posesión mediata de la cosa conforme al concepto de esta posesión (...); así acontecerá cuando, por ejemplo, el vendedor no tenga materialmente en su poder la cosa vendida por estar arrendada pues sigue conservando la posesión mediata...”.

¹¹⁷ LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, tomo III “Derechos reales”, vol. I “Posesión y propiedad”, pp. 145-146; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 3º edición, Bosch, Barcelona, 1977, tomo III “Derecho de bienes”, Vol. I, pp. 152-153; GARCÍA VALDECASAS, G., *La posesión*, 2º edición, Granada, 1987, pp. 47, 60 y 61; HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Madrid, 1980, p. 303; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1988, tomo I, p. 671; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 43; BERCOVITZ ALVAREZ, Germán, *Tradicón Instrumental y Posesión*, cit., pp. 131 y ss.

¹¹⁸ Tribunal Supremo, sentencia del 22/03/1930, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1930, pp. 31 y 788; también, sentencia del 25/04/1949, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1949, p. 568; sentencia del 30/06/1989, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1989, p. 4800; sentencia del 12/05/1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1992, p. 3916; sentencia del 13/05/1995, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1995, p. 4233; sentencia del 1/07/1995, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1995, p. 5421. Es este último antecedente, se explicó: “La tradición instrumental que establece el párrafo 2º del artículo 1462 del Código Civil (...) requiere, por un lado, que el vendedor se halle en la posesión

instrumental involucra una presunción *iuris tantum* que no es impugnabile por cualquier aportación¹¹⁹ y hasta se dijo que solo se puede desacreditar por aportaciones intrínsecas de la escritura¹²⁰, aun cuando el titular de la cosa no tenga la posesión de ella¹²¹.

Diez-Picazo observa que debe posibilitarse entre las partes toda posibilidad de demostración contraria. El adquirente puede considerarse titular de la cosa frente al transmitente a partir del otorgamiento de la escritura, salvo que en ella exista una manifestación en contrario¹²².

Es inequívoco que esta alternativa de cumplimiento del modo implica un considerable acercamiento conceptual al sistema francés, que se aleja de la ponderación de la realidad material a la manera del modelo romano.

Pienso que las conclusiones de la tesis que admite el traspaso del derecho inclusive cuando el titular no mantiene una relación de hecho con la cosa, desnaturalizan por completo la teoría del título y el modo, pues la energía traslativa estaría solamente

del bien que se dice comprado (...) y por otro lado, la expresada tradición instrumental entraña una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida no sólo por lo que conste en la propia escritura, sino también por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica...”

¹¹⁹ Tribunal Supremo, sentencia del 22/03/1952, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1952, p. 506; sentencia del 9/06/1954, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1954, p. 1595; sentencia del 12/06/1961, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1961, p. 2362; sentencia del 3/03/1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1992, p. 2156.

¹²⁰ Tribunal Supremo, sentencia del 18/04/1974, *RCDI*, N° 508, p. 686.; sentencia del 8/07/1983, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1983, p. 4122.

¹²¹ Tribunal Supremo, sentencia de 7/02/1985, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1985, p. 538.

¹²² DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1978, tomo II “Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión”, §513, p. 529.

producida por la fuerza de la voluntad de la partes expresada en el contrato escriturado.

La señalada desnaturalización del sistema encuentra suficiente sustento si se indaga en la fuente del art. 1462, es decir, el art. 1385 del Proyecto de Florencio García Goyena de 1851.

De acuerdo a lo ya expresado, en ese antecedente de Código se organizaron a las transmisiones inmobiliarias de acuerdo al modelo francés del *solo consensu*. De allí que sea natural que aparezca una norma como la del art. 1385, cuyo texto era siguiente: “Cuando por disposición de la ley, o por voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

2.2.2.2.2 El Salvador y Honduras

El Código Civil salvadoreño de 1860 se aparta de su fuente principal, el Código Civil Chileno¹²³, y luego de establecer la exigencia de la entrega de la cosa para la mutación jurídico real, en su art. 667 regla: “La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvo las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad”.

Instaura la variante de la denominada tradición instrumental al modelo clásico de la tradición por actos materiales; basta que los otorgantes del acto jurídico instrumentado manifiesten que la entrega se ha realizado para que ésta se tenga por materializada. Si bien la fórmula legal es distinta a la utilizada por el Código español, le son replicables las críticas formuladas para ese ordenamiento.

¹²³ Véase Cap. I, §2.2.2.3.1.

El art. 713 del Código Civil de Honduras de 1906, con leves matices, reproduce el art. 667 del Código salvadoreño: “La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, se efectuará por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

2.2.2.2.3 Cuba

El Código Civil cubano de 1987 sigue el camino trazado por el ordenamiento español. Esto no puede resultar extraño, ya que en el siglo XIX Cuba era todavía una colonia española.

El art. 178 parte del supuesto de que “la transmisión se consuma mediante la entrega o posesión”. Sin embargo, el art. 206, tercer párrafo, señala que: “Si el acto se formaliza mediante documento público, el otorgamiento de éste equivale a la entrega del bien, si de su contenido no resulta lo contrario”. Los contratos de compraventa y de donación sobre inmueble deben formalizarse a través del “documento público” (art. 339 y 374).

En definitiva, el régimen cubano establece la posibilidad de que la tradición sea instrumental, con una fórmula legal similar a la del art. 1462, segunda parte, del Código español.

2.2.2.3 El modo es la tradición pero ella se juzga perfeccionada con la inscripción

2.2.2.3.1 Código Civil de Chile

El Código Civil de Chile¹²⁴, redactado por Andrés Bello, fue el cuerpo normativo que instituyó primeramente esta variante del sistema del título y el modo. El modelo ideado por Bello mantiene

¹²⁴ Fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 y comenzó a regir el 1 de enero de 1857.

la exigencia del título y el modo, y donde éste es la tradición, para producir la transmisión de inmuebles por acto entre vivos. Sin embargo, preceptúa que la tradición de inmuebles se materializa con la inscripción registral. En otras palabras, el derecho real nace en el Registro.

El art. 670 caracteriza a la tradición como “un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”; sin embargo, la primera oración del art. 686 regla: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca. Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería.”.

2.2.2.3.2 Ordenamientos que siguieron el modelo chileno

Sin perjuicio de la notable influencia que el Código de Bello alcanzó en diversas codificaciones, en esta materia es fuente especialmente del Código Civil de Ecuador de 1861¹²⁵, el Código Civil de Colombia de 1887¹²⁶ y el Código Civil de Nicaragua de

¹²⁵ Art. 721: “Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrador de la Propiedad. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces, y del derecho de hipoteca. Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en las leyes especiales respectivas”.

¹²⁶ Art. 756: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca”.

1904¹²⁷, que reproducen la directiva del art. 686 del Código chileno.

2.2.2.3.3 Esbozo de Freitas

También el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas proyectó que la tradición para constituir el derecho real se ve perfeccionada con la inscripción registral del título. En el art. 3809 de su proyecto de Código, previó que “la tradición de inmuebles al efecto de transmitir derechos reales (...) se juzgará hecha por la transcripción en el Registro Conservatorio de los respectivos instrumentos públicos, aun cuando el transmitente no haya hecho al adquirente tradición efectiva de los inmuebles”.

2.2.2.4 El modo es la tradición que debe realizarse por acta notarial y registrarse para que opere la transmisión

El Código Civil holandés regula a las mutaciones jurídico reales en el Título 3.4 “Adquisición y pérdida de la propiedad”, del Libro 3 referido a los derechos reales.

El art. 84 sienta la regla de la exigencia de que para se transmita la titularidad sobre una cosa se requiere la tradición apoyada en un título válido otorgado por quien tiene el poder de disposición de la cosa. En materia inmobiliaria, el art. 89.1 establece que la tradición necesaria para la transmisión debe realizarse a través de un acta notarial redactada por las partes, la que debe ser inscrita registralmente.

En el sistema holandés se presentan tres elementos para provocar la mutación jurídico real: a) título de adquisición (vgr.

¹²⁷ Art. 3936: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces, lo mismo que el de las naves, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de herencia, usufructo, uso, habitación, servidumbres activas, hipoteca, anticresis y demás derechos reales constituidos sobre inmuebles. La tradición de las minas se efectuará también por la inscripción en el Registro, a más de los requisitos que exige el Código de la materia...”.

contrato de compraventa); b) acta notarial (en la que consta el consentimiento de los otorgantes en que se efectúe la transmisión); y c) inscripción registral.

¿Qué es lo que se inscribe en el Registro? El funcionario registra el acta notarial en donde luce el acuerdo de transmisión de la cosa, y no el título de adquisición.

2.2.2.5 El modo es la inscripción registral constitutiva

2.2.2.5.1 Aclaración previa

Esta presentación de la teoría del título y el modo es –en cuanto a sus efectos– de igual naturaleza que la versión que apunta que “el modo es la tradición pero ella se juzga perfeccionada con la inscripción”, a la que aludí con anterioridad.

Afirmar que la tradición se perfecciona con la inscripción o que el modo es directamente la inscripción registral, es exactamente lo mismo. Esto se debe a que la entrega de la cosa no es requerida para inscribir registralmente la mutación.

El alejamiento conceptual solo se presentaría en el supuesto de que se exija que se realice la tradición, es decir la entrega de la cosa, con anterioridad a la inscripción registral, reservándole a ésta la fuerza legal para determinar la mutación jurídico real.

2.2.2.5.2 Algunos modelos

Los Códigos de Suiza (ZGB) y de Austria (ABGB) se vieron influidos por el Código Civil Alemán y plasmaron la inscripción registral constitutiva, pero no adoptaron el principio de abstracción causal; ambos exigen un acto causal que justifique la mutación jurídico real por acto entre vivos.

Se explica con relación al Derecho suizo que:

“...la transferencia de la propiedad, la constitución de derechos reales y hasta su extinción, dependen del acto jurídico causal y resulta del cumplimiento de una obligación asumida por el titular del derecho inscripto en el Registro. Distingue este derecho entre el

negocio jurídico causal (compraventa, donación, permuta, etc.) por un lado, y el negocio de disposición por otro, pero, a diferencia del derecho alemán, estos negocios no están conceptualmente desvinculados y, por el contrario, el negocio de disposición o acuerdo transmisivo descansa en el negocio jurídico-causal. Los vicios que afectan a este último alcanzan al primero de los nombrados”¹²⁸.

Así, el art. 656, primera parte, del ZGB menta que la inscripción en el registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmobiliaria. Para el caso de que el transmitente no preste su consentimiento para rogar la registración, el art. 665.1 regla que el pretendido adquirente, en virtud de un título de adquisición, puede exigir que el titular del derecho sobre la cosa realice la inscripción y, frente a su negativa, tiene la posibilidad de demandar judicialmente la atribución del derecho real en cuestión.

En lo referido al derecho austríaco, el art. 424 del ABGB refiere que el título de adquisición puede materializarse en un contrato, una decisión judicial o en la ley. No obstante, para que la mutación opere es preciso que se produzca el modo, que en materia inmobiliaria se traduce en la inscripción registral (art. 431, ABGB).

Como ya se dijo, los ordenamientos suizo y austríaco no recibieron el principio de abstracción alemán, sino que conectaron causalmente al título con el modo. Es por ello, que la nulidad del título de adquisición deriva en la ineficacia de la transmisión, lo que legitima al enajenante a entablar la acción reivindicatoria para recuperar la cosa (arg. arts. 974, 641, ZGB; arts. 380, 366 y ss., ABGB).

El Código Civil ruso, que en la temática que nos atañe fue aprobado en 1994, regla en su art. 223.2: “En los casos en los que la enajenación de una cosa requiere inscripción en un Registro estatal, el derecho de propiedad del adquirente surge desde el

¹²⁸ CHAVARRI, Ángel B., “La publicidad inmobiliaria en el Derecho Comparado”, en *Curso de derecho registral inmobiliario*, cit., p. 134.

momento de esa inscripción, si la ley no establece lo contrario”; y los inmuebles requieren la inscripción (art. 131.1)¹²⁹.

En el ámbito latinoamericano, el Código Civil de Brasil de 2002¹³⁰ dispone en su art. 1245 que la propiedad inmobiliaria se transfiere a través de la inscripción del título de transmisión en el Registro de la Propiedad, por lo que el transmitente seguirá siendo el titular del derecho real hasta que el título no se inscriba

3 SISTEMAS ABSTRACTOS

3.1 Origen

El artífice de la teoría del contrato real abstracto fue Savigny. Advirtió que cuando una persona coloca una moneda en la mano de otra, la transmisión de la propiedad se provocaría sin que sea necesaria la existencia de una obligación precedente. Para el jurista alemán, la justa causa consistiría en la intención de transmitir y adquirir la propiedad, mientras que la única función del negocio obligacional sería la de revelar esa intención; ergo, se podría prescindir del negocio obligacional para la transmisión de la propiedad.

De los Mozos¹³¹ señala el pensamiento de Savigny se vió influido por diversos factores. En primer lugar, por la vacilación de

¹²⁹ Se explica que: “En Rusia, los actos de enajenación de inmuebles deben formalizarse notarialmente. El otorgamiento de la escritura no tiene, sin embargo, efecto jurídico-real alguno. Será imprescindible la inscripción del negocio de disposición en el Registro de la Propiedad para que el adquirente devenga propietario (...). El Código deja sin resolver qué ocurre si el título aportado para fundamentar la inscripción es nulo. Es de suponer que la nulidad del título implicará también la de la inscripción...” (PÉREZ SIMEÓN, Maurici, “La transmisión de la propiedad en el nuevo código civil de la Federación Rusa”, Anuario de Derecho Civil, 2000, pp. 996-997).

¹³⁰ El derogado Código brasileño de 1917, también, receptaba esta variante de la teoría del título y el modo en el art. 676.

¹³¹ DE LOS MOZOS, José L., *La doctrina de F. C. Von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, Reus, Madrid, 1967, pp. 16 y ss.

la doctrina del Derecho común en esta materia, ya que los juristas del *usus modernus Pandectarum* acogieron la teoría del título y del modo, pero mayoritariamente los exponentes del Derecho natural racionalista la rechazaron. También contribuyó a la formación de la idea de Savigny, una errada interpretación de las fuentes romanas debido a las interpolaciones que se hicieron a los textos romanos¹³². El último factor está constituido por la influencia del Derecho francés, incluso antes de la sanción del Código Civil francés, en el que desaparece la tradición como modo de transmisión.

Savigny terminó de formular su teoría con anterioridad a la sanción del Código Civil alemán, lo que determinó que sus redactores la consideraran e incorporan al texto del BGB.

3.2 Caracterización del negocio abstracto

Cariota Ferrara perfila al negocio abstracto y sus corolarios con las siguientes palabras:

“Son negocios abstractos aquellos en los que la causa no se encuentra entre los elementos esenciales o constitutivos; se caracterizan por una separación de la causa; son independientes de la existencia o de la licitud de ésta. La consecuencia es que, cuando la causa falta o ilícita, el negocio es válido, los efectos se producen”¹³³.

Con relación a la separación de la causa, se ha referido que el proceso que da lugar a la formación de un acto abstracto queda escindido de él, y el acto es válido *per se* como génesis de una propia relación¹³⁴.

¹³² Véase Cap. I, §1.2.3.3.

¹³³ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción a cargo de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, §53, pp. 158-159.

¹³⁴ GAGLIARDO, Mariano, *La causa jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 187.

El art. 283 del Código Civil y Comercial regula al “acto abstracto”, al preceptuar que “la inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice”.

3.3 Crítica de Heck a la concepción abstracta

Heck, quien reprueba a la teoría de la abstracción, al hacer tema con la irrealidad que supone esa concepción, dice:

“...los intereses de la vida se pronuncian claramente en contra de la característica abstracta, que se halla alejada de la realidad, y, sobre todo, no ha surgido de una reflexión inspirada en las necesidades vitales...”¹³⁵.

Para fundamentar su postura delinea el funcionamiento del sistema abstracto con el siguiente ejemplo:

“A, propietario de un fundo, cree, por un legado de su causante, tener la obligación de transmitir la propiedad de este fundo a B. Se realiza la transmisión y B es inscripto en el Registro como propietario. Pero, en realidad, no había existido tal legado. El testamento en cuestión era nulo o había sido revocado (...). Según la concepción abstracta (...) B ha devenido propietario (...). A solamente tiene una pretensión personal a la retransmisión (...). Pero en una concepción causal, la transmisión de la propiedad no se hubiera producido por falta de causa jurídica. A hubiera seguido siendo propietario...”¹³⁶.

3.4 El modelo del Código Civil alemán

La primera parte del §873 del BGB establece: “1. Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o

¹³⁵ HECK, Philipp, *El negocio jurídico real abstracto*, traducción de Manuel Gomez Valenzuela, revisada por José Luis Lacruz Berdejo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, pp. 1447-1448.

¹³⁶ HECK, Philipp, *El negocio jurídico real abstracto*, cit., p. 1453.

gravamen de uno de éstos se requiere el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de tal modificación jurídica en el registro inmobiliario, salvo que la ley establezca otra cosa”.

En el Derecho alemán se exige la concurrencia de un acuerdo de transmisión del derecho y la inscripción en el registro inmobiliario que opere la mutación jurídico real. La compraventa, verbigracia, no transmite la propiedad; constituye solamente el negocio causal subyacente. El “acuerdo de transmisión” se desliga del “negocio obligatorio”, como consecuencia del principio de abstracción causal.

Ese acuerdo recibe el nombre de *Auflassung*, que significa “transmisión formal”. Para que se produzca la mutación jurídico real –explica Wolff– el *Auflassung* debe declararse en el Registro Inmobiliario competente; las manifestaciones declarativas de las voluntades del transmitente y del adquirente deben ser simultáneas; no debe someterse la transmisión a condición o plazo; y el acuerdo debe ser anterior a la inscripción¹³⁷.

3.4.1 Negocio dispositivo: *Auflassung*

3.4.1.1 Ámbito en que se presta la declaración

La ley de introducción del Código Civil alemán dispuso que las leyes territoriales puedan prever, respecto de los inmuebles bajo su jurisdicción, que el acuerdo de transmisión pueda declararse no solo ante el registro, sino también ante los tribunales, los notarios y otros funcionarios.

Hedemann exalta la participación de los notarios en la recepción del *Auflassung* y recuerda que una ordenanza especial

¹³⁷ WOLFF, Martín, en ENNERCCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; y WOLFF, Martín, *Tratado de derecho civil*, traducción de las 32ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, octava revisión, Bosch, Barcelona, 1951, tomo III “Derecho de las cosas”, §61, pp. 343 y ss.

del 11 de mayo de 1934 generalizó esta alternativa para toda Alemania, de modo que los notarios pueden recibir las declaraciones no solo en su Estado, sino en todos los Estados de Alemania¹³⁸.

El §925, primera parte, *in fine*, regla en ese sentido: “Para recibir el acuerdo de transmisión es competente cualquier notario, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades. El acuerdo de transmisión también puede recogerse en una transacción judicial o en un plan de insolvencia confirmado y firme”.

3.4.1.2 Simultaneidad de las declaraciones

Las manifestaciones del transmitente y del adquirente deben ser concomitantes.

El §925, primera parte, del BGB dispone: “El acuerdo entre el enajenante y el adquirente, necesario para la transmisión de la propiedad de una finca según el §873 (acuerdo de transmisión), debe ser declarado con asistencia simultánea de ambas partes ante una autoridad competente...”.

Esto no significa que los otorgantes del acuerdo deben personalmente emitir las manifestaciones de voluntad, pues pueden hacerlo a través de un representante. El §181 del BGB admite la posibilidad de que una de las partes exprese la manifestación en nombre propio y en nombre de la otra; inclusive, es admitido que un tercero represente a ambas.

3.4.1.3 Sometimiento a condición o plazo

Se dice que el acuerdo debe establecer relaciones “claras y definitivas”¹³⁹, por lo que el sometimiento de la transmisión a

¹³⁸ HEDEMANN, Justus W., *Derechos reales*, versión española y notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, vol. II, §20, p. 163.

¹³⁹ HEDEMANN, Justus W., *Derechos reales*, cit., vol. II, §20, p. 164.

condición o plazo sería “incompatible”¹⁴⁰. Si así se pactara, la transmisión sería ineficaz (arg. §925, segunda parte, BGB).

3.4.1.4 Relación temporal con el negocio obligatorio

Explicita el §925a del BGB: “La declaración de un acuerdo de transmisión sólo debe ser aceptada si se presenta la escritura del contrato a la que se refiere el § 311b, apartado 1, inciso 1, o se realiza ésta simultáneamente”.

La norma aludida en el párrafo transcrito refiere a que los contratos que tengan por finalidad transmitir la “propiedad” deben celebrarse por escrituración notarial.

3.4.1.5 Relación temporal con la inscripción

De acuerdo a la Ley de Registro Alemán, el Auflassung debe ser concertado con anterioridad a la inscripción registral. Sin embargo, la contravención a esta norma no determina la nulidad de la transmisión.

La mecánica de la operación impone distinguir el escenario en el cual el acuerdo precede a la inscripción, del que la inscripción es anterior a la celebración del acuerdo¹⁴¹.

Si el acuerdo antecedería a la inscripción, el pretendido transmitente no habría perdido la titularidad sobre la cosa, por lo que podría disponer de ella. Por otra parte, quien procura adquirir la cosa solo alcanzaría un derecho de expectativa a ella. En determinados supuestos reglados por el § 873.2¹⁴² y el § 878¹⁴³ del

¹⁴⁰ WOLFF, Martin, en ENNERCCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; y WOLFF, Martín, *Tratado de derecho civil*, cit., tomo III, §61, p. 345.

¹⁴¹ Véase SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Breves reflexiones sobre las adquisiciones a *non domino* de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. N° 54, 2001, pp. 1565-1566.

¹⁴² “Antes de la inscripción, las partes sólo quedan vinculadas por el acuerdo si las declaraciones de ambas se han realizado en instrumento notarial o si se han realizado ante la oficina del registro inmobiliario o han sido entregas a ésta,

BGB, el titular de la cosa podría extinguir la “expectativa”, a menos que hubiera consentido la inscripción; en este caso, la efectividad de la transmisión estaría en poder del adquirente.

En caso contrario, si la inscripción precediera al acuerdo se instalaría una transitoria inexactitud registral hasta la efectiva concertación del acuerdo, lo que daría lugar al nacimiento a una pretensión de rectificación de lo erróneamente inscripto.

3.4.2 *Quid de la eficacia del negocio jurídico causal*

Se plantea si los contratantes pueden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, unir el negocio causal con el dispositivo para que las vicisitudes de aquél recaigan sobre este último y se describen ciertas prácticas con el fin de garantizar el pago del precio¹⁴⁴.

a) Una alternativa sería que las partes le indicaran al notario en el *Auflassung* que solicite la inscripción luego de abonado el precio.

b) Por otro lado, las partes podrían pactar una condición resolutoria en el negocio obligatorio consistente en el no pago del precio y acaecido el evento futuro nacería una pretensión de readquisición que asegurarían a través de una anotación preventiva.

c) También, se apunta que el vendedor podría garantizar la percepción del precio mediante una simultánea inscripción de una hipoteca sobre el saldo del precio, de modo que la solicitud de

o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción de las previstas en la Ley del Registro Inmobiliario”.

¹⁴³ “Una declaración realizada por el titular, de conformidad con los § 873,875 y 877, no deviene ineficaz por quedar el titular limitado en su poder de disposición, una vez que la declaración ha llegado a ser vinculante y ha sido presentada la solicitud de inscripción en la oficina del registro inmobiliario”.

¹⁴⁴ FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina, *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Reus, Madrid, pp. 103 y ss.

inscripción para la transmisión de la propiedad estaría supeditada a la inscripción de ese derecho real de garantía.

3.4.3 Valoración de las implicancias de la abstracción causal

Larenz aprecia que la sistematización que realiza el Código alemán entre negocios jurídicos causales y abstractos presenta ventajas, pero también inconvenientes. Dice:

“El Código civil ha llegado tan lejos en esta división que, en principio, hace que no dependa la validez de los negocios reales de cumplimiento de la validez del negocio básico obligacional a cuya realización sirven aquéllos. Ello significa que, incluso cuando es nulo por cualquier motivo el contrato de compraventa, la transferencia realizada según las normas del Derecho de cosas puede ser válida”¹⁴⁵.

Frente a tal escenario, al otrora titular solo le queda una acción de enriquecimiento, es decir, una pretensión de naturaleza obligacional contra quien se enriqueció, la que se detiene ante un segundo adquirente.

La situación por la cual el transmitente no pueda intentar una acción real para recuperar la cosa frente a un supuesto negocio obligatorio nulo, sirvió para convencer acerca de que el negocio abstracto fomenta los casos de fraude a la ley, impidiendo o dificultando el contralor jurídico. Sin perjuicio de la posibilidad de alcanzar resultados injustos, se advirtió que la abstracción no se corresponde con una sana apreciación del principio de la autonomía de la privada, pues violenta la presumible voluntad

¹⁴⁵ LARENZ, Karl, *Derecho Civil – Parte General*, traducción de la 3ª edición alemana (1975) a cargo de Miguel Izquiero y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978, §18, pp. 439-440.

real de los otorgantes y beneficia injustificadamente a una de ellas, es decir, al adquirente¹⁴⁶.

Sin perjuicio de que se han denunciado las dificultades que presenta la abstracción casual en la comprensión del profano, se ha postulado como argumento principal contra el principio de abstracción que no protegería suficientemente a los intereses de quien dispone sin fundamento jurídico, cuando quien recibe la disposición enajena a su vez o cuando sus acreedores ejecutan forzosamente el objeto en cuestión¹⁴⁷.

3.5 Estados Unidos de Norteamérica

3.5.1 Introducción

La transmisión inmobiliaria en Estados Unidos de Norteamérica encuentra apoyatura en un negocio jurídico causal y en un negocio jurídico de enajenación denominado *deed*, con excepción de aquellos pocos condados que se rigen por el sistema Torrens¹⁴⁸. La mutación jurídico real opera en la oportunidad de la tradición del *deed*¹⁴⁹.

3.5.2 Negocio jurídico causal

Es el negocio jurídico que origina las relaciones jurídicas obligatorias como, por ejemplo, el contrato de compraventa en el

¹⁴⁶ Véase DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, §360, p. 295

¹⁴⁷ BROX, H. y WALKER, W. D., Allgemeiner Teil des BGB, p. 55, cits. por FUENTESCA DEGENEFTE, Cristina, *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, cit., p. 136

¹⁴⁸ Véase Cap. I, §3.6.1.

¹⁴⁹ Sobre el sistema de transmisión de derechos reales en Estado Unidos, véase MIRANDA, Marcelo W., "La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 729, pp. 973 y ss.

que una de las partes se obliga a entregar la cosa y la otra a pagar su precio.

Sin embargo, se ha observado que como la transmisión se produce con la entrega del *deed*, las verdaderas prestaciones involucradas son para el vendedor, el otorgamiento del *deed* y su posterior tradición, y para el comprador, la aceptación de ese instrumento y el pago del precio¹⁵⁰.

3.5.3 Negocio jurídico de enajenación (*deed*)

3.5.3.1 Aproximación conceptual

El *deed* es el instrumento que contiene al negocio jurídico de enajenación otorgado por el transmitente (*grantor*) y que está desvinculado del negocio jurídico causal; en ese sentido, se está en presencia de un sistema abstracto.

En cuanto a sus elementos, se deben individualizar al transmitente y al adquirente, y al objeto.

3.5.3.2 Clases

3.5.3.2.1 *Quitclaim deed*

Es el instrumento por medio del cual el enajenante manifiesta transmitir el derecho real del que es titular con relación a un inmueble, sin individualizar cuál derecho es el que transmite.

Si el pretendido transmitente, no resultase ser titular de ningún derecho real sobre el inmueble individualizado, el adquirente no podrá reclamar el precio abonado, ni entablar una acción de daños.

3.5.3.2.2 *Warranty deed*

¹⁵⁰ MIRANDA, Marcelo W., “La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos”, op. y loc. cit.

A diferencia del *quitclaim deed*, en el *warranty deed* el transmitente se obliga a reparar los daños que pueda sufrir el adquirente por los vicios que exhiba su título o por las turbaciones de la posesión efectuadas por terceros con derecho.

Repárese en que la “garantía” del adquirente es solo al efecto de obtener las indemnizaciones que correspondan, ya que si un tercero tiene mejor derecho no puede asegurársele que no será turbado en el uso y goce del inmueble.

3.5.3.2.3 *Special warranty deed*

Es una variante del *warranty deed* a través del cual el transmitente limita su deber de responder por vicios en el título o por turbaciones de terceros con derecho a los que tengan origen en actos jurídicos de su autoría o de sus sucesores.

3.6 El sistema Torrens

3.6.1 Origen, razón de ser y expansión

Este sistema, que recibe el nombre de su mentor –el irlandés Robert Richard Torrens–, entró en vigencia en Australia el 1º de julio de 1858.

Señala Hernández Gil que para un mejor entendimiento de la dinámica de la propuesta de Torrens hay que tener presente que en Australia regía el Derecho feudal inglés y que, en función de él, todo inmueble era de titularidad de la Corona; el título de todo inmueble tiene su origen en una concesión efectuada por ella¹⁵¹. Se explica que Torrens:

“Partía de la premisa de que los títulos originales, emanados de la Corona, no presentaban dificultades, pero éstas aparecían con motivo de las retransmisiones inmobiliarias, por lo que su fórmula consistía en la ficción de suponer que las tierras volvían a la Corona

¹⁵¹ HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al derecho hipotecario*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 92.

y que en cada enajenación ésta readjudicaba el dominio al nuevo comprador”¹⁵².

Se dice que solamente ha podido extenderse, aunque en forma atenuada, en partes del Brasil (1890), Túnez (1885), Argelia (1904), Nueva Caledonia, Congo, Madagascar, Islas Filipinas (1888) y en once de los cincuenta Estados de América del Norte, y que funcionó en su plenitud en República Dominicana, donde fue implantado como consecuencia de la ocupación norteamericana (1920)¹⁵³.

3.6.2 Funcionamiento

Este sistema de mutación jurídico real requiere, como primera medida, que el inmueble se encuentre inscripto en el Registro. Una vez practicada la matriculación del inmueble todas las transmisiones deben canalizarse a través del propio Registro.

Para lograr la inscripción inicial es menester acompañar los títulos justificativos del derecho que se invoca y un plano certificado por un perito agrimensor. El Registro realiza un doble examen de legalidad; un estudio topográfico sobre el plano presentado, y un control jurídico de los títulos justificativos del derecho invocado.

Luego se abre un procedimiento de oposiciones; se cita por edictos a quienes quisieran oponer cualquier reparo, y en su defecto, o previo su rechazo, se procede a la inscripción.

Si el Registro admite la registración, confecciona el “título de propiedad” en dos ejemplares; uno se incorpora al Registro y el

¹⁵² GARCÍA CONI, Raúl R., “A 20 años de la ley 17.801 y a 130 del acta Torrens”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 812, p. 27.

¹⁵³ GARCÍA CONI, Raúl R., “A 20 años de la ley 17.801 y a 130 del acta Torrens”, op. y loc. cits.

otro se le entrega al peticionante. Este último se conoce con el nombre de “certificado del título”.

El certificado es transmisible por vía de endoso, pero para que esa transmisión quede perfeccionada se requiere la registración. En otras palabras, el sistema Torrens es una variante de los matrices de inscripción constitutiva.

López de Zavalía explica la dinámica de la transmisión desde la óptica del transmitente:

“...lo que debe hacer es enviar el contrato de enajenación y el certificado, por correo, a la oficina (desde luego, lo puede presentar también directamente); entonces, en conocimiento el Registro de que ha sido enajenada la tierra y teniendo el certificado que obraba en manos del titular, procede a hacer las correcciones en su registro y a emitir o un nuevo certificado cancelando el anterior o a utilizar el mismo certificado con una nota en que se indica el traspaso. Advertían ustedes que esto es lo que se llama la transmisión por endoso y la gente ha creído que es por endoso del enajenante; no, es por endoso de la oficina del Registro”¹⁵⁴.

El título es inatacable, es decir incuestionable, incluso en lo referido a la eficacia del negocio jurídico obligacional subyacente (por ejemplo, contrato de compraventa), y por esa razón lo considero abstracto.

Se dice que la inscripción, además de ser constitutiva, es convalidante, pues “...purga al título de cualquier nulidad al entenderse que, en cada transferencia, la cosa vuelve al Estado”¹⁵⁵.

Para atenuar las consecuencias negativas derivadas de esa cualidad del título, se establece un fondo de garantía estatal para

¹⁵⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, coeditado por el Colegio de Escribanos de Tucumán y Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1983, p. 202.

¹⁵⁵ CORNEJO, Américo A., *Derecho registral*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 24.

reparar los daños que puedan ocasionarse no solo por inexactitudes registrales, sino también por los riesgos derivados de la insolvencia frente a la promoción de acciones personales de daños, pues las reales estarían vedadas.

3.6.3 Intento de instauración en Argentina: críticas

En el año 1904 el Diputado Galiano presentó un Proyecto de Ley de Registro y transmisión de inmuebles por el sistema Torrens, con el objeto garantizar y movilizar la propiedad territorial, facilitando su transmisión y la circulación de los valores. La Comisión de Legislación de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación le solicitó a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires que emitiera su opinión sobre la iniciativa, quien designó a los profesores Pablo Llerena, Ángel Pizarro y Federico Ibarguren para tal cometido, quienes dictaminaron lo siguiente:

“Es verdad que el interés general reclama como condición de desenvolvimiento y de progreso económico de la riqueza privada y pública la seguridad de la propiedad territorial, que es el principal elemento de su propia valorización, pero el medio de alcanzar ese fin, en lo posible, consiste en una legislación previsoras, sin que sea necesario obligar la responsabilidad del Estado, para con los que puedan resultar perjudicados con la aplicación de esas leyes (...) no hay razón para que cuando se trata de derechos reales, el Estado garanta su eficacia en el titular aparente, privando de sus derechos al verdadero propietario y ofreciéndole en compensación de su despojo una indemnización que puede ser económicamente suficiente, pero que no lo será en derecho, mientras que cuando se trata de derechos personales o creditorios se limita a suministrar con leyes previsoras el medio de hacerlos efectivos, sin responsabilizarse en forma alguna por las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones (...). La simplificación de las formas o solemnidades de los actos de transmisión de la propiedad y de la constitución de derechos reales, que contiene el Proyecto, como medio de poner en circulación los valores territoriales, ofrece más inconvenientes que ventajas, porque abre ancha puerta al fraude y a la simulación, con evidente daño de la buena fe que debe presidir todas las relaciones

civiles que las leyes deben procurar salvaguardar. Así, la transmisión por endoso al dorso del certificado de título, art. 32, se presta a los abusos de que puede ser víctima el propietario, por intimidación, violencia, error, fraude, etc. A idénticos resultados está expuesta la transmisión y constitución de derechos reales por medio del extracto de la matriz, que habilita al propietario para enajenar, hipotecar o gravar el inmueble en el lugar donde radique o fuera de él, teniendo estos actos el mismo valor que los otorgados e inscriptos en el Registro. Los acreedores personales del propietario serían defraudados, con toda facilidad, mediante enajenaciones simuladas hechas en el extracto”¹⁵⁶.

Es evidente que el sistema Torrens procura la velocidad de las transmisiones inmobiliarias y que busca la seguridad, pero no la jurídica, sino la económica, sobre la que luego haré tema¹⁵⁷. Por lo demás, desprotege a todo tercero con interés legítimo en el inmueble y favorece la aparición de operaciones fraudulentas a través del mecanismo del endoso.

4 *QUID* DE LA NECESIDAD DE LA COINCIDENCIA DE LA EFICACIA CON LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL DERECHO REAL

Los impulsores del sistema de mutación jurídico real a través de la inscripción registral constitutiva suelen indicar que es necesario que el derecho real adquiera eficacia con la exteriorización registral para evitar caer en la “clandestinidad”, que sería un nota propia de las matrices de mutación jurídico real por el mero consentimiento y por la tradición por actos materiales¹⁵⁸. Piensan que la “verdad oficial” que los Estados

¹⁵⁶ LLERENA, Pablo; PIZARRO, Angel S.; e IBARGUREN, Federico, “Sistema Torrens. Informe de la Comisión Especial”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 83, p. 341.

¹⁵⁷ Véase Cap. I, §5.3.

¹⁵⁸ Véase Introducción, §2.2.

establecen a través de los registros debe prevalecer sobre la situación de los particulares con los inmuebles¹⁵⁹.

La alusión a una verdad “oficial” encierra una contradicción, pues esa adjetivación dejaría entrever que no sería la única y que habría otra que, acaso, sería la verdad “real”¹⁶⁰. Ahora bien, ¿por qué una verdad que es impuesta y no siempre consistente con los hechos debe prevalecer sobre la realidad de la cosas? No se comprende la razón de ser de tal pensamiento.

La faz constitutiva del derecho real no precisa publicitarse, pues los únicos interesados en ella son las partes involucradas¹⁶¹. Luego de la constitución del derecho aparece la necesidad de exteriorizarlo para que sea oponible a los terceros, siempre que sean interesados y de buena fe, pues de otro modo el derecho ya les sería oponible desde su nacimiento¹⁶². Y esa publicidad puede ser por medio de una inscripción registral con fines meramente declarativos, y aun a través de la denominada publicidad posesoria¹⁶³.

Se ha explicitado, con acierto, que ante un conflicto de titularidades la inscripción registral meramente declarativa produce la misma seguridad jurídica que la registración con alcances constitutivos del derecho real, y que –por esa razón– no corresponde “...preferir un formalismo por sobre la sustancia”¹⁶⁴.

¹⁵⁹ PAU PEDRÓN, Antonio, “Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios”, Boletín de Información, Ministerio de Justicia de España, 1991, pp. 3370-3371.

¹⁶⁰ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica”, cit., p. 242.

¹⁶¹ Véase Introducción, §2.3.

¹⁶² Véase Cap. IV, §1.4.8.

¹⁶³ Véase Cap. IV, §1.4.8; también, Cap. V., §5.3.3.1.

¹⁶⁴ GONZALES BARRÓN, Gunther, *El Nuevo Derecho Registral*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011, tomo 1, p. 96.

Por esos argumentos, la invocada necesidad de la coincidencia de la eficacia del derecho con su publicidad no es tal. La realidad debe primar sobre la idealización¹⁶⁵.

5 INTERESES INVOLUCRADOS EN LAS TRANSMISIONES INMOBILIARIAS

5.1 Necesidad de considerar la situación de los terceros que exhiben intereses legítimos

Diez-Picazo y Gullón postulan que en la elección del sistema de transmisión del derecho real:

“...lo que está en juego es, en el posible conflicto de intereses entre transmitente y adquirente, la determinación de en favor de quién debe inclinarse la balanza, decidiendo si es en favor del *statu quo* de conservación de la propiedad o si es en favor de la movilidad del comercio jurídico. En definitiva: si ha de ser en favor de los propietarios actuales, que dejan de serlo, o si ha de ser a favor de quienes puedan advenir a dicho *status* o categoría”¹⁶⁶.

Partiendo de esa premisa, si lo que se desea es una circulación de la riqueza más veloz se impondrá un sistema que produzca la mutación jurídico real de la manera más sencilla. Obviamente, esa “velocidad” supone una menor seguridad. En cambio, si lo que se procura es tutelar enérgicamente al adquirente, se buscarán herramientas que produzcan titularidades inatacables, aun en desmedro del verdadero titular que no participó de la transmisión.

Diez-Picazo agrega en otra obra que corresponde distinguir dos planos de relaciones:

“Interpartes no hay inconveniente para que las cosas sean sencillas, pues no se trata de otra cosa que fijar con exactitud cuál es el momento en que el uno ha devenido titular el derecho real y el

¹⁶⁵ Véase Cap. V, §3.

¹⁶⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1978, Vol. III, pp. 148-149.

otro no puede ya alegar la existencia de tal derecho (...). El problema es más grave, sin duda, en relación con los terceros. Para los terceros es importante poder establecer el momento en que se ha producido el efecto adquisitivo o traslativo, con el que tienen que contar...”¹⁶⁷.

Pienso que no es satisfactoria la visión que acota la virtualidad de la cuestión a los intereses propios del transmitente y del adquirente.

La ponderación de los intereses de los involucrados en una transmisión inmobiliaria no debe limitarse a los propios de los otorgantes del acto jurídico con finalidad traslativa, sino que debe comprender también los de aquellos que mantienen legítimamente una relación real con la cosa; en particular, a los poseedores. Ello, sin perjuicio, de la relevancia de los restantes terceros.

En otras palabras, un sistema de transmisión debe contemplar las situaciones de quien “deja de ser” titular del derecho –el transmitente– y de quien “adviene” como titular –el adquirente–, pero también debe contemplar quien “está” en relación con la cosa el –titular de la relación real–.

Es habitual que la figura del transmitente coincida con la del poseedor; sin embargo, esto no siempre ocurre y el Derecho debe tomar una posición: tutelar al poseedor o prescindir de él.

Justamente este planteo hace al núcleo central de la tesis. Procuraré demostrar que la tradición, en cuanto considera a los poseedores como integrantes del fenómeno traslativo, contribuye al desarrollo de la paz social¹⁶⁸.

¹⁶⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., tomo II, §658, p. 653.

¹⁶⁸ Véase, especialmente, el Cap. V.

5.2 Pretendido enfrentamiento de la seguridad jurídica estática con la seguridad jurídica dinámica

No es dudoso que un sistema mutación jurídico real debe resguardar a la seguridad jurídica. Sin embargo, desde la obra de Ehremberg, aparecida en 1903 y titulada “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”¹⁶⁹, la seguridad jurídica exhibe diversos perfiles y bajo la denominación global de “seguridad jurídica” se puede estar aludiendo a ideas absolutamente contrapuestas.

La seguridad jurídica “estática” está conectada con la protección de los derechos adquiridos, es decir, con las situaciones jurídicas consolidadas; en cambio, se refiere a la seguridad “dinámica o de tráfico” cuando lo que se resguarda es la apariencia y con ello la circulación de la riqueza. García García indica:

“...la seguridad estática o del derecho subjetivo es una noción romana y exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho pueda admitirse sin consentimiento de su titular. Sería la idea del *nemo dat quod non habet*. Por tanto, cualquier privación o puesta del derecho en manos de distinta persona sin consentimiento del titular, producirían el restablecimiento judicial de su derecho (...) en cambio, la seguridad dinámica o seguridad del tráfico, es una noción germánica, que exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer”¹⁷⁰.

Dicho autor postula que el enfoque adecuado del problema estaría dado por la escuela del análisis económico del Derecho y concluye que estando comprometidas consecuencias económicas que afectan a la sociedad en su conjunto, es mucho más adecuado

¹⁶⁹ Véase la edición efectuada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.

¹⁷⁰ GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261.

tutelar al tráfico que resguardar únicamente un derecho subjetivo individual¹⁷¹.

Pérez Álvarez¹⁷² analiza esta temática desde el prisma del Derecho europeo. Sostiene que el sistema traslativo del título y el modo protegería particularmente al enajenante, pues en el supuesto de que el negocio causal fuera ineficaz, éste tendría la posibilidad de entablar una acción real reivindicatoria para recuperar la cosa porque, en rigor, no habría operado la mutación jurídico real.

Por otra parte, piensa que el sistema de transmisión por el mero consentimiento protegería más enérgicamente al adquirente que al transmitente, pues desde que el encuentro de voluntades se produjera, el nuevo titular estaría legitimado a entablar acciones reales. Con otro mirada, arguye que si el negocio causal fuera ineficaz, por ejemplo por falta de autoría del legitimado para transmitir, el frustrado adquirente podría entablar una acción personal por incumplimiento.

En cuanto al sistema de mutación jurídico real abstracto, la autora postula que protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad de tráfico. Fundamenta su aserto en que si el negocio causal obligacional fuera ineficaz, la transmisión de la propiedad se produciría igualmente y el transmitente solamente tendría a su favor una acción personal por enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, es inequívoco que la desconexión conceptual de ambas seguridades no es recomendable, de allí que se sostiene:

“Lo deseable es que desde una seguridad jurídica estática firme haya una exteriorización de esa apariencia hacia el conjunto de la comunidad, para proteger al tercero de buena fe; plasmando una

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, p. 233

armonización entre la seguridad estática (...) y la seguridad de la apariencia...”¹⁷³.

Considero que es máximo peligro la tendencia que se exhibe en el Derecho comparado acerca de enarbolar los beneficios de un sistema de transmisión inmobiliaria sustentado fundamentalmente en una seguridad jurídica dinámica.

Explica Gonzales Barrón que el adquirente se favorece por las reglas de la seguridad dinámica al momento de la adquisición del derecho, pero que una vez consolidado su derecho como titular de la cosa, éste se vuelve frágil frente a un futuro nuevo adquirente. Concluye el autor:

“En suma, la seguridad jurídica dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesita y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo”¹⁷⁴.

No deben enfrentarse conceptualmente las seguridades estática y dinámica, sino que deben articularse para alcanzar una adecuada tutela de todos los involucrados en una mutación jurídico real.

¹⁷³ ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica. Notariado y registros”, en edición de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 2005, p. 11 y en Temas doctrinarios 2, Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, Buenos Aires, 2007, p. 53.

¹⁷⁴ GONZALES BARRON, Gunther, *El Nuevo Derecho Registral*, Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011, tomo I, p. 84.

5.3 La seguridad jurídica debe prevalecer sobre la denominada seguridad económica. A propósito del seguro de títulos

5.3.1 Planteo del problema

Los Estados Unidos de Norteamérica carecen de la figura del notario tal como lo entendemos en Latinoamérica y cuenta con un sistema denominado “seguro de títulos”, que procura salvar los riesgos que generan las notorias deficiencias que ostenta su sistema de transmisión dominical.

Arruñada lo conceptualiza con las siguientes palabras:

“El ‘seguro de títulos’ (*title insurance*) consiste en un contrato por el cual una entidad aseguradora se compromete a indemnizar al titular de un derecho real en caso de que el título asegurado se demuestre defectuoso y a asumir, en su caso, la defensa jurídica de dicho título”¹⁷⁵.

Esta figura contractual no tiene como propósito mejorar el sistema de constitución del derecho real, sino que apunta a reparar los daños que pueden padecer los otorgantes del acto jurídico con finalidad traslativa. De esta manera, a través del seguro de títulos no se busca que los títulos de los derechos sean más seguros, sino únicamente paliar las consecuencias de un sistema que funciona incorrectamente.

En otras palabras, la teleología del seguro de títulos no reside en otorgar seguridad jurídica a la mutación jurídico real, sino en consagrar una suerte de seguridad económica luego de acontecido

¹⁷⁵ ARRUÑADA, Benito, “El seguro de títulos de propiedad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 681, enero-febrero de 2004, p. 53.

el conflicto¹⁷⁶; no soluciona el problema, simplemente lo suaviza¹⁷⁷; no evita el conflicto, lo compensa¹⁷⁸.

Reflexiona Vallet de Goytisolo:

“La sustitución de la seguridad jurídica propiamente dicha por la seguridad económica de recibir, en su caso, una indemnización en dinero, no sólo no reparará en bastantes casos el daño en su debida medida, sino que puede redundar en un detrimento, cada vez mayor, de la titulación constituyente del contenido de los registros inmobiliarios. De este modo, al incrementarse en lo sucesivo ese detrimento, por razón de inscribirse títulos defectuosos, serían cada vez más numerosos los fallos de la seguridad jurídica propiamente dicha, que el seguro tendría que remediar”¹⁷⁹.

Este contrato tiene la particularidad de que la empresa aseguradora se obliga a defender el derecho del asegurado en el juicio sobre la titularidad de la cosa y solo si resulta vencido pagará la indemnización. Por ello, se dice que el asegurado tendrá

¹⁷⁶ Véase BRASCHI, Agustín O., “Acerca del seguro de títulos: (¿seguro de títulos seguros?)”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 876, p. 266.

¹⁷⁷ Con elocuencia, se explicó el funcionamiento del sistema de la siguiente manera: “Es como si dijeran: si alguien se muere, lo indemnizamos. No tratamos de que no se muera; preparamos todo para darle un entierro de lujo, con el mejor funeral, e indemnizando a los parientes, por supuesto, con los pésames más formales. Ese es el seguro de títulos; sin lugar a dudas, está reemplazando la seguridad jurídica por una seguridad de tipo económico. Es decir, va a existir resarcimiento; pero la seguridad de tipo económico nada tiene que ver con la seguridad jurídica” (ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica. Notariado y registros”, op. y loc. cit.).

¹⁷⁸ Véase GARCÍA COLLANTES, José M., “Valor económico de la seguridad jurídica”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 887, p. 31.

¹⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, *Revista Jurídica del Notariado*, N° 33, 2003, p. 213.

una seguridad económica relativa, ya que tendrá que esperar la resolución judicial para percibir la indemnización¹⁸⁰.

5.3.2 El notariado latino resguarda a la seguridad jurídica estática

El I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en el año 1948, declaró:

“El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que dan fe de su contenido”¹⁸¹.

Carnelutti, en una muy conocida disertación sobre “La figura jurídica del notario”, puso de relieve la trascendencia del escribano en la vida en comunidad.

“...la función notarial es típicamente antiprocesal (...) el notario trata de eludir, con su consejo a las partes y su intervención, la posibilidad de desembocar en un proceso (...) a los notarios les cuadra perfectamente la categoría de 'escultores del derecho'. Porque la función del Notario (...) se encamina directamente a que la voluntad declarada de las partes vaya por sus cauces normales evitando toda posibilidad de litigio. Los romanos a este respecto han dejado esculpidas en tres palabras maravillosas la actividad del jurista. Para ellos el jurista debía 'cavere, postulare, respondere'. Postulare es la actividad específica del abogado defensor. Respondere es la actividad común al Notario y al abogado defensor. Cavere esto es, precaver, que es la función específica del Notario y

¹⁸⁰ Véase MIRANDA, Marcelo W., “La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos”, op. y loc. cits.

¹⁸¹ En igual sentido, se pronunciaron el X Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo, 1969), las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1981), las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982). Para un estado de la cuestión acerca de la naturaleza de función notarial, véase ALTERINI, Ignacio E., “Límites del deber de responder del escribano. Lo cierto y lo falso”, *La Ley*, 2014-D, p. 1131.

sin duda la más alta y hermosa, porque obliga al Notario a hablar claro, con sabiduría y honestidad...”¹⁸².

La actividad notarial no procura alcanzar una respuesta ante el conflicto, sino que busca evitarlo. Esta es una diferencia sustancial con el seguro de títulos, que solo compensa económicamente el problema.

El notario satisface una función social muy relevante que contribuye a consolidar la paz social, pues si previene el conflicto, promueve la concordia.

5.3.3 Importancia del estudio de títulos

El estudio de títulos es una “investigación prolija, personal y crítica del derecho invocado por una persona, que la hace o no indudablemente titular de ese derecho”¹⁸³.

“La más correcta técnica notarial propicia, por regla general, extender tales estudios por un plazo mínimo de veinte años, porque se parte de la suposición de que transcurrido ese lapso desde que se presenta la última imperfección en la cadena de títulos, tal falencia en el emplazamiento jurídico del transmitente se habría expurgado por vía de la usucapión larga o veintenaria en favor de quien o quienes se beneficiaron con la ostentación de la posesión en ese período”¹⁸⁴.

Existe un consenso generalizado acerca de la conveniencia del estudio de títulos en el afianzamiento de la seguridad jurídica y de

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco, en su comunicación en la Academia Matritense del Notariado, del 17 mayo de 1950, *Revista Internacional del Notariado*, año 2, n° 7, julio-septiembre 1950, p. 121.

¹⁸³ MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, “Estudio de títulos de dominio”, *Gaceta del Notariado*, Santa Fe. año 9, mayo/diciembre de 1970, p. 627.

¹⁸⁴ ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles”, *La Ley*, 2008-D, p. 867 y en *Acad. Nac. de Derecho*, 2008 (marzo), p. 1.

su necesidad para la configuración de la buena fe que el art. 392 le exige al subdaquirente para tutelar la apariencia creada¹⁸⁵.

Frente a la ausencia de una norma expresa que imponga la obligación de estudiar los títulos antecedentes, la doctrina controvierte acerca de cuál es la fuente del débito. Una postura la concibe como una obligación *ex-lege* implícita¹⁸⁶, pues

¹⁸⁵ CNCiv., Sala F, 03/11/1978, “Trevisán, José c. Zimmer, José y Monfasani, Juan c. Zanardi de Ferraris, Margarita”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala F, 14/11/1978, “Marciales, Juan, suc. y otra c. N. N. Alvarez Jonte 4072/76”, *La Ley*, 1979-D, p. 103 con nota de Jorge Joaquín Llambías; CNCiv., Sala F, 27/08/1979, “Sigfrido, S. A. en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada, Mario”, *La Ley*, 1980-D, p. 295 con nota de Elena I. Highton - ED 87, p. 252; C. Apel. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 24/02/1981, “Larrea, Osvaldo S. c. Rojas de Figueroa, Laurentina”, *La Ley Online*; CSJN., 11/12/1986, “Inverfin, Cía. Financiera, S.A. c. Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, 1987-C, p. 144; SCJBA, 07/11/1995, “Firinu, Angel A. c. Frigorífico Alca S. R. L. y otros”, *La Ley Online*; CSJN, 19/12/1995, “Martínez, “Hugo O. v. Provincia de Buenos Aires s/ cobro de australes”, *La Ley Online*; CSJN, 13/08/1998, “Giménez Zapiola Viviendas S.A. v. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *La Ley Online*.

¹⁸⁶ Jorge Horacio Alterini argumenta de la siguiente manera: “Yo siempre he pensado que hay directivas en el Código Civil que sustentan la obligación del estudio de títulos; así el art. 902 dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y diligencia mayor será la responsabilidad que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. Acaso no es máxima la responsabilidad que este profesional en ejercicio de una función pública asume como cristizador de la forma con la cual la ley quiere brindarle seguridad a la comunidad. También el art. 909 del Código, donde aletea la figura del buen padre de familia romano, del hombre medio, nos dice que no debe exigirse a los contratantes condiciones especiales para graduar su responsabilidad, pero hace la salvedad de los contratos que suponen una confianza especial entre los contratantes, donde entonces sí, hay que ponderar las condiciones especiales de los agentes y evidentemente hay una confianza especial hacia el escribano, de quienes acuden a la notaría para que les otorgue seguridad jurídica. Desnaturalizar esto, importaría desnaturalizar las esencias mismas de la función notarial. Las obligaciones no tienen porqué ser expresas, pueden nacer implícitas de la ley...” (ALTERINI, Jorge H., “Importancia del estudio de títulos”, Gaceta del Notariado, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88). Conformes con la caracterización como obligación legal implícita: BUERES, Alberto J., en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, tomo 4B, pp.

comprometería a la esencia de la actividad notarial; otro criterio, que es mayoritario, vislumbra que la fuente de la obligación sería el contrato¹⁸⁷.

La matriz diferencial entre las tesis mencionadas se encuentra en la posibilidad de que los otorgantes dispensen al escribano de la realización del estudio de títulos.

Quienes advierten que el estudio de títulos procura tutelar intereses que exceden a los propios de las partes, se encuentran con el insuperable valladar emergente del art. 944 del Código Civil y Comercial, que regla que se puede renunciar a un derecho únicamente cuando “afecta intereses privados”; obstáculo que sortean quienes sostienen la naturaleza contractual de la obligación.

746-748; FERRARI CERETTI, Francisco, "Responsabilidad civil del escribano", *JA* 1986-II, p. 722; ORELLE, José M., en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, cit., tomo 4B, p. 824; CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil notarial", *DJ*, 08/03/2006, p. 571.

Los arts. 902 y 909 del Código Civil derogado se corresponden con el art. 1725 del Código Civil y Comercial: "Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

¹⁸⁷ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., tomo IV-B, §2841, pp. 166-167; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, §1498, p. 421; SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1968, tomo I, Vol. 37, §2118, p. 669; DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La responsabilidad civil del escribano en razón de las deficiencias internas de los instrumentos públicos", en *JA*, 31, p. 255. ALTERINI, Atilio A., "Estudio de títulos", *La Ley*, 1981-B, p. 858; ABELLA, Adriana, "Estudio de títulos", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 833, p. 455.

Sin perjuicio de ellos, no debe perderse de vista que, de adoptarse la tesitura que posibilita la dispensa, ésta solo tendría una eficacia relativa, en razón de que no sería oponible a un tercero ajeno al acto instrumentado. En otras palabras, aun cuando se admitiera la dispensa de la obligación, quedaría latente el deber de responder frente a terceros que resulten lesionados¹⁸⁸.

5.3.4 Síntesis

Auspiciar la mera seguridad económica equivale a resignarse a desarrollar una seguridad jurídica. El sistema de seguros de títulos supone aceptar que los títulos de propiedad son deficientes, pues es obvio que si no hubiera riesgo alguno, o éste fuere superfluo, perdería sentido el instituto.

En definitiva, el problema de fondo se resume en el siguiente interrogante dicotómico: ¿el ordenamiento jurídico debe procurar instalar un sistema de transmisión de derechos reales que evite conflictos sobrevinientes o le basta con compensar las consecuencias dañosas que pueden derivarse?

Sin duda, un régimen jurídico que aspire a alcanzar la paz entre los miembros de la comunidad debe inclinarse por la primera opción y en esa búsqueda la participación del escribano es de singular importancia.

Conflicto y paz son vocablos antagónicos; seguro de títulos y notariado latino, también los son.

6 MUTACIÓN JURÍDICO REAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Desde la óptica del análisis económico del Derecho se dice que el sistema de mutación jurídico real de mayor eficiencia sería aquél en el cual una persona reuniera al mismo tiempo las

¹⁸⁸ Véase D'ALESSIO, Carlos M., en su disertación "Estudio de títulos y responsabilidad del notario", producida en la Asamblea Ordinaria 2009 del Consejo Federal del Notariado Argentino, Mendoza, 19 y 20 de marzo de 2009.

siguientes condiciones: a) el interés en la integridad de la cosa; b) el poder jurídico de garantizar dicha integridad; y c) el contacto físico con la cosa¹⁸⁹.

El sistema de transmisión consensual no reúne esos extremos, pues quien tiene interés en la integridad de la cosa es el acreedor de la obligación de dar emergente del contrato con eficacia real. Sin embargo, éste se convierte en titular de la cosa por la mera energía del contrato sin que sea necesario que el transmitente le haga entrega de la cosa, la que todavía puede estar bajo el poder del transmitente o de un tercero. Existe una disociación entre quien tiene el interés en la integridad de la cosa y quien exhibe un contacto material con ella.

La misma consideración se puede formular respecto de los sistemas de mutación jurídico real concausal en los que el modo está integrado por la inscripción registral. También, en aquellos sistemas que aceptan la denominada “tradicción instrumental”, pues mucho se asemejan al modelo de la transmisión *solo consensu*.

Con otra óptica, en el sistema abstracto de transmisión quien tiene el interés en la integridad de la cosa y se encuentra en contacto físico con ella, puede no ser el titular de la cosa y por tanto no gozar del poder jurídico para garantizar la integridad de la cosa. Verbigracia, en el derecho alemán se puede haber concertado un contrato de compraventa y satisfecho las obligaciones principales emergentes del él, es decir la entrega de cosa y el pago del precio, y sin embargo, no ser el titular de la cosa. En Alemania la mutación jurídico real se provoca con el acuerdo real abstracto y la inscripción registral, con prescindencia de la realidad jurídica material.

¹⁸⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, Barcelona, 2008, p. 15, con cita de Sacco.

Bajo esos parámetros, pienso que sistema de transmisión inmobiliaria más eficaz es el título y modo, donde éste es la tradición por actos materiales. En esta matriz coinciden las tres situaciones bajo análisis en cabeza del adquirente: interés en la integridad de la cosa, poder jurídico para garantizarla y relación material con ella. Antes de la tradición de la cosa, quien está interesado (acreedor) en su integridad no tendrá, en principio, un poder jurídico para defenderla –pues no será su titular– y no establecerá, por regla, el contacto físico con ella.

7 ESTUDIO DINÁMICO DE LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA

7.1 Introducción

Luego de haber realizado un análisis estático de las diversas matrices de mutación jurídico real que conviven en el Derecho comparado, procuraré examinarlas en su faz dinámica con el objeto de que se puedan visualizar las importantes diferencias que exhiben frente al conflicto.

Para tal cometido, intentaré encontrar la respuesta que cada matriz de mutación confiere en los siguientes supuestos: a) adquisición sin autoría del legitimado; b) el denominado caso de doble venta; c) consideración del poseedor que no es titular de la cosa, y d) asunción de los riesgos que sufra la cosa.

Con el objeto de facilitar la comparación, reduciré el análisis a los ordenamientos jurídicos francés, alemán, suizo, español y argentino, como representantes de las diferentes matrices de mutación jurídico real.

7.2 Adquisiciones sin autoría del legitimado

7.2.1 Caso hipotético

Una persona (A) en virtud de un apoderamiento apócrifo le vende un inmueble que no le pertenece a otra (B), quien a su vez lo transmite a un tercero (C) a título oneroso.

7.2.2 Soluciones comparadas

7.2.2.1 Derecho francés

Los Mazeaud afirman que es posible aplicar la doctrina del *error communis facit jus* (el error común es fuente de derecho) aun frente a la regla de derecho según la cual nadie puede transmitir lo que no le pertenece, principio que fundamenta el art. 1599 del *Code* que establece la nulidad de la venta de una cosa ajena¹⁹⁰.

Con relación al error amparado, explica Tobías:

“La tutela del tercero requiere (...) la existencia de un error universal, colectivo, aquél debe ser común a los miembros del medio social. La noción del error es ‘objetiva’; el error individual del tercero será insuficiente para fundar la adquisición de derechos fundada en la apariencia. No se puede prescindir totalmente, sin embargo, de un componente subjetivo; el error de quien pretende beneficiarse de los efectos de la apariencia debe ser individualmente justificable y su comportamiento, además de excusable, debe ser razonable”¹⁹¹.

No debe perderse de vista que según el Decreto-ley del 4 de enero de 1955 (art. 30-1): “Los actos y sentencias sometidos a publicidad (...) si no han sido publicados, son inoponibles a los terceros que han adquirido del mismo autor, derechos concurrentes sobre el mismo inmueble, en virtud de actos o decisiones sometidos a la misma obligación de publicidad y publicados o que han hecho inscribir privilegios e hipotecas...”.

7.2.2.2 Derecho alemán

Ya se ha reflexionado acerca de que el BGB procura tutelar desequilibradamente al adquirente del derecho en procura de la obtención de una máxima seguridad del tráfico, aunque ello

¹⁹⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen IV, p. 118-120.

¹⁹¹ TOBIÁS, José W., “Apariencia jurídica”, *La Ley*, 1994-D, p. 316.

signifique un debilitamiento de las situaciones jurídicas consolidadas.

“Consideraciones de seguridad jurídica y protección del tráfico han hecho que en el Ordenamiento alemán la balanza, en el conflicto de intereses que toda adquisición *a non domino* implica se incline a favor del adquirente adoptando criterios de justicia distributiva en la medida en que reconoce el ejercicio de las acciones propias del enriquecimiento sin causa (§ 816 BGB). El instrumento utilizado por este Ordenamiento para hacer efectiva la protección del tráfico es el principio de la apariencia jurídica. Titular de la misma es el Registro de la Propiedad, de mayor eficacia que la creada por la posesión, aunque este no es lugar para tratar esta cuestión, quedando destruida cuando el adquirente conoce positivamente de la inexactitud registral o existe asiento de contradicción”¹⁹².

La norma fundamental del BGB es el § 892: “1. El contenido del registro inmobiliario se considera exacto en favor de aquellos que adquieren, mediante negocio jurídico, un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se extienda un asiento de contradicción contra la exactitud o la inexactitud sea conocida por el adquirente. Si el titular se encuentra limitado en el poder de disposición sobre un derecho inscrito en el registro inmobiliario en beneficio de una determinada persona, la limitación solo es eficaz frente al adquirente si resulta del registro inmobiliario o si es conocida por el adquirente. 2. Si para la adquisición del derecho se exige la inscripción, en lo que se refiere al conocimiento del adquirente, es determinante la fecha de presentación de la solicitud de inscripción, o si el acuerdo exigido por el § 873 no se concluye hasta más tarde, es determinante la fecha del acuerdo”.

Repárese en que la tutela del adquirente de buena fe no matiza –como sí lo hacen otros ordenamientos– en la onerosidad

¹⁹² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Breves reflexiones sobre las adquisiciones a *non domino* de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, cit., pp. 1557-1558.

del título; aun cuando se trate de un acto a título gratuito el adquirente se ve beneficiado de la apariencia creada.

En el derecho alemán se protege la adquisición *a non domino* como resultado de la confianza que el adquirente depositó en el registro.

7.2.2.3 Derecho suizo

El art. 973 del ZBG dispone: “El que de buena fe, fundándose en una inscripción en el Registro, haya adquirido una propiedad u otros derechos reales, debe ser protegido en su adquisición...”.

A su turno, el art. 974 exceptúa la tutela del adquirente cuando el derecho real se inscribe indebidamente, lo que ocurre cuando se realiza “sin derecho o en virtud de un acto jurídico no obligatorio” y el tercero conocía o debía conocer el vicio.

7.2.2.4 Derecho español

El art. 34 de la Ley Hipotecaria española preceptúa: “El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

El derecho español sacrifica el interés del verdadero titular del inmueble cuando ante un adquirente de buena fe a título oneroso, en pos de la protección del tráfico jurídico, consagrándose la inatacabilidad del derecho del adquirente. Explica Albaladejo:

“La adquisición *a non domino* que realice otro de un derecho real hacer perder éste a su titular verdadero. Ahora bien, quedan a salvo las acciones personales que le correspondan por razón de la

privación que sufrió o del perjuicio o del empobrecimiento que se le irrogó”¹⁹³.

7.2.3 Derecho argentino

El art. 392 del Código Civil y Comercial regla que el derecho real¹⁹⁴ transmitido a un tercero sobre una cosa registrable, por quien resultó adquirente en virtud de un acto nulo¹⁹⁵, es de ningún valor, y el titular puede perseguir directamente el objeto, aun en manos de terceros.

Esa directiva general se encuentra fundada en la protección de la seguridad jurídica estática¹⁹⁶ y cede frente a un subadquirente de buena fe y a título oneroso; es decir, se sacrifica a la seguridad estática en beneficio del tráfico negocial, o seguridad dinámica¹⁹⁷, para resguardar los derechos de aquellos que contrataron con base en la confianza fundada en la aparente titularidad de que estaba investido el transmitente.

Ahora bien, “los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho” (art. 392, *in fine*). Significa que no se tutelan las adquisiciones las efectuadas sin autorización del titular del derecho.

La dinámica de la norma es la siguiente: si “B” adquiere un derecho real sobre una cosa registrable de “A” en virtud de un acto nulo y luego lo transmite a “C”, “A” podría luego perseguir el

¹⁹³ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, cit., tomo III, “Derecho de bienes”, Vol. I, p. 136.

¹⁹⁴ El ámbito de aplicación del art. 392 comprende, también, a los derechos personales.

¹⁹⁵ El art. 392 no distingue entre clases de nulidad, motivo por el cual debe entenderse que abraza tanto a la nulidad relativa, como a la absoluta.

¹⁹⁶ Véase Cap. I, §5.2.

¹⁹⁷ Véase Cap. I, §5.2.

objeto contra “C”. La facultad reipersecutoria de “A” se detendría si “C” hubiera adquirido de “B” de buena fe y a título oneroso, salvo que “A” no hubiera participado del acto de adquisición de “B”.

No hay autoría del titular, por ejemplo, si la escritura fuese falsificada. También se pueden visualizar como casos de actos sin autoría del titular a las escrituras falsas provocadas por quien comparece ante el escribano con documentos falsificados¹⁹⁸. En general, detrás de la escritura falsificada hay una venta de cosa ajena, y esta venta es un acto inoponible para el dueño que no participó del acto, o acaso mejor irrelevante¹⁹⁹.

¹⁹⁸ ALTERINI, Jorge H., “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, *JA*, 1971, p. 634 y *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, N° 21, 1971: “...cuando yo aprovecho la incapacidad de un señor, o me valgo de una acción dolosa, o de otro vicio de la voluntad, y logro que me vendan un inmueble, y lo traslado a un subadquirente de buena fe y a título oneroso, ese propietario participó del acto, tiene autoría, actuó disminuido en su capacidad e inferiorizado por un vicio de la voluntad, pero actuó. No hay autoría del propietario si la escritura fuese falsificada, supuesto muy hipotético si pensamos en una muy improbable complicidad notarial, pero no descartable porque en el mundo de las relaciones humanas puede haber quienes desmientan la limpia tradición del notariado argentino. También podemos imaginar escrituras falsas provocadas por quien comparece ante el escribano con documentos falsificados y le dice: yo soy Juan Pérez, y como el actuario no es una agencia de información, puede creer con absoluta buena fe en la autenticidad de esos documentos. No son ejemplos producto de la imaginación, hay casos jurisprudenciales en ese sentido. Ese señor que no es Juan Pérez —quien se hallaba en el extranjero— sino por el contrario un comodatario de Juan Pérez, un locatario de Juan Pérez que detentaba el inmueble, lo vende a quien (adquirente) a su vez lo traslada a un subadquirente de buena fe y a título oneroso [...]. Similares alternativas pueden presentarse con la invocación de un mandato del propietario inexistente o revocado y hasta sin la necesidad de que quien transmite por escritura falsificada sea poseedor o tenedor del inmueble, baste pensar en un inmueble no edificado donde la ‘tradición’ falsa podría ser concretada por quien nunca lo ocupó”.

¹⁹⁹ Se define a los actos irrelevantes como “...aquellos que carecen de sustancia, es decir que no han alcanzado a ser actos jurídicos. Como derivación de su imperfección sustancial, no tienen operatividad. Así, el acto sin autoría del legitimado es nulo por defectos en el elemento subjetivo y, por tanto, no perjudica

¿Cuándo el subadquirente es de buena fe?

Para que el subadquirente pueda invocar su buena fe es preciso “el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial” (art. 1902, *in fine*, Código Civil y Comercial).

La importancia del estudio de títulos para la configuración de la buena fe del subadquirente en una transmisión inmobiliaria triunfó en la doctrina judicial que se expidió durante la vigencia del Cód. Civ. derogado²⁰⁰.

Por otra parte, no es compatible la exigencia de que la adquisición deba ser a título oneroso y se excluya de la tutela a los subadquirentes a título gratuito. Tobías, partícipe del criterio de la onerosidad adoptado por el Código, apunta:

“La concepción tradicional es que el conflicto de intereses entre el titular del derecho y el indicado subadquirente debería resolverse a favor del primero atendiendo a que el segundo solo se verá privado de un incremento patrimonial (lucro captando), mientras que quien adquirió a título oneroso detenta, en cambio, un interés superior consistente en el daño que se debe evitar (*damno vitando*). En rigor, en el indicado conflicto se encuentra involucrado un contenido de interés general: el de la seguridad del tráfico y el de que alguien no se vea privado de sus derechos sin su intervención plena y voluntaria, resultando una cuestión de política legislativa priorizar un interés general en detrimento del otro, también general. De cualquier modo, la verdadera cuestión consiste en establecer la ‘extensión’ que en todo caso debe adjudicarse a la tutela del primer interés respecto del segundo y, desde ese aspecto, su ampliación a la

a los terceros ni puede invocarse por ellos como fundamento o fuente de un derecho. Son evidentemente actos irrelevantes para los terceros” (ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 22).

²⁰⁰ Véase Cap. I, §5.3.3.

protección del tercero cualquiera fuera la naturaleza del acto (oneroso o gratuito), nos parecía inconveniente”²⁰¹.

Las prevenciones contra la donación, ya presentes en el antiguo derecho romano, estimularon el nacimiento de los prejuicios con relación a las adquisiciones a título gratuito²⁰².

Esos prejuicios derivaron en que frente a un adquirente a título oneroso, que merecía ser tutelado porque debía evitarse dañarlo (*damno vitando*) y un adquirente a título gratuito, que no requería ser protegido ya que únicamente era beneficiario de un lucro que procuraba conservar (*lucro captando*), se debiera optar por el primero de ellos²⁰³.

Lo cierto es que si al adquirente a título gratuito se lo priva del bien, también se le causa un daño en su patrimonio. Piénsese en, por ejemplo, un subadquirente que adquirió un inmueble en virtud de un donación y que en virtud de esa adquisición contrajo

²⁰¹ TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), pp. 1109-1110.

²⁰² Ihering explica esa realidad con estas reflexiones: “La teoría de la tradición no distingue entre el acto oneroso y el acto a título gratuito. Otra cosa ocurre con la *mancipatio* de las *res Mancipi*, única forma existente, en el antiguo derecho, para el traspaso de la propiedad romana (...). Sólo la venta podía, en esta época, determinar al propietario a transferir su propiedad (...). La idea de una donación no hallaba su expresión jurídica. El antiguo romano no donaba. Durante ese tiempo, el que quería dar no lo conseguía más que revistiendo la donación de la forma de una *mancipatio* (venta simulada) (...) la *mancipatio* atestigua que el más antiguo derecho romano ignora la transferencia de la propiedad a título gratuito, y sólo conoce la transferencia a título oneroso. Así es el mismo derecho quien obliga a la donación a ocultarse bajo la forma de otro acto, al parecer lo que en realidad no era...” (*El fin en el derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez, Madrid, Editor B. Rodríguez Serra, s/f, pp. 177-178).

²⁰³ El propio Vélez Sarsfield se dejó influir por este criterio y en sus notas a los arts. 967 y 3309 sostuvo que los adquirentes a título gratuito sólo trataban de obtener una ganancia, mientras que en la correspondiente al art. 2096 apuntó que “el donatario en verdad nada pierde”.

legítimamente deudas por el respaldo patrimonial que esa cosa le generó. Es evidente que el subadquirente, frente a una declaración de ineficacia, no solamente sufriría la privación de un lucro, sino un nítido menoscabo en su patrimonio. Así, enfáticamente, se dijo:

“Si el donatario está expuesto a tantas vicisitudes, si la donación despierta tantas suspicacias, hasta sería más congruente prohibirla, que incurrir en el absurdo de admitirla, pero desalentarla y desgarnecerla de protección. El mismo asombro y rechazo debería provocar el trato tan despectivo hacia la donación que su directa prohibición”.

“El dogma del título oneroso olvida que en la realidad viva del derecho, que todos conocemos, las operaciones más puras y transparentes son generalmente las gratuitas. Se olvida también, que como lo puntualiza Ferrara, ‘...todo negocio puede emplearse para disfrazar una liberalidad’ (...). El resultado no querido y francamente indeseable, es la sospecha, habitualmente infundada, hacia el título gratuito irreprochable y el distraído respeto del título oneroso, pese a que todos somos sabedores de que las negociaciones más espurias no vacilan en refugiarse en la onerosidad”²⁰⁴.

Por todas esas razones, el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 se decidió por incorporar como principio informador del sistema a la tutela de la buena fe y del título gratuito, orientación exitosa en los derechos suizo (art. 973, Código Civil), francés (art. 30 del decreto sobre publicidad inmobiliaria del 4 de enero de 1955) y de Quebec (art. 2962, Código Civil)²⁰⁵.

El art. 1051 de ese Proyecto preceptuaba: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha llegado a ser

²⁰⁴ ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, *Acad. Nac. de Derecho*, 2001, p. 47.

²⁰⁵ Véase, también, ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), pp. 1110-1112.

propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo contra el tercer adquirente de derechos reales de buena fe sea el acto nulo o anulable...”.

7.3 La llamada “doble venta”

7.3.1 Caso hipotético

Una persona vende un inmueble de su titularidad a varias personas sucesivamente. Ante ese conflicto, se debe determinar quién adquirirá el derecho real y qué alternativas tendrán quienes vean frustrado su crédito.

7.3.2 Soluciones comparadas

7.3.2.1 Derecho francés

En un sistema causal de mutación consensual debería prevalecer el comprador que primeramente hubiera celebrado el contrato. Las restantes contrataciones configurarían ya no supuestos de “doble venta”, sino de ventas sin autoría del legitimado, pues esta calidad estaría en cabeza de quién compró en primer lugar.

Los Mazeaud alertaron sobre los riesgos del sistema:

“Al ser transmitida la propiedad por el solo cambio de los consentimientos, es de temer que el enajenante, cuando haya conservado la cosa en su poder, la ofrezca a un segundo adquirente que ignore la primera enajenación y que será engañado por la apariencia; este segundo adquirente no llegará a ser propietario; ya que el enajenante había perdido definitivamente la propiedad a favor del primer adquirente. El peligro se descarta en las legislaciones que hacen que la transmisión de la propiedad dependa de una tradición real, efectiva: mientras que el enajenante conserve la posesión, sigue siendo el propietario; resulta suficiente, pues, para

el adquirente asegurarse de que su enajenante tiene la posesión...”²⁰⁶.

Esa deficiencia estructural del sistema se resuelve mediante la inscripción registral con efectos declarativos, que en Francia se establece para las transmisiones inmobiliarias. El segundo párrafo del art. 1198 del Código francés vigente establece que frente a transmisiones de fuente contractual sucesivas se prefiere el derecho de quien primeramente “...ha publicado su título de adquisición pasado en la forma auténtica al fichero inmobiliario...”, siempre que sea de buena fe.

7.3.2.2 Derecho alemán

En el régimen alemán el supuesto de doble venta se plantea cuando coexisten varios negocios obligatorios y uno dispositivo. A partir del estudio del BGB se concluye que todos los contratos de compraventa son eficaces, pero únicamente puede transmitirse el derecho sobre la cosa a un solo adquirente, y que los demás deben ser resarcidos.

El vendedor, al perfeccionarse la mutación jurídico real, pierde la facultad de disposición que integra el elenco de facultades del titular del derecho real, por lo que las enajenaciones posteriores serán ineficaces, con excepción de lo reglado por el §932²⁰⁷.

²⁰⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen IV, cit., §1619, p. 332-333. Continúan explicando que: “Así, a falta de tradición o de inscripción en el registro de la propiedad, el enajenante está obligado para con el adquirente, es deudor de la transmisión; pero ha conservado la propiedad, que puede transmitirle regularmente a un segundo adquirente. Éste no tendrá que sufrir, pues, por las precedentes enajenaciones que no hayan ido seguidas de tradición o de inscripción”.

²⁰⁷ Véase FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina, *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, cit., p. 144.

7.3.2.3 Derecho suizo

El ordenamiento suizo no contiene ninguna norma explícita encaminada a resolver los problemas derivados de la llamada doble venta.

La solución debe hallarse en sus principios transmisivos. Existe un consenso generalizado en la doctrina autoral suiza acerca de que en caso de doble venta de un inmueble será titular el que primero lleve a cabo la inscripción en el registro, independientemente de la fecha de los títulos²⁰⁸, en atención a que la registración tiene alcances constitutivos.

7.3.2.4 Derecho español

El art. 1473 del Código Civil español regla: “Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores (...) la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe”.

De la mera lectura de la norma surge el siguiente interrogante: ¿por qué un sistema que requiere la confluencia de título y modo, donde éste es la tradición, prefiere a quien inscriba, en lugar de hacer prevalecer al poseedor?

Esa falencia estructural determinó que se sostuviera que en ese caso la inscripción hace las veces de modo para la transmisión del derecho real²⁰⁹.

²⁰⁸ Véase RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, “*Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil”, ADC, tomo LXII, 2009, fasc. IV, p. 1694.

²⁰⁹ Véase NUÑEZ LAGOS, Rafael, “El Registro de la Propiedad español”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 250, 1949, pp. 159-160; PAU PEDRÓN, Antonio, “Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 625, 1994, pp. 2187 y ss.

Se justifica tal orden de prelación con la siguiente fundamentación:

“...no supone una excepción a la regla general del sistema traslativo del dominio, sino una simple especialidad resolutoria de un supuesto concreto de conflicto, cuyo contenido, ni sustituye a la tradición por la inscripción, ni atribuye a ésta un carácter constitutivo. Quiere decirse con ello que, en el supuesto de doble venta, existe título y modo en ambos casos; y precisamente porque en ambos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas; y dicho criterio no puede ser otro que primar la apariencia (la apariencia es para el Derecho lo que las intenciones son para la ética): y esta apariencia es, en primer lugar, la inscripción en el Registro y, en defecto de ésta, la posesión”²¹⁰.

Con similar mirada, Gordillo Cañas apunta:

“...la finalidad pretendida por el art. 1473 no es establecer un alternativa excepcional al sistema adquisitivo ordinario, sino, supuesto éste, establecer criterios de solución a la incompatibilidad resultante de la patológica concurrencia de varios procesos adquisitivos ya consumados, regulares y válidos cada uno de ellos en su consideración aislada o separada. Se entiende, así, que la inscripción determinante de la preferencia del comprador que publica su adquisición en el Registro de la Propiedad no supla ni haga las veces de la tradición-modo, sino que la suponga ya realizada en el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462.II CC) sin la cual, ordinariamente, no es posible la práctica de la inscripción (art. 3 LH)”²¹¹.

²¹⁰ LÓPEZ BURNIOL, Juan J., “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”, op. y loc. cit.; pto. VI, B), 3.

²¹¹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica”, cit., p. 194

Tampoco aquí puede prescindirse de la exigencia de la buena fe del que primero inscribe. Se ha dicho:

“En torno del art. 1473 la jurisprudencia española ha considerado que la preferencia en favor del que primero inscribe la venta del inmueble (apartado segundo), exige la condición de que sea de buena fe, conclusión lógica, sobre todo porque el requisito de la buena fe aparece para los muebles en el apartado primero y para los inmuebles si no hay inscripción en el apartado tercero. También se ha interpretado que no será e buena fe si conoce la venta anterior no inscrita, siempre que ella haya sido acompañada de la posesión del inmueble, puesto que sin la posesión el adquirente anterior no era dueño (art. 609 del Cód. Civ. español), y el conocimiento que obsta a la buena fe es el de las circunstancias de carácter real y no el de la existencia de meros derechos de crédito”²¹².

7.3.3 Derecho argentino

El art. 756 del Código Civil y Comercial establece ciertas reglas para ese conflicto: “Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior”.

Si bien me ocuparé esa norma en el ámbito del Capítulo III²¹³, advierto, como primera aproximación, que se prefiere al acreedor que hubiera devenido en titular del derecho real y lo hubiese publicitado suficientemente, siempre que fuera de buena fe y a título oneroso.

²¹² ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, op. y loc. cit., pto. II; Véanse, también, las obras que cita el autor.

²¹³ Véase Cap. III, §3.5.

En todos los casos, los acreedores frustrados contarán con acciones personales de daños para satisfacer las lesiones sufridas (art. 758, Cód. Civil y Comercial).

7.4 Tutela del poseedor que no es titular del inmueble

7.4.1 Caso hipotético

Una persona celebra un contrato de compraventa de un inmueble del que es dueño, pero cuya posesión la exhibe otro. El interrogante que suscita el supuesto es si el derecho real puede transmitirse con prescindencia de la relación real establecida por una persona distinta del vendedor.

7.4.2 Soluciones comparadas

7.4.2.1 Derechos francés, alemán y suizo

Las matrices de mutación jurídico real por el mero consenso, por el título y el modo cuando éste es la inscripción constitutiva, y los sistemas abstractos prescinden de la realidad viva y se ocupan únicamente de las titularidades “formales”²¹⁴.

Por ese divorcio entre las realidades material y jurídica, los poseedores no encuentran ninguna protección en esos modelos y los titulares pueden transmitir sin cortapisas los derechos reales de que se traten.

7.4.2.2 Derecho español

Ya se señaló la disparidad de criterios en las doctrinas autoral y judicial españolas acerca de la posibilidad de que opere la mutación jurídico real, a través de la tradición instrumental, en el supuesto de que el *tradens* no tenga la posesión de la cosa²¹⁵.

²¹⁴ Véase Cap. IV, §7; también, Cap. V, §5.

²¹⁵ Véase Cap. I, §2.2.2.2.

De aceptar la tesis que permite la transmisión en esas condiciones, el poseedor se encontraría en la misma situación jurídica que en el sistema consensual. En caso contrario, el escenario sería similar al que expondré para el Derecho argentino.

7.4.3 Derecho argentino

Para que la tradición quede configurada debe ser realizada a través de actos materiales de por lo menos una de las partes, lo que implica la tutela de los fenómenos posesorios porque no puede haber tradición si hay un contradictor en la relación real, es decir, si la cosa que se pretende transmitir no está en posesión vacua.

La garantía de la vacuidad de la posesión protege a los poseedores con interés legítimos en esa relación real²¹⁶.

7.5 La asunción de los riesgos

7.5.1 Caso hipotético

Una persona vende una casa de su titularidad a otra, pero antes de su entrega al *accipiens* se desmorona el techo del inmueble. El accidente se ocasiona en la oportunidad en que el vendedor se encontraba realizando la mudanza con su familia y el personal de una empresa de transportes, lo que deriva en daños a ellos y, obviamente, al inmueble.

¿Quién debe responder por las consecuencias dañosas?

7.5.2 Remisión

Analizaré la cuestión en el Capítulo III, al que remito²¹⁷. Sin perjuicio de ello, adelanto mi opinión acerca de que cualquier solución que prescindiera de la tradición para la traslación de los riesgos de la cosa es repudiable por injusta, pues no es lógico que

²¹⁶ Véase Cap. II, §3.2.4.6.

²¹⁷ Véase Cap. III, §3.4.

alguien deba responder por los daños ocasionados si no tiene el “control” de la cosa.

CAPÍTULO II

LA TRADICIÓN INMOBILIARIA CONSIDERADA EN SÍ MISMA

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Alcances del vocablo “tradición”

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia española, el vocablo “tradición”, que tiene su origen en la voz latina *tradere*, significa: “Entrega a alguien de algo” (quinta acepción).

Sánchez Román previene acerca de que “tradición” en el escenario jurídico adquiere perfiles propios y distintos que los ordinarios:

“No es la tradición, en su sentido gramatical, lo que en su sentido jurídico. En el primero, equivale á entrega, y, por tanto, constituye siempre un hecho, el acto de entregar una cosa. En el segundo, significa derivación ó transmisión de derechos reales ó sobre las cosas (...). De esto se deduce que puede existir entrega de cosa sin que haya verdadera tradición jurídica ó de los derechos que por ella se pretende derivar á favor del adquirente, como asimismo falta esa entrega material y sin embargo, producirse la tradición jurídica”²¹⁸.

Evidentemente el autor elabora su reflexión con el foco puesto en la tradición posesoria cuando ella participa de la integración

²¹⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de derecho civil*, 2º edición, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, tomo III, pp. 234-235.

del derecho real, pero prescinde en su mirada de las restantes funciones que ella satisface.

La tradición no es propiamente la entrega de la cosa, sino que es el acto en virtud del cual el *tradens* le entrega el *corpus* de la cosa al *accipiens*, quien lo recibe, para lo cual es menester la ejecución de actos materiales de, por lo menos, una de las partes involucradas (arts. 1922, inc. b], y 1924, Código Civil y Comercial).

1.2 Corpus

1.2.1 Caracterización y adquisición

El *corpus*, o cuerpo de la relación real, es un poder fáctico que se entabla cuando una persona ejerce determinados actos materiales sobre una cosa (arts. 1908, 1909, 1928, Código Civil y Comercial).

No se trata de una mera relación material, pues exige un mínimo de voluntad para produzca consecuencias jurídicas²¹⁹. Con relación esta cuestión, se ha dicho:

“Es que el solo contacto físico entre una persona y una cosa no denota el *corpus*, pues es menester que es relación física sea querida por quien tiene capacidad de quererla. Así no involucra *corpus* la relación física que mantiene un niño de meses con su ‘chupete’, o un demente con un inmueble, pues carecen del mínimo de voluntad reconocida por el derecho que los haga capaces de adquirir la posesión...”²²⁰

Según el inc. b) del art. 1922 del Código Civil y Comercial, el *corpus* puede adquirirse voluntariamente mediante: a) el contacto con la cosa; b) la posibilidad física de establecer ese contacto; o c) el ingreso de la cosa en el ámbito de custodia del adquirente. Son

²¹⁹ Véase ALLENDE, Guillermo L., *La posesión*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 11.

²²⁰ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §139 bis, p. 212.

los tres tramos conceptuales para la configuración del *corpus* que expusiera Savigny²²¹.

Pienso que la aplicación de la teoría de la custodia como vía para adquirir relaciones reales a través de la tradición, no es más que una resonancia particular de la categoría de la posibilidad física de establecer un contacto con la cosa. Ello pues si la cosa ingresa en el ámbito de la custodia de una persona, ella tiene de ordinario la posibilidad de entablar un contacto físico con ella.

Las alternativas para alcanzar el cuerpo de la cosa denotan que no es menester mantener permanentemente un contacto físico con ella. Piénsese, por ejemplo, en una persona que es titular de dominio de una casa que la utiliza durante un mes al año para el descanso estival. ¿Significa que durante el resto del año pierde el *corpus* sobre ella? La respuesta negativa se impone, pues esa

²²¹ SAVIGNY, *Tratado de la posesión, según los principios del derecho romano*, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid, 1845. Postuló: “El que tiene una pieza de moneda en su mano, es sin duda alguna su poseedor; y de este caso y otros semejantes se ha deducido la idea de un contacto corporal en general que constituya la esencia de toda adquisición de la posesión. Pero este caso encierra todavía otra cosa que solo accidentalmente se halla unida á este contacto corporal: esta es la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa, y de escluir toda influencia extraña. Nadie negará que nuestro caso encierra ambas cosas, lo que nos prueba que su coexistencia es solo accidental, y que esta posibilidad es susceptible de existir sin contacto, así como también el contacto sin esta posibilidad. Decimos desde luego que la posibilidad es susceptible de existir sin contacto, porque el que puede apoderarse en cualquier instante de una cosa que tiene ante sí, no es ciertamente dueño absoluto del mismo modo que si ya la hubiese cojido. En segundo lugar, decimos que el contacto puede existir sin posibilidad; porque el que se halla atado con cuerdas se halla en un contacto inmediato con ellas, y sin embargo mas fácilmente se podría decir que ellas le poseen, que lo contrario” (§ 14, p. 114). Y luego agregó: “El que ha herido mortalmente a una bestia salvaje, y la persigue muy de cerca, aun no es poseedor, mientras realmente no la ha cogido ó dado muerte; porque es posible todavía que por mil medios se escape completamente, y en tal caso no ha estado un solo instante en disposición de ejercer influencia (...). Pero, al contrario, podemos adquirir la posesión de una cosa, únicamente por haber sido depositada en nuestra casa, aun hallándonos ausentes de ella...” (§18, p. 128).

persona mantiene la posibilidad de restablecer el contacto físico con la cosa cuando le parezca oportuno.

1.2.2 Conservación

El art. 1929 del Código Civil y Comercial dispone: “La relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna causa transitoria”.

Un sector de la doctrina sostiene que el art. 1929 establece la regla de la conservación de la posesión solo *animus*²²², siguiendo los postulados del art. 2445 del Código Civil derogado²²³.

Para la comprensión del art. 1929 hay que tener presente que se trata de una norma común para la posesión y la tenencia, y aun para los llamados servidores de la posesión, donde el elemento que comparten todas esas relaciones de poder, o mejor relaciones reales, es el *corpus* o cuerpo de la relación real.

En ese contexto, lo que quiere decir la norma es que la relación real subsiste mientras no se presente alguna de las causales de extinción previstas por el art. 1931. Allí se enuncia

²²² GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, cit., tomo I, p. 222-223; PICADO, Leandro, en CURÁ, José M. (Director) y VILLALONGA, Julio C. (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo V, pp. 150-151; COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 318-319; Molina Quiroga, Eduardo, *Manual de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 56; KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, tomo I, pp. 161-163. Este último autor señala: “Si bien cuando se alude a la conservación de solo ánimo se trata de la posesión, ya que la tenencia no requiere el *animus*, las reglas expuestas sobre la conservación también son aplicables. La tenencia, en suma, se conserva también por inercia, mientras no suceda un hecho o acto que determine su extinción” (la transcripción consta en p. 163).

²²³ Art. 2445: “La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria”.

como causal extintiva a “la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia” (inc. c)).

Ya Iburguren, al comentar el art. 2445 del Código Civil derogado, se apresuró a destacar que la idea de la conservación “solo ánimo” no es exacta ni siquiera en Savigny, quien no niega la necesidad de mantener el *corpus*, pero lo admite en términos menos severos que al tiempo de adquirir la posesión, pues si se “exigiera que para conservar la posesión de la cosa, estuviéramos siempre sobre ella, nos pasaría lo que al caracol, que está obligado a llevar la casa encima”²²⁴.

Es que el *corpus* subsiste mientras exista la posibilidad física de entablar la relación con la cosa.

En consecuencia, cuando el ejercicio de la relación real “esté impedido por alguna causa transitoria”, no por ello se afecta al *corpus*, pues tal transitoriedad descarta “la imposibilidad física perdurable”, que sí es causal de extinción de la relación real.

En definitiva, la relación real se conserva solo *corpus* y recién se extingue cuando se lo pierde²²⁵.

El Código Civil y Comercial, con el objeto de facilitar la prueba de las relaciones reales, establece una presunción *iuris tantum* de continuidad. Regla el art. 1930: “Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que el sujeto actual de la posesión o de la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio”.

²²⁴ IBARGUREN, Federico, *Apuntes de derecho civil, Libro III*, cit., p. 123.

²²⁵ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 319-320.

1.3 Escenarios de la tradición

La tradición puede desenvolverse en diversos ámbitos del escenario jurídico: a) en la adquisición de relación reales, ya sea como poseedor o como tenedor, e incluso como servidor de la posesión; b) en el cumplimiento a una obligación de dar cosa cierta; b) en la integración de derechos reales que se ejercen por la posesión.

Analizaré aquí a la tradición integrativa del derecho real, es decir como modo del derecho real, pero considerada en sí misma con el objeto de procurar encontrar su verdadera naturaleza jurídica, sin perjuicio de los aspectos obligacionales y reales que involucra.

2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRADICIÓN CON FINALIDAD TRASLATIVA DE DERECHO REAL

2.1 Estado de la cuestión

2.1.1 Hecho jurídico

Se ha postulado que la tradición dependería fundamentalmente del título para producir efectos y que ella sería solo un “hecho resultante” de la satisfacción de los extremos que involucran al título suficiente.

“El título sí que es un verdadero acto jurídico, y, como tal, susceptible de ser analizado desde la perspectiva de la declaración de voluntad, los requisitos de existencia y validez, etc. Pero la entrega material, o instrumental, según el caso, que esencialmente subordinada y carente de voluntariedad específica, es un mero hecho jurídico. Dicho de otra manera, la voluntad en el momento de la entrega es irrelevante en orden a la transferencia, puesto que el solo hecho de poner la cosa a disposición del adquirente no produce la

adquisición dominical, sino cuando concurren el resto de las condiciones requeridas”²²⁶.

Por otra parte, se desecha la hermenéutica de considerar a la tradición como una “convención extintiva de derechos”, en atención a que ella se dirigiría a un resultado adquisitivo del derecho, y, en este sentido, no perseguiría extinguir nada. Incluso, se argumenta que si esa adquisición produjera la extinción de un débito del tradente, sería un mero resultado de hecho y no la finalidad de la entrega²²⁷.

2.1.2 Acto no comercial

Ciertas voces del Derecho español han considerado como más acertada la postura que visualiza a la tradición como un acto no comercial, pues la intención de transmitir el derecho real no se encontraría en ella, sino en el contrato antecedente, por lo que la tradición sería un mero acto de ejecución de las obligaciones que emergen de él.

Si bien no se niega que en la tradición exista una voluntad, ésta no estaría dirigida a producir efectos jurídicos, sino solamente a la obtención de un hecho: el poder sobre la cosa²²⁸.

²²⁶ SOZA RIED, María de los Ángeles, “La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico?”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 2, 2003, p. 295: “Tradicionalmente se dice que lo que determina la existencia de un acto jurídico es la voluntad, un voluntad que se manifiesta a través de una declaración en la que el o los declarantes autorregulan sus propios intereses y objetivos, mientras que en el hecho jurídico, las consecuencias jurídicas están predeterminadas, de modo que a la ley no le preocupa lo que quiera el sujeto, sino más bien su comportamiento externo. En este sentido, pues, decimos que el título es el acto jurídico, mientras que la conducta de permitir la aprehensión material de la cosa, trasladándola a la esfera de poder del adquirentes, no tiene una voluntariedad consistente desde el punto de vista jurídico, sino esencialmente dependiente”.

²²⁷SOZA RIED, María de los Ángeles, “La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico?”, cit., p. 296.

²²⁸ NAVARRO CASTRO, Miguel, *La tradición instrumental*, cit., pp. 82-83: “Ello con independencia de que ese acto, unido a la declaración de voluntad (el contrato

2.1.3 Acto solutorio

Diez-Picazo, partiendo de la idea del acto debido, en el sentido de acto realizado en cumplimiento de un deber jurídico, señala:

“...toda tradición viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior. La tradición se encontraría así siempre entre los actos de ejecución de un negocio anterior y sería según esta idea un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago”²²⁹.

También para Moisset de Espanés la naturaleza jurídica de la tradición sería la propia del pago de una obligación preexistente:

“...produce el efecto jurídico de llevar el señorío o poder de hecho del deudor al acreedor, de manera que en ese momento desaparecen el primer derecho real y el vínculo obligacional, mientras queda constituido el nuevo derecho real que une al ahora dueño, con la cosa. En nuestro sistema se trata de un verdadero “acto jurídico”, cuya “causa final” es la de extinguir la obligación de dar preexistente (...); por ello los requisitos que debe satisfacer la tradición traslativa del dominio deben concordarse, en nuestro sistema, con los requisitos del pago, lo que nos obligará a analizar una serie de problemas que a veces se han olvidado al estudiar la tradición”²³⁰.

2.1.4 Acto jurídico unilateral

Un destacado sector de la doctrina nacional concibe al pago como acto jurídico unilateral, sin matizaciones. En este sentido, el cumplimiento de la obligación de dar la cosa para transmitir un

traslativo) consiga un resultado (la transmisión del derecho real sobre la cosa) que no es obtenido por el acto de la entrega en sí, sino por la existencia de un previo negocio jurídico traslativo”

²²⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., tomo II, §508, pp. 524-525.

²³⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La tradición traslativa del dominio. El Código civil español y el sistema iberoamericano”, *Revista de Derecho Privado*, 2004, pp. 771 y ss.

derecho real, esto es la tradición, configuraría para esta corriente autoral un acto jurídico unilateral²³¹.

2.1.5 Acto jurídico bilateral

Lafaille defendió la tesis que postula que la tradición sería un acto jurídico bilateral y desechó que se trate de un contrato. Señaló:

“Por más que la tradición sea un acto jurídico bilateral (...) no encuadra en la esfera circunscripta de los contratos, si hemos de reservar este nombre para una especie dentro del género, susceptible de engendrar derechos creditorios”²³².

Con igual tesis, Salvat arguyó que la exigencia del concurso de las voluntades del *tradens* y del *accipiens* ha inducido a caracterizarla como contrato, sin tener presente que ella sería la vía para cumplir la obligación derivada de él:

“Sería más lógico considerarla como un simple acto jurídico bilateral, teniendo en cuenta que concurren en ella los diversos elementos que éste exige: 1° la tradición es un acto voluntario; 2° es un acto lícito; 3° se realiza siempre con el fin inmediato de transferir derechos; 4° exige el concurso de la voluntad de ambas partes...”²³³.

Ovejero también aseveró:

²³¹ Se citan como partícipes de esta corriente de opinión, que se califica como mayoritaria, a Llambías, Borda, Atilio A. Alterini, Ameal, López Cabana, Lafaille, Salvat, Wayar, Messineo, Barbero, Pizarro, Vallespinos. Véase Ramón D. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones. Tomo 2*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, § 312, p. 80. Lafaille, sin embargo, es un defensor de la postura que sostiene que la tradición tiene la naturaleza de acto jurídico bilateral.

²³² LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §221, p. 341.

²³³ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I, §116, pp. 117-118.

“Aunque la tradición se constituye por medio de un acuerdo de voluntades, es menester no confundirla con un contrato. Este es productor de obligaciones, y no es ese el efecto propio y característico de la tradición (...). La tradición es un acto jurídico bilateral, pues es lícito, voluntario, se efectúa con el propósito de transmitir un derecho e intervienen en él dos o más personas, pero no es propiamente un contrato”²³⁴.

2.1.6 Acto jurídico bilateral real

Allende²³⁵ opinó que la tradición es un acto jurídico, ya que se trataría de un acto voluntario lícito que encontraría su razón de ser en la transferencia de un derecho; de evidente naturaleza bilateral, debido a que se precisaría el concurso de las voluntades del *tradens* y del *accipiens*. Previno que si se circunscribiera el ámbito del contrato al derecho de las obligaciones, la tradición no lo sería.

El autor pensó que la tradición es un acto jurídico real, ya que “...da nacimiento, modifica o extingue un derecho real”. En cuanto a la vinculación con el título, reflexionó:

“...el acto jurídico real es independiente del acto jurídico obligacional, en tanto que el modo se vincula al título en forma por demás peligrosa ya que no sería sino una consecuencia de éste. El acto jurídico real no depende del obligacional, así bien puede caer éste y no haberse afectado el primero”²³⁶.

²³⁴ OVEJERO, Daniel, *La posesión*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942, §93, p. 189.

²³⁵ ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, cit., pp. 221 y ss.

²³⁶ ALLENDE, Guillermo L., “El acto jurídico real (Con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades)”, *La Ley*, 110, p. 1062.

Participan de esa postura: Mariani de Vidal²³⁷, Gatti²³⁸, Borda²³⁹, Papaño, Kiper, Dillón y Causse²⁴⁰, Arraga Penido²⁴¹, Areán²⁴².

2.1.7 Acto jurídico bilateral real y obligacional

Si bien en un primer momento, Highton caracterizó a la tradición con finalidad traslativa de derecho real como un acto jurídico de naturaleza real²⁴³, en otro aporte²⁴⁴ significó que se trataría de un acto jurídico real y obligacional.

²³⁷ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, 7° edición, Zavalia, Buenos Aires, 2004, tomo I, p. 177.

²³⁸ GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, cit., p. 255.

²³⁹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo I, §90, p. 79.

²⁴⁰ PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, cit., tomo 1, p. 84 “La tradición es un acto jurídico, ya que se trata de un acto voluntario (...) lícito (...) y es, además un acto jurídico bilateral (...). Dentro de los actos jurídicos corresponde ubicarla como acto jurídico ‘real’...”. Véase, también, KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, cit., tomo I, pp. 148-149.

²⁴¹ ARRAGA PENIDO, Mario O., “Dominio sobre inmuebles: requisitos constitutivos”, JA 1996-II-921.

²⁴² AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo 5, pp. 453-454: “...se trata de un acto voluntario, lícito y que tiene por fin inmediato transferir derechos (...) pero como además, para su formación requiere el consentimiento unánime de las dos partes, el *tradens* y el *accipiens* el acto jurídico es bilateral (...). La tradición traslativa de dominio y la tradición constitutiva de derechos reales sobre cosa ajena ejercibles por la posesión son actos jurídicos reales, pues tiene por fin inmediato transferir o constituir derechos reales”.

²⁴³ HIGHTON, Elena I., *Posesión*, Hammurabi, 1984, Buenos Aires, tomo 1, §132, p. 107.

²⁴⁴ HIGHTON, Elena I., “Hechos y actos jurídicos reales”, JA 1984-III-850.

Se explicó que el acto jurídico es real u obligacional de acuerdo a si produce la adquisición, modificación o extinción de un derecho real o de un derecho de crédito, y que esa “tajante distinción entre ambas clases de actos jurídicos” en la *praxis* se difuma porque esos actos pueden presentarse conjuntamente, pues “un mismo acto puede ser a la vez, obligacional y real”²⁴⁵.

Afirmó la autora:

“...cuando la tradición sea acto jurídico real, es decir cuando constituya o transmita derechos reales, es a la vez acto jurídico obligacional, pues también extingue la obligación de entrega de la cosa”²⁴⁶.

2.1.8 Convención extintiva

Alessandri, Somarriva y Vodanovic, desde el Derecho chileno, presentan a la tradición como un acto jurídico con la potencialidad de transmitir derechos reales y personales, pero que no revestiría la calidad de contrato, ya que no daría nacimiento a obligaciones, sino que –por el contrario– las extinguiría.

“...la tradición cabe dentro del amplio término de *convención*, supuesto que ésta se mire como un acto bilateral genérico y no como sinónimo de contrato, acto bilateral que específicamente *crea* obligaciones: Ejemplo: compro un caballo a Pedro. Pedro, como vendedor, tiene la obligación de efectuarme la tradición del caballo; y cuando me entrega el caballo, se *extingue* la obligación que tenía, nacida del contrato de compraventa”²⁴⁷.

²⁴⁵ Idem, § IV.

²⁴⁶ Idem, §VI.

²⁴⁷ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, 6° edición, Editorial Temis y Editorial jurídica de Chile, Colombia, 2011, tomo I, § 318, p. 195.

2.1.9 Contrato

Machado hizo tema con la opinión de Segovia²⁴⁸ –quien consideraba a la tradición como un mero acto jurídico– y postuló que se trataría de un contrato. Dijo:

“...como el acto jurídico en que las partes se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada á reglar sus derechos, art. 1137 [del Código Civil derogado], se denomina contrato, resultará que la *tradición* lo será (...) sin que obste la circunstancia de ser la consecuencia de un contrato anterior (...). La tradición puede ser el resultado de un pago, ó un modo de adquirir derechos reales, ó de concluir contratos, ó un medio de adquirir la posesión; en todos esos casos es un verdadero contrato independiente de aquel á que accede”²⁴⁹.

También Ibaguren sostuvo que la tradición tendría una morfología contractual y aportó el siguiente argumento:

“Si examinamos los elementos que concurren a formarla, hallaremos que existen dos voluntades, la del *tradens* y la del *accipiens*, que están de acuerdo en el mismo propósito y que tienden a modificar las relaciones personales de ambas partes. Por consiguiente, la tradición es un contrato. Es cierto que debe

²⁴⁸ SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881, tomo II, pp. 107-108: “La tradición no es otra cosa sinó el cumplimiento total ó parcial de una obligación de dar entrega (...) ó la consumación de ciertas obligaciones de hacer (...). Es también la perfección de los contratos reales (...). Es, pues, la tradición un acto jurídico (...), por el mismo título que lo es el cumplimiento de las diversas obligaciones de un contrato ó de otro acto jurídico; pero nunca se le podría clasificar de convención, como lo hacen Savigny, Freitas y Maynz, pues no puede llamarse convención al cumplimiento de la convención misma ó á su consecuencia”. Véase también: SIPERMAN, Arnoldo, *La tradición traslativa del dominio*, cit., §11, p. 20.

²⁴⁹ MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, cit., tomo VI, pp. 272-273, la cita consta en p. 273.

encarnarse en un hecho material visible; pero este no modifica su naturaleza de contrato”²⁵⁰.

Valdes y Orchansky afirmaron que la tradición sería un acto jurídico bilateral integrado por dos elementos: la entrega efectiva de la cosa y el acuerdo de las partes en transferir y adquirir respectivamente el derecho. Dijeron:

“El *acuerdo* es el aspecto intencional de la entrega; es un acuerdo destinado a producir efectos jurídicos; en definitiva, un contrato, al que debe aplicarse las reglas de esta especie de acto jurídico”²⁵¹.

Luego de rechazar las opiniones de quienes ven en la tradición a simples actos materiales, y de quienes la postulan como un acto jurídico unilateral, López de Zavalía se decide por la naturaleza de acto jurídico bilateral de la tradición, especialmente por una de sus especies: el contrato. Agrega que cuando:

“...esa estructura de naturaleza contractual (...) es empleada para un contrato *separado* de otros negocios, y denominado, por antonomasia, ‘tradición’. Así, la compraventa obliga a hacer tradición de la cosa vendida, y la tradición que posteriormente se verifica, es un negocio distinto de la compraventa, que constituye un contrato de cumplimiento (pago)”²⁵².

2.1.10 Hecho o acto abstracto

Se sostuvo que la tradición se trataría de un acto jurídico bilateral que configuraría un contrato abstracto, pues se escindiría

²⁵⁰ IBARGUREN, Federico, *Apuntes de derecho civil. Libro III*, cit., p. 85

²⁵¹ VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 75.

²⁵² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1989, tomo 2, §27, pp. 82 y ss., la transcripción es de p. 85.

de "...toda relación causal con el negocio jurídico: base del acuerdo sobre la tradición"²⁵³.

Sobre el denominado "contrato real abstracto", que propugnara Savigny, véase lo que se dijo en el Capítulo I.

2.1.11 Ausencia de naturaleza propia

Legón luego de desechar su naturaleza de pacto, de contrato accesorio, de contrato independiente del derecho creditorio, de contrato sin más y de acto jurídico bilateral, calificó a la tradición como un acto jurídico material "totalmente equívoco", que no exhibe naturaleza jurídica propia. En palabras del autor:

"...la tradición, *como acto material*, es totalmente *equívoco* un envase al que hay que agregarle un contenido jurídico (...) hay que recurrir a la *causa* que lo impele. Pero, recurriendo a ella, se constituye en el *elemento físico que demuestra o que ejecuta un contrato*. Por lo tanto, de por sí, 'congelado', no tiene naturaleza jurídica, a menos que se la considere como elemento de derecho. Detrás de ella, siempre existe un contrato, y éste es el que le da vida dentro del derecho, siendo imposible fijar normas abstractas al respecto. Además, la tradición sería un problema de *forma...*"²⁵⁴.

2.2 Réplica al cortejo de criterios esbozados

2.2.1 En la tradición existen manifestaciones de voluntad definidas y dirigidas a la obtención de un fin jurídico

No es compartible la opinión que sostiene que la tradición sería un hecho jurídico por carecer de una voluntad dirigida a la obtención de un fin jurídico.

²⁵³ SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, tomo IV, §848, p. 74.

²⁵⁴ LEGÓN, Fernando, *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1941, tomo III, pp. 156 y ss., la cita es de p. 160

Si bien es cierto que el hecho material de la entrega del *corpus* de la cosa no revela por su propia virtualidad la causa de esa entrega, lo cierto es que puede deberse a diversas motivaciones. Esa visión “objetivista” del fenómeno prescinde de los motivos que el *tradens* y el *accipiens* tienen para concretar la tradición; por ejemplo, en el caso en análisis, transmitir un derecho real sobre una cosa.

No debe perderse de vista que la manifestación de voluntad puede canalizarse a través de la “ejecución de un hecho material” (art. 262, Código Civil y Comercial).

No es consistente señalar que el título es un verdadero acto jurídico y que la tradición no lo es, con el aparente fundamento de que esta última no produciría por sí sola la mutación jurídico real, pues tampoco el título, sin la concurrencia del modo, transmitiría el derecho real.

Argumentaciones paralelas a las expuestas en este acápite colaboran para desechar la alternativa conceptual de considerar a la tradición como un acto no negocial.

Es nítido que el propósito de los sujetos involucrados en la tradición será, en principio, coincidente con el contenido en el título suficiente, esto es, la transmisión del derecho real.

Sin embargo, que por regla el propósito del título sea el mismo que el de la tradición, no quiere significar que esta última no lo tenga.

2.2.2 La tradición no alcanza la categoría de acto jurídico sin la manifestación de la voluntad del *accipiens*

El mensaje legal es nítido: “hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe” (art. 1924, Código Civil y Comercial).

Frente a esa categórica definición no es sostenible que la tradición involucre un acto jurídico unilateral. La necesidad de que confluyan las voluntades del *tradens* y el *accipiens* para que la

tradición quede concluida revela la naturaleza de acto jurídico bilateral (arg. doctrina del art. 946, Código Civil derogado).

2.2.3 En el derecho vigente un contrato puede alumbrar derechos subjetivos patrimoniales distintos de los personales

Durante la vigencia del Código Civil derogado, un sector de la doctrina nacional propugnó que la tradición era un acto jurídico bilateral que no alcanzaba la categoría de contrato porque de ella no nacían derechos creditorios.

En el régimen vigente no es cuestionable que el contrato no solo puede adquirir, modificar o extinguir derechos personales, sino también otros derechos subjetivos patrimoniales, como los derechos reales (art. 957, Código Civil y Comercial).

Si bien en una primera mirada de la temática podría argumentarse que el derecho real no conforma una relación jurídica patrimonial, por cuanto carece de sujeto pasivo determinado, un análisis detenido de la cuestión permitirá afirmar que la amplia conceptualización de contrato abraza, también, a los derechos reales²⁵⁵.

2.2.4 Es acotada la opinión que pone el foco solamente en la faz extintiva obligacional

Es absolutamente cierto que la tradición cuando se produce en el ámbito de las obligaciones de dar cosas ciertas, adquiere una naturaleza extintiva. Sin embargo, esa visión es acotada por cuanto solo tiene en mira al tramo obligacional y prescinde de la transmisión del derecho real que la tradición produce cuando está unida a un título suficiente.

Dicho de otro modo, la tradición con finalidad traslativa de derecho real excede los contornos de la extinción del derecho personal que emerge del título suficiente. Por ello, descarto que la

²⁵⁵ Véase Cap. IV, § 1.3.

tradición se trate de un mero “acto solutorio” o una simple “convención extintiva”.

2.3 Mi opinión: la tradición integrativa del derecho real es un contrato formal solemne con propósito bifronte

2.3.1 Caracterización

La tradición es un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial, revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir un derecho real y extinguir una obligación²⁵⁶.

A continuación, analizaré exegéticamente la caracterización propuesta.

2.3.2 Acto jurídico bilateral patrimonial

Si bien el Código Civil y Comercial no clasifica a los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales, esa matización subyace en su régimen, y de allí que la tradición sea en esencia un acto jurídico bilateral, pues para su conformación es menester que confluyan las voluntades de dos partes: el *tradens* y el *accipiens* (art. 1924, Código Civil y Comercial).

Dentro de los actos jurídicos bilaterales, la tradición responde al amplio concepto de contrato incluido en el art. 957 del Código Civil y Comercial, cuya comprensión es tan abarcativa que también abraza a aquella. Dispone la norma: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su

²⁵⁶ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, cit.*, tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 304-305; ALTERINI, Ignacio E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo VI, pp. 121 y ss.

consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”²⁵⁷.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la expresión “relaciones jurídicas patrimoniales”? Existe consenso en la doctrina acerca de que los efectos del contrato a los que alude la norma exceden el ámbito de los derechos créditos, que por supuesto los considera, y comprende también los restantes derechos subjetivos patrimoniales.

El sentido de la expresión “relación jurídica” en la dogmática de los derechos reales, se analizará en el Cap. IV, §1.3.

Obviamente, el contrato de tradición, al igual que el título suficiente, debe ser otorgado por disponentes capaces y legitimados al efecto (art. 1892, Código Civil y Comercial).

2.3.3 Revestido de las formas establecidas por la ley

De acuerdo con el art. 260 del Código Civil y Comercial, el “acto voluntario” es el “que se manifiesta por un hecho exterior”. Tal manifestación de voluntad, según el art. 262, puede exteriorizarse “por la ejecución de un hecho material”, y de la lectura del art. 284 con relación a la forma se infiere que un acto es formal cuando la ley “designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad”.

²⁵⁷ Dice Leiva Fernández que “...‘transferir’ es ‘modificar’ la titularidad, es decir, sustituir a uno o ambos sujetos y tanto ‘modificar’ como ‘transferir’ es ‘regular’...”, por lo que habría sido suficiente aludir a crear, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V [Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández], p. 26).

Acaso, para ganar en coherencia sistémica, el Código Civil y Comercial debió aludir a los siguientes verbos: “adquirir, modificar o extinguir”, pues el contrato no es más que una especie de acto jurídico (art. 259: “El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”).

En la tradición, el hecho exterior o la ejecución de un hecho material, a tenor del art. 1924, “debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes”.

Si se impone que la voluntad se manifieste a través de una forma determinada (art. 284, Código Civil y Comercial), que consiguientemente no puede ser reemplazada por otra, dado que la tradición debe consistir ineludiblemente en la ejecución de actos materiales de, por lo menos, una de las partes (art. 1924, Código Civil y Comercial), tales actos materiales denotan la exigencia de una forma solemne absoluta.

El art. 969 del Código Civil y Comercial señala que “los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha”.

2.3.4 Tiene por finalidad transmitir un derecho real y extinguir una obligación

La finalidad de la tradición integrativa de derecho real es precisamente la transmisión del derecho real respectivo y paralelamente la de extinguir una obligación, al importar el cumplimiento de ella, o sea, su pago. La tradición con finalidad traslativa de derecho real es un prototipo de acto jurídico bilateral y patrimonial bipolar, tanto real como personal. En otras palabras, es un contrato traslativo de derechos reales y extintivo de derechos personales.

3 LA TRADICIÓN INTEGRATIVA DEL DERECHO REAL EN LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

3.1 Presupuestos

3.1.1 Capacidad

El art. 1892 del Código Civil y Comercial dispone que para que la tradición sea modo suficiente para la transmisión de derechos reales es menester que sea otorgada por disponente capaz y legitimado al efecto.

¿A qué capacidad se refiere? ¿A la exigida por las reglas generales o a la especial establecida para la adquisición de la relación real (art. 1922, Código Civil y Comercial)?

Durante la vigencia del Código Civil derogado se polemizó sobre los alcances del art. 2392 de ese ordenamiento²⁵⁸. Hay quienes afirmaron que la adquisición de la posesión por vía de la tradición, en tanto supondría un acto jurídico que requería plena capacidad, quedaba regida por las reglas generales en la materia²⁵⁹. En cambio, otros matizaron entre el título en que se apoya la tradición y la adquisición de la posesión en sí, y postularon que la capacidad exigida para otorgar el primero de ellos no rige a la adquisición posesoria²⁶⁰.

²⁵⁸ Art. 2392: “Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de su razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores o curadores”.

²⁵⁹ DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, *Manual de derechos reales*, TEA, Buenos Aires, 1962, §66, p. 111; MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, La Ley, Buenos Aires, 1965, §59, p. 199; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, cit., tomo I, pp. 187-188, y la jurisprudencia que cita.

²⁶⁰ LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2º edición, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1901, tomo VII, pp. 124-125; LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §160, p. 252; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I, §179, p. 151; OVEJERO, Daniel, *La posesión*, Compañía Impresora Argentina S.A., Buenos Aires, 1942, §51, p. 101-102; LEGÓN, Fernando, *Tratado de los derechos reales en el Código y en la Reforma*, cit., tomo III, pp. 94-95; ARGANARÁS, Manuel J., en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I, en nota 161 al §179, p. 151; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Código Civil anotado, Libro III: Derechos reales*, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1972, tomo I, p. 256; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo I, §92, p. 81; ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §160 bis, pp. 254-255; KIPER, Claudio M., en ZANNONI, Eduardo A. (Director) y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2005, tomo X, p. 307.

Si el art. 1922 del Código Civil y Comercial sienta la regla general en la materia –consistente en que los menores de diez años tienen aptitud suficiente para adquirir la relación–, la limitación de su virtualidad debería surgir inequívocamente de otra regla jurídica, pues “una capacitación especial solo puede esgrimirse en contra una limitación explícita”²⁶¹. Máxime que la capacidad de ejercicio de las personas humanas se presume (arg. art. 31, inc. a), Código Civil y Comercial).

Asentada mi posición acerca de que la regla del art. 1922 se aplica tanto en la adquisición unilateral como en la bilateral de la relación real, corresponde interrogarse acerca de cuál es la capacidad exigible si la tradición posesoria tiene por finalidad transmitir un derecho real.

El art. 2601 del Código Civil derogado requería que el *accipiens* sea “capaz de adquirir” y que el *tradens* exhiba “capacidad para enajenar”, lo que importaba dirigir la mirada a las directivas generales en materia de capacidad²⁶².

El Código Civil y Comercial, por su parte, regla que los otorgantes de la tradición “deben ser capaces” (art. 1892), sin matizaciones. De allí que para que una persona pueda otorgar el contrato de tradición integrativa del derecho real deba ser plenamente capaz.

²⁶¹ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §160 bis, p. 255.

²⁶² Comp.: LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §648, p. 245; SIPERMAN, Arnoldo, *La tradición traslativa del dominio*, cit., §11, p. 20. Este último autor postula que “...la tradición en sí misma sólo transmite la posesión y la capacidad requerida para enajenar y adquirir el dominio debe medirse en el acto jurídico y cuya virtualidad es que la tradición transmita algo más que la simple posesión. De modo que la capacidad exigida para entregar se rige por el art. 2392 aun cuando esa entrega transfiera el dominio”.

En síntesis, para analizar la capacidad de los otorgantes en la tradición con finalidad transmisiva de derecho real debemos remitirnos a las reglas generales, mas no al art. 1922.

3.1.2 Legitimación

3.1.2.1 Regla: la titularidad del derecho sobre el objeto

Se ha conceptualizado a la legitimación como la “aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro, o por otro”²⁶³.

A diferencia de la capacidad, la legitimación no se ocupa de la “genérica” aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22, Código Civil y Comercial), sino de la “específica” aptitud para actuar sobre objetos concretos; en el decir de Cariota Ferrara, la legitimación es una aptitud “intrínseca del sujeto”²⁶⁴.

La legitimación es el poder de disposición de una persona sobre determinado objeto²⁶⁵.

Así, en principio, para poder disponer de un objeto, hay que ser su titular en la oportunidad del acto de disposición (art. 1892, Código Civil y Comercial). Por cierto que una ausencia de legitimación inicial podría alcanzarse con posterioridad al acto de disposición y sanearlo a través del instituto de la convalidación (art. 1885, Código Civil y Comercial)²⁶⁶.

²⁶³ ALTERINI, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1966-III, p. 252

²⁶⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción a cargo de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, p. 528.

²⁶⁵ ALTERINI, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, cit., p. 257.

²⁶⁶ Véase Cap. IV, 4.2.1.2.3.

3.1.2.2 Supuestos especiales

Si bien la titularidad del derecho sobre el objeto suele coincidir con el poder de disposición, es posible que tal coexistencia no se presente.

3.1.2.2.1 Titularidad sin poder de disposición

Un caso paradigmático que le da contenido a esta disociación es el del fallido, quien “queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración” (art. 107, ley 24.522). Quiere decir que el fallido seguirá siendo titular de los bienes que integran su patrimonio, pero no podrá disponer de ellos, y si lo hiciera, tales disposiciones podrán ser declaradas inoponibles a sus acreedores (art. 109, ley 24.522).

El heredero del ausente con presunción de fallecimiento es titular de los bienes del presunto fallido, pero no puede “enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial” (art. 91, Código Civil y Comercial) hasta que concluya la prenotación, lo que sucede “cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona” (art. 92, Código Civil y Comercial).

No se debe pensar que el titular de objeto sujetos a medidas cautelares no tiene poder de disposición de ellas, pues el art. 1009 del Código Civil y Comercial establece que “pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros”. Se infiere con claridad que como lo sostuvo la doctrina más convincente durante la vigencia del Código de Vélez, los objetos embargados pueden ser enajenados o gravados, por lo cual se debe concluir que el objeto embargado es disponible. Cuando se dispone de un bien embargado, el adquirente de un derecho sobre él –aunque no medie su consentimiento– debe soportar las consecuencias de la medida. En tanto que el embargo se transmite con el objeto, se ha

sostenido —con la suma de otras razones— que se trata de una suerte de derecho real procesal²⁶⁷.

3.1.2.2.2 Poder de disposición sin titularidad

Los representantes legales y voluntarios tienen poder de disposición sobre los objetos de su representado (arg. art. 358, Código Civil y Comercial), obviamente “en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento” (art. 359, Código Civil y Comercial).

Dentro del catálogo de representantes legales, los tutores y curadores precisan de autorización judicial para celebrar ciertos actos en representación de la persona incapaz o con capacidad restringida (art. 121, Código Civil y Comercial), como por ejemplo para adquirir derechos reales inmobiliarios. También los actos de disposición realizados por los progenitores con relación a los bienes de sus hijos, requieren autorización judicial (art. 692, Código Civil y Comercial). Con relación a los apoyos, deberá estarse a los alcances de la sentencia que decreta la medida.

Igualmente, los titulares de derechos reales de garantía cuando insten la venta del objeto gravado ostentan un poder de disposición sobre bienes ajenos.

3.1.2.2.3 ¿Un sujeto puede estar legitimado sin ostentar la titularidad del objeto, ni su poder de disposición?

Se sostuvo que puede haber legitimación en supuestos de ausencia de titularidad y de poder de disposición²⁶⁸.

²⁶⁷ Véase ALTERINI, María Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, *ED*, 211, p. 624; *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 879, pp. 85 y ss.

²⁶⁸ Véase BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2° edición, traducida y concordada con el Derecho español por A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 180-181; CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., pp. 532-533.

Así, suelen citarse como ejemplos, que los actos de disposición a título oneroso realizados por el heredero aparente en favor de terceros de buena fe son reputados válidos (art. 2315, Código Civil y Comercial); que los actos de disposición celebrados en ejercicio de una representación aparente que, según el art. 367 del Código Civil y Comercial, se configura “cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa”, obligan al titular del derecho.

Jorge H. Alterini se preguntó:

“¿Se ‘legitiman’ las transferencias de un no titular carente de poder de disposición?, ¿o se tutela la adquisición de un tercero de buena fe? Entendemos que por esta vía no se le otorga al transmitente el poder de disposición que ni la ley ni la voluntad le habían concedido; se protege a la buena fe del adquirente, cumpliendo la permanente aspiración del ordenamiento jurídico encaminada a respaldarla”²⁶⁹.

Esos casos no encajan en las adquisiciones derivadas, sino que son típicos casos de adquisiciones originarias por “mero efecto de la ley” en tutela de los adquirentes de buena fe (art. 1894, Código Civil y Comercial)²⁷⁰.

3.1.3 Idoneidad del objeto

Además de la capacidad y legitimación de los sujetos, constituye un presupuesto de validez del acto jurídico la idoneidad del objeto. Esa calificación responde al problema de si un determinado objeto es apto para satisfacer cierto negocio jurídico.

²⁶⁹ ALTERINI, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, cit., pp. 259-260.

²⁷⁰ Véase Cap. IV, §4.2.1.1.

3.1.3.1 Teorías sobre el objeto del acto jurídico

Con anterioridad a ingresar a la temática específica planteada, corresponde indagar acerca de la noción general de objeto del acto jurídico, sobre la que existe una profunda discordancia de opiniones.

Bueres²⁷¹, durante la vigencia del régimen del Código Civil derogado, sistematizó las teorías de la siguiente manera.

Las teorías amplias postulan que el objeto del acto jurídico está constituido por las obligaciones que el negocio crea, modifica o extingue. Aun dentro de este sector del pensamiento, otros generalizan más la noción y consideran que el objeto se integra con las relaciones jurídicas. Y hasta hay quienes que aprecian que el objeto es la operación jurídica considerada por las partes, incorporando la noción de finalidad a esta temática.

Los partícipes de un criterio intermedio estiman, aunque con diversos matices, que el objeto del acto jurídico es la prestación, es decir, la conducta que el deudor está constreñido a realizar para satisfacer el interés del acreedor.

Otras corrientes de opinión que se califican como restringidas, reducen la cuestión del objeto del acto jurídico a su materia, vale decir, a los hechos (positivos o negativos) y a los bienes (cosas o bienes en sentido estricto). Este último criterio, del que participo, encuentra un fuerte respaldo normativo en el Código Civil y Comercial (arg. arts. 279 y 1004).

3.1.3.2 Requisitos

3.1.3.2.1 Posible

²⁷¹ Véase BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, §5, §6 y §7, pp. 42-54. En su visión el objeto del acto jurídico "...es su *materia*, su *realidad última* o su *realidad social* (...) la materia del negocio está determinada por hechos (positivos y negativos) y los bienes (cosas y derechos)..." (§8, p. 55).

El objeto del acto jurídico debe ser posible, en el sentido de que según las leyes de la naturaleza los hechos sean susceptibles de cumplimiento y los bienes sean de existencia actual o futura posible.

La imposibilidad del objeto para afectar la estructura del acto jurídico debe ser originaria, pues si fuera sobreviniente el acto sería válido y la cuestión quedaría enmarcada dentro de la imposibilidad de cumplimiento. Además, debe ser absoluta y no únicamente relativa, es decir que el hecho o el bien tiene que ser de imposible realización para cualquier persona.

Por las características propias de la tradición inmobiliaria constitutiva del derecho real, el inmueble debe ser de existencia actual, pues es imposible que alguien adquiera el *corpus* de una cosa que no existe, pero que va a existir. La expectativa de existencia no tiene trascendencia alguna en esta clase de acto jurídico²⁷².

3.1.3.2.2 Determinado o determinable

El objeto es determinado cuando está identificado con exactitud en la oportunidad de la celebración del acto jurídico y es determinable cuando se establecen mecanismos para concretar la individualización.

El Código Civil y Comercial regula la cuestión de la determinabilidad del objeto únicamente con relación a una clase de actos jurídicos: los contratos (art. 1005). Sin embargo, esa disposición es aplicable analógicamente a los restantes actos jurídicos. Establece la norma: “Cuando el objeto se refiere a bienes, éstos deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si ésta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios

²⁷² Véase Cap. IV, §3.4.3.

suficientes para su individualización”; incluso, las partes pueden diferir la determinación en un tercero²⁷³.

La regla es que los bienes deben ser individualizados en su especie o género; por ejemplo, un inmueble urbano se identifica por su ubicación, colindancias, superficie, información registral, nomenclatura catastral, etc. No obstante, existen supuestos de indeterminación parcial del objeto; así, el caso de las ventas *ad corpus* en donde el inmueble está identificado por su ubicación, pero no por su superficie²⁷⁴.

Es de resaltar que el objeto debe ostentar aquella determinación que resulte suficiente para permitir el ejercicio de los actos materiales que exige la tradición.

3.1.3.2.3 Lícito

El art. 279 del Código Civil y Comercial preceptúa el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho “...prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

Ese artículo debe integrarse con el art. 1004 previsto en materia de contratos: “Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de

²⁷³ Art. 1006: “Determinación por un tercero. Las partes pueden pactar que la determinación del objeto sea efectuada por un tercero. En caso de que el tercero no realice la elección, sea imposible o no haya observado los criterios expresamente establecidos por las partes o por los usos y costumbres, puede recurrirse a la determinación judicial, petición que debe tramitar por el procedimiento más breve que prevea la legislación procesal”.

²⁷⁴ Art. 1135: “Precio no convenido por unidad de medida de superficie. Si el objeto principal de la venta es una fracción de tierra, aunque esté edificada, no habiendo sido convenido el precio por unidad de medida de superficie y la superficie de terreno tiene una diferencia mayor del cinco por ciento con la acordada, el vendedor o el comprador, según los casos, tiene derecho de pedir el ajuste de la diferencia. El comprador que por aplicación de esta regla debe pagar un mayor precio puede resolver la compra”.

los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56”.

3.2 Elementos esenciales de la tradición como contrato

3.2.1 Consentimiento

El eje básico del contrato es el consentimiento, es decir la integración –y no la mera coincidencia circunstancial– de manifestaciones de voluntad emanadas de las partes diferenciadas, entendidas como centros de intereses distintos.

El acuerdo de voluntades al que llegan las partes para adquirir, modificar o extinguir “relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 957, Código Civil y Comercial), es el que da origen al contrato²⁷⁵.

Sabido es que “los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material” (art. 262, Código Civil y Comercial).

En la tradición las voluntades del *tradens* y el *accipiens* se manifiestan por la última alternativa señalada; concretamente, la tradición se exterioriza a través de “actos materiales de, por lo menos, una de las partes” (art. 1924, del Código Civil y Comercial).

Para que el consentimiento sea plenamente eficaz es menester que las voluntades de las partes no se encuentren viciadas por error, dolo o violencia. Claro está que la aplicación de las reglas generales sobre vicios de la voluntad al supuesto de la tradición no deja de presentar complejidades²⁷⁶.

²⁷⁵ Véase Cap. IV, §1.3.

²⁷⁶ Véase LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, cit., tomo 2, §27, pp.92-93, en nota 19.

Acaso podría pensarse como un error de hecho esencial y reconocible por el destinatario de la cosa, verbigracia, la entrega de llaves que visiblemente corresponden a otro departamento, por contener en el llavero la dirección de otro inmueble. Allí se presentaría un caso de error esencial, pues supone la tradición de una cosa diversa a la comprometida (arg. art. 267, inc. b], Código Civil y Comercial) y que es reconocible por un *accipiens* diligente (arg. arts. 265 y 266, Código Civil y Comercial). Tobías explica que el requisito de la reconocibilidad supone que la nulidad del acto ya no dependa de la diligencia requerida en el errante, sino de la exigible al destinatario de la declaración:

“Si éste, actuando con la diligencia debida pudo y debió advertir el error, queda alcanzado por la acción de invalidez del errante. En caso contrario, el negocio conserva su validez (pese a la voluntad viciada) en aras a la protección de la confianza del destinatario de la declaración”²⁷⁷.

En cambio, si la entrega de llaves incorrectas ya no constituyera una mera equivocación del tradente, sino una acción deliberada para engañar al adquirente y provocar su error, la voluntad del *accipiens* se encontraría viciada por dolo (arts. 271 y ss., Código Civil y Comercial).

²⁷⁷ TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), p. 231. La novedosa idea de la reconocibilidad del error por el receptor de la manifestación -que introduce el Código Civil y Comercial en seguimiento del Código Civil italiano (art. 1431)- y no la excusabilidad por el emisor de ella -como claramente disponía el Código Civil derogado-, es disonante con otros textos que mantienen la noción de excusabilidad (arts. 427 y 1918). En razón de ello, se genera el interrogante acerca de si en los casos especiales de los arts. 427 y 1918 la excusabilidad del errante es un requisito que se le suma a la reconocibilidad, o si la excusabilidad es una excepción a la regla general que tiene en miras al errante, o si debe entenderse que allí basta tanto la reconocibilidad del destinatario como la excusabilidad del errante (Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II, pp. 244-245).

Respecto de la violencia como vicio de la voluntad podría razonarse de la siguiente manera. Una persona le vende un inmueble a su empleador y se compromete a efectuar la tradición de él en el plazo de sesenta días. Días después, el comprador, aprovechándose de la particular relación que los une, amenaza al todavía dueño con despedirlo si no le efectúa inmediatamente la tradición de la cosa. Frente a esa situación, el vendedor cede frente a la amenaza del comprador y le entrega las llaves del inmueble. ¿Cuál es la suerte de esa tradición? Sin perjuicio de que el plazo se presume establecido en beneficio de quien se obliga a cumplir y que una vez satisfecha la obligación no puede repetirse lo pagado (arts. 351 y 352, Código Civil y Comercial), ese acto sería pasible de nulidad por haberse patentizado el vicio de violencia (arts. 276 y ss., Código Civil y Comercial).

3.2.2 Objeto

El objeto de la tradición con finalidad traslativa de derecho real son las cosas: los objetos materiales susceptibles de valor económico (art. 16, del Código Civil y Comercial). De acuerdo a la delimitación temática impuesta a esta investigación, concretamente son las cosas inmuebles, ya sean por su naturaleza (art. 225, Código Civil y Comercial), o bien por accesión (art. 226, Código Civil y Comercial).

La tradición como contrato requiere siempre un objeto de carácter patrimonial, pues la cosa es pasible de valoración económica. Pero ello no quiere indicar que el interés de las partes involucradas en el acuerdo tenga que ser ineludiblemente patrimonial, pues el art. 1003 del Código Civil y Comercial dispone, en cuanto al objeto de los contratos, que “debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial”.

El interés que mueve a las partes a celebrar la tradición de la cosa puede responder a motivaciones altruistas, espirituales,

intelectuales, científicas, etc. Claramente, la cuestión del interés de las partes encuentra un íntimo ligamen con la finalidad del contrato.

Por ejemplo, una persona que efectúa la tradición de un inmueble en virtud de un contrato de donación a una fundación que se encarga de dar albergue a personas con dificultades económicas. El objeto (la cosa) es patrimonial, pero el interés de las partes es extrapatrimonial (ayudar a los terceros).

Las precisiones aquí efectuadas deben integrarse con las formuladas respecto al objeto del acto jurídico, como presupuesto de él.

3.2.3 Finalidad

El art. 281 del Código Civil y Comercial prevé: “La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

La norma transcripta recibe tanto a la finalidad objetiva, como a la subjetiva; en palabras de Videla Escalada:

“Existe una finalidad propia en cada figura contractual admitida con tipicidad legal o tipicidad social, pero, asimismo, en cada contrato particular que se celebra, es decir, en cada realidad contractual que se concreta en la vida diaria, puede darse una finalidad particular para ese acto y aún una finalidad particular para cada uno de los sujetos que intervienen en el mismo”.

“Así, en toda compra y venta, existe la finalidad común de lograr la transferencia del dominio de la cosa vendida del vendedor al comprador, a cambio del pago de un precio”²⁷⁸.

²⁷⁸ VIDELA ESCALADA, Federico, *La causa final en el derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, §387, p. 180.

Para que la finalidad subjetiva adquiriera relevancia en el escenario jurídico, es menester que los “motivos” sean exteriorizados e incorporados al acto en forma expresa o tácita (art. 281, Código Civil y Comercial).

La finalidad que el ordenamiento jurídico le confiere a la tradición con finalidad traslativa de derecho real, es la de extinguir una obligación de dar cosa cierta y -justamente- la de transmitir un derecho real.

Con relación, a los móviles de las partes para efectuar esa tradición es difícil imaginar un supuesto de exteriorización. En general, esas motivaciones deben buscarse en el contrato traslativo que importa el título suficiente.

3.2.4 Forma

3.2.4.1 ¿Elemento esencial?

Se debate acerca de si la forma reviste la calidad de elemento esencial del contrato. En nuestra opinión, en tanto sea preciso cumplir cierta solemnidad para dar nacimiento al contrato, sí corresponde otorgarle ese status jurídico²⁷⁹.

3.2.4.2 La tradición como contrato formal

La forma es la exteriorización de la voluntad, a través de la cual el acto “...se hace reconocible a los demás...”²⁸⁰. Explica Santoro Passarelli:

“La forma, al traducir al mundo exterior la voluntad del sujeto, la perfecciona haciéndola idónea para producir los efectos que se propone y para alcanzar trascendencia jurídica”²⁸¹

²⁷⁹ Véase ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 234 y ss.

²⁸⁰ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit, p. 99.

Como ya se dijo, cuando el ordenamiento jurídico impone para ciertos actos jurídicos una “forma determinada” (art. 284, Código Civil y Comercial) para la exteriorización de la voluntad de las partes, “no queda concluido como tal” hasta que no se cumpla con ella (art. 285, Código Civil y Comercial). Y si esa forma es exigida para la validez del acto, éste será nulo “si la solemnidad no ha sido satisfecha” (art. 969, Código Civil y Comercial).

Con relación a la tradición inmobiliaria, el mensaje legal es claro. La exteriorización de la voluntad debe canalizarse a través de la “ejecución de un hecho material” (art. 262, Código Civil y Comercial), consistente “en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes” (art. 1924, Código Civil y Comercial).

En tal sentido, la tradición es un contrato formal solemne absoluto. Sobre esa caracterización, se reflexionó:

“Si bien las características de los distintos ‘actos materiales’ posibles no son impuestas por la ley, en verdad, la exigencia de que los haya para satisfacer la ‘forma legal’, convierte a los ‘actos materiales’, sean unos u otros, en una solemnidad del acto de la tradición. En ese sentido, la tradición es un acto formal solemne, pues la única formal legal del acto admitida se traduce en el requerimiento de ‘actos materiales’”²⁸².

3.2.4.3 Excepción a la regla del art. 1017 inc. a)

El inc. a) del art. 1017 del Código Civil y Comercial dispone que los contratos que tengan por objeto adquirir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles deben celebrarse por escritura pública.

²⁸¹ SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, traducción y concordancias de Derechos español por A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 153.

²⁸² ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §224 ter, p. 349.

La tradición con finalidad traslativa de derecho real se aparta de esa regla, ya que –a pesar de que se trata de un contrato que tiene por finalidad adquirir un derecho real inmobiliario– existe una norma específica que desplaza la general provista por el art. 1017.

3.2.4.4 Diversas alternativas para la realización de los actos materiales exigidos

El art. 1924 del Código Civil y Comercial preceptúa que la tradición debe materializarse en actos materiales de, por lo menos, una de las partes, lo que significa que se pueden presentar diferentes alternativas para su concreción.

Repárese en que la bilateralidad de la tradición no se ve conmovida por la circunstancia de que los actos materiales sean ejecutados por una de las partes, pues es preciso que la otra consienta esa realización material²⁸³.

Si bien la exigencia del consentimiento no aparece expresamente en el art. 1924²⁸⁴ ella se impone por directivas generales, ya que de otra manera no quedaría concluido el contrato de tradición.

Incluso, se podría argumentar que ante la ausencia de una oposición de la parte que no realizó los actos materiales, habría prestado su consentimiento por el valor del silencio. Ello debido a que el art. 263 del Código Civil y Comercial confiere virtualidad al silencio cuando existe un deber de expedirse en razón “de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

²⁸³ Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §226 bis, p. 352.

²⁸⁴ En el art. 2379 del Código Civil derogado se aludía al “asentimiento”, al regla que: “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”; pero en los arts. 2381 y 2382 se referenciaba correctamente al “consentimiento”, terminología arquetípica de los contratos.

Explica Tobías que la fórmula legal “declaraciones precedentes” resulta estrecha y que era de superior técnica jurídica las que habían formulados los Proyectos del Ejecutivo de 1993 y 1998; el primero aludía a la “conducta anterior del agente” y el segundo a las “relaciones anteriores de las partes”. Y señala:

“...el silencio puede valer como manifestación cuando, instaurada una cierta relación entre las partes, el común modo de actuar impongan una carga o deber de actuar, de modo que el callar de uno puede interpretarse como una adhesión a la voluntad manifestada por la otra”²⁸⁵.

3.2.4.4.1 Tradición por actos materiales de ambas partes

El ejemplo clásico que da contenido al título del acápite es el proporcionado por el art. 3816 del Esbozo de Freitas, referido a la entrega de las llaves del inmuebles por el *tradens* y su recepción por el *accipiens*.

Téngase presente que la entrega de las llaves no supone un caso de tradición simbólica²⁸⁶, pues genera la “posibilidad” de establecer un contacto físico con la cosa (art. 1922, inc. b], Código Civil y Comercial).

3.2.4.4.2 Tradición por actos materiales de quien entrega, con el consentimiento de quien recibe

El art. 3817 del Esbozo ilustra con el supuesto de que el *tradens* ponga las llaves del inmueble en la residencia del *accipiens*, o en otro lugar en cumplimiento de una orden del adquirente.

²⁸⁵ TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), pp. 207.

²⁸⁶ El art. 463 del Código de Comercio derogado era objetable, pues consideraba a “la entrega de las llaves del almacén, tienda o caja en que se hallare la mercancía u objeto vendido”, como un supuesto de tradición simbólica.

El ingreso de las llaves del inmueble en la esfera de custodia del *accipiens*, determina la “posibilidad” de que él entable un contacto físico con la cosa (art. 1922, inc. b], Código Civil y Comercial).

3.2.4.4.3 Tradición por actos materiales de quien recibe, con el consentimiento de quien entrega

La ejecución de actos materiales por el adquirente, con el consentimiento del *tradens*, configura un nítido ejemplo de la alternativa descripta, a través de la cual el *accipiens* ingresa en contacto físico con el objeto (art. 1922, inc. b], Código Civil y Comercial)²⁸⁷.

El art. 1928 del Código Civil y Comercial regla: “Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga”. La alusión a que “en general” implican actos posesorios cualquier clase de “apoderamiento”, implica que esa enumeración de actos es meramente enunciativa²⁸⁸.

²⁸⁷ El art. 2380 el Código Civil derogado describía la mecánica de la siguiente manera: “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 oposición alguna”.

²⁸⁸ Debe tenerse presente que el pago de impuestos no son prueba suficiente para acreditar el cuerpo de la cosa, sino únicamente el *animus* (C. Apel. Civ., Com. Lab. y de Min., Santa Rosa, 26/09/1980, “Luquez, Pedro E. y otro c. Pérez Marolle, Carlos M. y otros”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala D, 10/04/1984, “Copati, Daniela y otros c. Rolando, Juan M.”, *La Ley*, 1985-A, p. 14; C. 1^º Civ. y Com., Mar del Plata, Sala I, 25/09/1996, “Lastra, Federico, suc. y otro c. Schwitzer, Mauricio y otros”, *LLBA*, 199-1035; CNCiv., Sala M., 22/02/2006, “Bergese, José A. c. intrusos y/u ocupantes”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com., Tucumán, Sala III, 22/05/2007, “Cruz, Faustina c. Suc. Corbacho Fernández Camilo”, *LLNOA*, 2007 (septiembre), p. 855; C. Apel. Civil, Neuquén, 03/03/2009, Sala I, “Baca Cau, César Augusto c. González, Martín S. y otro”, *La Ley Online*; STJ, Jujuy, 24/06/2014, “Burgos, Miguel Ángel; Burgos, Ricardo; Burgos, Carmen Raquel del Valle; Burgos, René Máximo; Burgos, Susana Tomasa y Burgos,

Con mejor técnica jurídica, la fuente de esa norma, el art. 1870 del Proyecto de 1998, preceptuaba: “Constituyen ejercicio del poder de hecho sobre la cosa los siguientes actos: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga, y aunque sea de alguna de sus partes materiales”.

Nótese que en el antecedente del año 1998 no se utilizaba la fraseología de “actos posesorios”, sino la de “ejercicio del poder de hecho sobre la cosa”. Ello se debe a que tales actos no conforman solamente el ejercicio de la posesión, sino también de la tenencia y hasta de los servidores de la posesión.

3.2.4.5 *Quid* de la eficacia de las declaraciones de las partes respecto de la entrega o recepción de la cosa

El art. 2378 del Código Civil derogado establecía que “la sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales”.

La doctrina que comentó esa norma se dividió entre quienes sostuvieron que la cláusula inserta en la escritura pública de venta de un inmueble por medio de la cual las partes declaran haber realizado la tradición de la cosa, no tenía ningún valor, y

Carlos Alberto c. Balut, Jorge Celín; Balut, Víctor Hugo; Balut, Carlos Alberto y quienes resulten titulares del inmueble del Padrón A-3742 s/ordinario por prescripción adquisitiva s/recurso de inconstitucionalidad”, *LLNOA*, 2014 (diciembre), p. 1211; C. Apel Civ. y Com., Concepción, 04/09/2015, “Paz, Roberto Enrique s/prescripción adquisitiva, *La Ley Online*; CSJN, 15/07/2014, “M., N. A. c. E.N.A. - O.N.A.B.E. s/prescripción adquis.”, *La Ley*, 12/08/2014, p. 7; *DJ*, 01/10/2014, p. 31; *RCCyC*, 2016 (marzo), p. 287). Por cierto que para que ese pago sea demostrativo del *animus* posesorio es preciso que tenga cierta regularidad. Así, se juzgó que “el pago simultáneo de los impuestos atrasados por parte de la actora, no es suficiente para acreditar que estuvo en posesión del inmueble ni que el *animus* existió durante todo el período comprendido en la deuda saldada, pues parece evidente que han sido diligencias preparatorias de los requisitos formales exigidos por la ley para promover el juicio de usucapión” (CNCiv., Sala D., 04/05/1984, “Zapata, Ana F.”, *La Ley Online*).

quienes postularon que tal disposición de la voluntad tenía eficacia entre las partes pero no era oponible frente a terceros.

Highton, partícipe del criterio restrictivo, apreció:

“...no suple la forma o manera legal la habitual frase incluida en las escrituras públicas de venta de inmuebles, por la cual el enajenante se desprende de la posesión de la cosa y transfiere al comprador (...). Si luego de firmadas las declaraciones no se entrega efectivamente la cosa, no hay tradición posesoria, ni siquiera entre las partes”²⁸⁹.

En cambio, para Salvat:

“...si bien la declaración de dar por hecho la tradición no basta por sí sola para acreditar su existencia, la tradición debe considerarse realmente efectuada si en la escritura pública de compraventa de la cosa, se establece expresamente que ella ha sido ya entregada al comprador, o si posteriormente, el *accipiens* declara en instrumento público encontrarse en posesión de la cosa. Estas declaraciones, en efecto, implicarían la confesión de haberse encontrado en posesión de la cosa, sin que los otorgantes de ella pudieran valerse después de prueba testimonial para destruir su valor y sostener que nunca se había cumplido la tradición. Otra cosa sería, en nuestra opinión, si en lugar de tratarse de las relaciones entre el *tradens* y el *accipiens*, se tratara de terceros, que impugnaran la existencia de la tradición; las manifestaciones de este último no bastarían, por sí solas, para acreditar la existencia de ella”²⁹⁰.

El Código Civil y Comercial se hizo cargo esa controversia y, en estricto seguimiento del art. 1865 del Proyecto de 1998, se inclinó por la tesis que sostuvo la eficacia *inter partes* de esa cláusula. Dispuso que los actos materiales exigidos para la

²⁸⁹ HIGHTON, Elena I., *Derechos reales*, Ariel, Buenos Aires, 1979, vol. 1 “Posesión”, §133, p. 97.

²⁹⁰ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I, §123, p. 123.

configuración de la tradición “...no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla” (art. 1924, *in fine*).

La solución es acertada, pues *inter partes* no hay inconveniente en que los partícipes de la mutación jurídico real establezcan cuándo ella queda integrada²⁹¹, pero tal derivación es inoponible a los terceros que no participaron del acto.

Claro está que la intrascendencia frente a terceros de las declaraciones efectuadas por las otorgantes en la escritura pública, desaparece si un titular de la función pública, como el escribano, da fe acerca de que la tradición se cumplió ante él. En ese supuesto, el instrumento público hace plena fe “hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal” (art. 296, inc. a], Código Civil y Comercial).

3.2.4.6 La vacuidad de la posesión como garantía

El art. 1926 del Código Civil y Comercial, que reproduce el art. 1867 del Proyecto de 1998, regla: “Para adquirir por tradición la posesión o la tenencia, la cosa debe estar libre de toda relación excluyente, y no debe mediar oposición alguna”.

Vélez Sarsfield, siguiendo el art. 3820 del Esbozo de Freitas, ya había preceptuado esa exigencia en el art. 2383 del Código Civil derogado²⁹².

El requisito de vacuidad de la posesión no debe leerse como que el inmueble debe estar completa y absolutamente desocupado²⁹³, pues lo relevante es que esté “libre de toda relación excluyente”. Explica Cossari:

²⁹¹ Véase Cap. I, §5.1.

²⁹² Art. 2383: “Para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles, no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome”.

²⁹³ IBARGUREN, Federico, *Apuntes de derecho civil, Libro III*, cit., p. 88.

“La norma habla de toda relación excluyente por tanto si el tipo de relación real que mantiene el ocupante con la cosa no desplaza la de quien pretende adquirir la nueva relación y no es incompatible, la tradición puede darse. Así, se podrá transmitir el dominio –si bien *traditio brevi manu*– si el inmueble está siendo poseído por un usufructuario o tenido por un arrendatario”²⁹⁴.

Para que oposición a la adquisición de la posesión sea eficaz es preciso que provenga de quien ocupe el inmueble, pues sería excesivo que cualquier tercero contradiga exitosamente el traspaso posesorio²⁹⁵.

Esa es la interpretación que debe asignársele, también, al art. 1140 del Código Civil y Comercial que, en materia de compraventa, establece la obligación del vendedor de entregar la cosa “libre de toda relación de poder y de oposición de tercero”.

La exigencia de la vacuidad de la relación real se fundamenta en el carácter exclusivo de ella (art. 1913, Código Civil y Comercial) y en razón del principio del *nemo plus iuris* (art. 399, Código Civil y Comercial)²⁹⁶, puesto que no pueden concurrir sobre la misma cosa relaciones reales que se excluyan entre sí y nadie puede transmitir un derecho que no tiene.

La vacuidad de la relación real es uno de los cimientos de nuestro sistema de mutación jurídico real y funciona como una verdadera garantía. El vocablo “garantía” según la tercera

²⁹⁴ COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 308.

²⁹⁵ Véase DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, *Manual de derechos reales*, cit., §48, p. 80; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo I, §98, p. 86; LAQUIS, Manuel A., *Derechos reales*, Depalma, Buenos Aires, 1975, tomo I, p. 408.

²⁹⁶ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §227, p. 353.

acepción del *Diccionario* de la Real Academia Española significa: “Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”.

Esta garantía resguarda a los poseedores con interés legítimo en la relación real con la cosa de transmisiones sin su consideración. Si no estuviera esta exigencia, se podría efectuar la transmisión del derecho real y el adquirente podría “recuperar” la cosa a través de la acción real reivindicatoria.

Piénsese, por ejemplo, en casos como el de los poseedores en virtud de un boleto de compraventa, el de los ocupantes de tierras que hacen de ellas su vivienda y sustento familiar, y hasta el de las comunidades indígenas. Todos esos poseedores se encontrarían desprotegidos sin la garantía de la vacuidad de la posesión²⁹⁷.

3.2.4.7 La forma y su finalidad protectoria

Cuando el ordenamiento jurídico exige que ciertos actos jurídicos se otorguen bajo determina forma impuesta no lo efectúa para tutelar solamente a los intereses de las partes involucradas en el negocio, sino que lo hace –fundamentalmente– para resguardar a los terceros que tengan un interés en el acto jurídico en cuestión y hasta para proteger el orden social en su conjunto.

Es que es razonable que cuando el acto jurídico solo se proyecta sobre quienes lo celebran, ellos puedan en ejercicio de la autonomía privada escoger la vía que consideren más adecuada para proteger sus intereses²⁹⁸.

Las mutaciones jurídico reales no involucran únicamente a las partes otorgantes de los actos con finalidad traslativa, sino que –muy por el contrario– sus efectos se propagan por la sociedad en su conjunto.

²⁹⁷ Véase Cap. V, §5.3.3.

²⁹⁸ Véase ORELLE, José María, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), p. 396.

De allí que la forma que el art. 1924 del Código Civil y Comercial le impone a la tradición –actos materiales de por lo menos una de las partes– sea inexcusable para que ella se tenga por realizada frente a terceros.

3.3 Actuación por representante

3.3.1 Planteo

Lo habitual es que el titular del derecho real que se transmite sea quien efectúe la tradición de la cosa, sin embargo nada obsta a que sea otra persona quien la realice, ya sea por explícito mandato legal (representación legal), o bien por expresa autorización del titular del derecho (representación voluntaria)²⁹⁹.

3.3.2 Aspectos generales de la representación

3.3.2.1 Fundamento y caracterización

Cuando una persona desea concertar un acto jurídico suele manifestar su voluntad por sí, pero nada obsta que procure la cooperación de un extraño para tal fin³⁰⁰.

²⁹⁹ El art. 358 del Código Civil y Comercial, segundo párrafo, regla: “La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica”. En otra oportunidad me ocupé de la denominada “representación orgánica” y concluí que esa denominación es inadecuada porque de acuerdo a la teoría del órgano, éste no tiene personalidad jurídica diferenciada de la persona jurídica que integra. Los actos de los órganos, siempre que sean realizados dentro de su respectiva competencia funcional, no son “imputados” a la persona jurídica, sino que son propios de ella. La persona jurídica delibera, decide y ejecuta a través de sus órganos. De allí que signifique un contrasentido sostener que la persona jurídica se comunica directamente a través sus órganos para luego referir al vocablo “representación”, que necesariamente supone la existencia de dos personas diferenciadas: el representante y el representado (Véase ALTERINI, Ignacio E., “Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social”, *La Ley*, 2012-E, p. 993).

³⁰⁰ Véase CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., §152, p. 577.

Se fundamenta la participación de otra persona en la gestación del negocio en “...razones de orden legal, o de simple interés social fundado en la imposibilidad de la presencia propia o en la comodidad o en la multiplicidad de actividades...”³⁰¹.

La gravitación del instituto es nítidamente captada por Larenz:

“El representado, al hacer que el representante obre en su lugar, amplía su esfera de actuación y las posibilidades de salvaguardar sus intereses en el tráfico jurídico-negocial. El representante está en situación de concluir negocios jurídicos para el representado como si él mismo hubiese celebrado tales negocios jurídicos”³⁰².

En la representación se exhibe una disociación entre la titularidad del interés y la manifestación de la voluntad. Mientras que la titularidad del interés se conserva en cabeza del representado, la facultad de manifestar la voluntad se transfiere al representante.

Este acto de cooperación implica una sustitución por la cual un sujeto realiza el negocio en lugar de otro, sobre cuya esfera deben producirse inmediatamente los efectos del propio negocio³⁰³. Esta situación es ilustrada por Barbero, quien advierte que el representante:

³⁰¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Representación, mandato y negocio de apoderamiento”, RCyS 2007, 498.

³⁰² LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte General*, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, § 30, p. 756.

³⁰³ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., §152, p. 578.

“...es parte *en el negocio*, pero no *en la relación*. Parte en la relación será el representado. El representante *concluye* el negocio, pero *permanece ajeno a la relación*”³⁰⁴.

A partir de esas consideraciones, considero que hay representación cuando una persona (representante) manifiesta su voluntad en nombre y en interés de otra (representado), provocando que los efectos del negocio jurídico concertado se trasladen inmediatamente a ésta, quien permanece ajena a la relación jurídica adquirida, modificada, extinguida³⁰⁵.

3.3.2.2 Requisitos para una representación eficaz

Para que los efectos del acto celebrado por el representante sean directa y exclusivamente imputados al representado, es menester que confluyan los siguientes extremos: a) que el representante tenga facultad para representar; b) que el representante actúe dentro de los límites de las facultades conferidas por la ley o el poder; y c) que el representante invoque en nombre de quien realiza el negocio.

3.3.2.2.1 Que el representante tenga facultad para representar

³⁰⁴ BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, cit., tomo I “Introducción. Parte Preliminar-Parte General”, §235, p. 497.

³⁰⁵ Véase ALTERINI, Ignacio E., *Manual de derecho comercial*, dirigido por Eduardo M. Favier Dubois (h) y coordinado por Ignacio E. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 484. Con esa orientación, Fontanarrosa reflexiona que “la representación surge cuando un individuo (representante, sujeto de la declaración de voluntad) ejecuta un negocio jurídico en nombre de otro (representado, sujeto del interés), de modo que el negocio se considera como celebrado directamente por éste último, y los derechos y obligaciones emergentes del acto celebrado por el representante pasan inmediatamente al representado” (FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, 9º edición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2001, tomo I “Parte General”, §326, p. 448).

La facultad para representar es conferida por la ley (representación legal), o por el acto jurídico de apoderamiento (representación voluntaria).

Con relación al poder, “debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar” (art. 363, Código Civil y Comercial). Esto es un necesario corolario del principio de paralelismo de formas. Así, por ejemplo, si se otorgara un poder para concluir un título suficiente para transmitir un derecho real inmobiliario, sería menester que fuera otorgado en escritura pública (art. 1017, inc. a), Código Civil y Comercial).

La directiva del paralelismo de formas no es predicable con relación al apoderamiento para otorgar la tradición, puesto que la exteriorización del consentimiento contractual en ese caso se debe canalizar a través de actos materiales. De allí que considero que rige la libertad de formas del apoderamiento para efectuar la tradición.

3.3.2.2.2 Que el representante actúe dentro de los límites de las facultades conferidas por la ley o el poder

La actuación del representante debe encuadrarse dentro de la demarcación de las facultades conferidas, ya por la ley, ya por el poder. La representación se extiende a los actos expresamente autorizados en el apoderamiento, como también a los necesarios para su ejecución (art. 360, Código Civil y Comercial).

Los actos que celebre una persona como representante de otro sin serlo, o extralimitándose en las facultades conferidas por el representado, son inoponibles a él y quien así hubiera actuado “...es responsable del daño que la otra parte sufra por hacer confiado, sin culpa suya, en la validez del acto” (art. 376, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, si el tercero conociera o pudiera conocer la inexistencia de representación o la extralimitación de la actuación del representante, debería asumir las consecuencias dañosas

derivadas del acto jurídico (arg. arts. 361 y 376, Código Civil y Comercial).

3.3.2.2.3 Que el representante invoque en nombre de quien realiza el negocio

Es menester que el representante haga conocer a los terceros con quienes se vincula, que el negocio jurídico lo celebra en nombre de otro, pues de otra manera él quedaría obligado. Esta exteriorización se conoce con el nombre de *contemplatio domini*.

La manifestación de la intención de obrar en nombre ajeno no requiere formalidades especiales, por lo que se podrá recurrir a cualquier medio suficiente de exteriorización de la voluntad. En caso de duda, es decir “si la voluntad de obrar en nombre de otro no aparece claramente, se entiende que ha procedido en nombre propio” (art. 366, Código Civil y Comercial).

Esa invocación suele realizarse expresamente; sin embargo, es posible que se realice de manera tácita.

Dice Stolfi que “se manifiesta tácitamente la misma intención cuando se obra de manera tal que se da a entender que uno no quiere obligarse por sí sino por otro...”³⁰⁶. Agrega Fontanarrosa que esa forma de exteriorización es “...inferible de las circunstancias objetivas y subjetivas que acompañan a la conclusión del negocio, tales como las relaciones anteriores de negocios, el lugar de la contratación, el empleo de papeles con membrete, la exhibición del documento de mandato...”³⁰⁷.

Con esa orientación, se juzgó:

³⁰⁶ STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, traducción y notas del Derecho español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 234.

³⁰⁷ FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, cit, tomo I, §335, p. 470.

“La invocación de obrar en nombre y por cuenta de un tercero – ‘contemplatio domini’- no exige fórmula sacramental ni agregación del testimonio del apoderamiento. Cualquier indicación mostrando a los terceros que el suscriptor actúa por otro, es suficiente, no interesando sea manuscrita o fijada con sello”³⁰⁸.

En cuanto a la oportunidad, esta exigencia debe ser satisfecha con anterioridad, o simultáneamente, a la celebración del negocio representativo, ya que si fuese posterior carecería de eficacia respecto del representado, quedando el acto perfeccionado el acto entre el representante y el tercero³⁰⁹.

3.3.2.3 Efectos

El efecto principal de la representación es señalado por el art. 359 del Código Civil y Comercial: “Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado”.

De esa consecuencia se desprenden algunos corolarios, al menos, en el ámbito de la representación voluntaria.

La capacidad exigible para el negocio representativo debe tenerla el representado, ya que es quien queda obligado por el acto celebrado a través del representante. Para el representante es suficiente el discernimiento, es decir la aptitud para comprender los alcances del acto jurídico que se celebra (art. 364, Código Civil y Comercial), el que se adquiere para actos lícitos a los trece años de edad (art. 261, Código Civil y Comercial).

Por otra parte, debido a que quien forma y manifiesta la voluntad es el representante, los vicios de la voluntad que afecten

³⁰⁸ CNCom., Sala D, 08/10/1980, “La Holando Sudamericana, Cía. de seguros c. Milredes, S. R. L.”, *La Ley Online*.

³⁰⁹ C. 1a Apel. Civ. y Com., Bahía Blanca, Sala II, 20/09/1990, “Berceche S. A., Eleodoro c. Agropecuaria Don Antonio y otros”, *La Ley*, 1991-D, p. 320.

la eficacia del acto deben analizarse en su cabeza y no en la del representado. Sin embargo, si el representante recibe instrucciones precisas para desarrollar su actuación, es decir si su suprime su libertad de acción, el acto celebrado será nulo solamente si estuvo viciada la voluntad del representado (art. 365, Código Civil y Comercial).

3.3.2.4 El contrato de tradición como objeto de representación

a) Ante todo la tradición puede ser objeto de representación, pues la ley no exige que sea otorgada por el titular del derecho (arg. art. 358, Código Civil y Comercial).

b) Situando la cuestión en el ámbito de la representación voluntaria, el examen de la capacidad exigible debe ser estudiada con relación al representado, es decir el *tradens*; al representante le basta el discernimiento el que se adquiere para actos lícitos a los trece años de edad.

c) ¿Qué ocurriría si una persona efectuara la tradición de la cosa sin poder suficiente?

El acto celebrado sin representación, o en exceso de ella, es inoponible al principal, pero éste puede sanear esa ineficacia a través de la ratificación.

Según Díez-Picazo el saneamiento por la ratificación se produce en virtud de un acto del titular del interés que asume para sí la regulación negocial hecha por otra persona que carece de una expresa legitimación.

La ratificación integra al acto dotándolo de la legitimación de la que carecía el que obró, ya sea porque actuó por sí, prescindiendo del legitimado, o lo hizo por este último sin que tuviera la facultad de representación o la hubiera excedido³¹⁰.

³¹⁰ Véase ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B., y VÁZQUEZ, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, cit., pp. 56 y ss.

Ese saneamiento puede ser expreso o tácito, es decir de “cualquier acto o comportamiento concluyente que necesariamente importe una probación de lo que haya hecho el que invoca la representación” (art. 371, Código Civil y Comercial); por ejemplo, la ejecución de las obligaciones de un contrato celebrado por otro.

La ratificación purga los defectos de legitimación de que los que adolece el acto otorgado sin representación, con efectos retroactivos al día de su celebración, “pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad” (art. 369, Código Civil y Comercial). Puede efectuarse en cualquier tiempo, pero si quien invocó la representación de otro y el tercero acordaron un plazo para que se lleve a cabo debe realizarse dentro de él, el que no puede ser mayor a quince días, ampliándose a tres meses si dependiera de una autoridad administrativa o judicial (art. 370, Código Civil y Comercial). Si el *dominus*, es decir la persona en nombre de quien se actuó, guarda silencio debe interpretarse que no hay ratificación.

Obviamente, esas consideraciones deben matizarse con las particularidades propias de la tradición. Así, por ejemplo, si el *accipiens* hubiera recibido las llaves del inmueble por parte de un tercero no legitimado y luego desplegara actos materiales sobre la cosa, la tradición ya se habría consumado y no sería cuestionable el acto por falta de legitimación del *falsus* representante.

3.4 *Quid* de la introducción de modalidades

Corresponde preguntarse si la tradición integrativa del derecho real, de acuerdo a su naturaleza jurídica de acto jurídico contractual, admite la introducción de modalidades.

La temática de las modalidades en las mutaciones jurídico reales es generalmente abordada al examinar la virtualidad del título suficiente, pues es dificultoso imaginarse la sujeción del acto material que implica la tradición a condición, plazo o cargo.

El art. 680 del Código Civil chileno se hace cargo de esta posibilidad hermenéutica y menta: “La tradición puede transferir

el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición”.

No obstante, algunos comentaristas relativizan los alcances de esa norma. Dicen que, en realidad, el ámbito propio de la condición resolutoria es el título que precede a la tradición y sentencian que “...en sí misma, la tradición no puede ser bajo condición resolutoria”. Con relación a la alternativa de la condición suspensiva, piensan:

“...es más bien teórico, tiene poca aplicación, porque la tradición se hace después de cumplida la condición. Sin embargo, este artículo 680 se pone en el caso de que se entregue con anterioridad la cosa a la persona, y entonces, una vez cumplida la condición, el adquirente pasa a ser dueño de la cosa, sin necesidad de tradición, ya que ésta se ha efectuado anticipadamente”³¹¹.

La cuestión de la llamada “reserva del dominio” en el Derecho argentino, se analiza en el §5.7 del Cap. IV.

Existe un supuesto que podría presentar alguna dubitación y atañe a una práctica muy extendida en la comercialización de inmuebles, que expresa la siguiente mecánica: A –dueño del inmueble– celebra un boleto de compraventa con B y efectúa la tradición de la cosa. Tiempo después las partes otorgan la compraventa inmobiliaria en escritura pública (título suficiente).

El interrogante que suscita esa dinámica es si la tradición ejecutada en ocasión del boleto de compraventa tendría ínsita una condición suspensiva para transmitir el derecho real: el otorgamiento del título suficiente; pues, obviamente, esa tradición

³¹¹ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §352 y §354, p. 210.

posesoria no tiene energía traslativa, pues no se fundamenta en un título suficiente.

El acto sometido a condición suspensiva no “es” tal en su gestión, pues no tiene por “fin inmediato” producir “relaciones o situaciones jurídicas” (art. 259, Código Civil y Comercial) propias del acto que se subordina a condición. Tiene solo fines mediatos.

El acto sujeto a una condición suspensiva pendiente padece de una ineficacia sustancial, pues la condición suspensiva forma parte de la causa fin del acto jurídico, elemento que integra la sustancia o estructura del mismo.

En síntesis, esa tradición condicionada es un acto jurídico pero distinto de la tradición con finalidad traslativa de derecho real, pues sus fines son diferentes a los moldeados para la versión constitutiva del derecho real.

3.5 La tradición en los diversos criterios clasificatorios de actos jurídicos

3.5.1 De acuerdo al número de partes que intervienen

Los actos jurídicos son unilaterales cuando es suficiente para su formación una sola voluntad; en cambio, son bilaterales cuando se precisa del consentimiento unánime de dos voluntades diferenciadas (arg. art. 946, Código Civil derogado).

Obviamente, la alusión a las diferentes “voluntades” no debe identificarse con que ellas deben emanar de personas diversas, sino que debe captarse desde la noción técnica de “partes”, pues varias personas pueden integrar una parte (vgr. los condóminos que celebran un contrato de compraventa) y una persona puede integrar diferentes partes (vgr. contrato consigo mismo)³¹².

³¹² Véase COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, §16, p. 71.

Bajo esas consideraciones, como ya se dijo, la tradición importa un acto jurídico bilateral, ya que necesita que confluyan las voluntades de las partes implicadas para su formación: la del *tradens* y la del *accipiens*³¹³. Y dentro de esa categoría negocial, importa un contrato³¹⁴.

3.5.2 Según el ámbito de eficacia

De acuerdo al escenario en el que el acto jurídico produce sus efectos, Betti enseña:

“Se denominan negocios *inter vivos* aquellos cuya función económico-social responde a la práctica de la vida en sus variadas formas y están destinados a actuar en ella sin atender a la muerte de sus autores. Por el contrario, se califican de *mortis causa* aquellos negocios cuya función responde a la exigencia de regular el destino del patrimonio o de singulares bienes (...), en previsión de la muerte del autor y dependiendo de ella”³¹⁵.

La tradición se desenvuelve en el ámbito de las adquisiciones derivadas por “acto entre vivos” (art. 1892, Código Civil y Comercial), en las que por regla es necesaria la concurrencia de título y modo suficientes.

En cambio, la directiva legal en las transmisiones por causa de muerte es que el heredero adquiere de pleno derecho todos los derechos en la oportunidad de la muerte del causante y continúa la posesión de la éste era titular (art. 2280, Código Civil y Comercial).

3.5.3 Con relación al modo de exteriorización

Los actos jurídicos se clasifican según el modo de exteriorización en positivos o negativos, de acuerdo a si es

³¹³ Véase Cap. II, §2.3.2.

³¹⁴ Véase Cap. II, §3.2.

³¹⁵ BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 229.

necesaria la realización de una acción (positivo), o bien una omisión (negativo) para adquirir, modificar o extinguir una situación jurídica.

Bajo esa conceptualización, la tradición integrativa del derecho real es un indiscutible acto jurídico positivo, pues es menester el despliegue de “actos materiales” (art. 1924, Código Civil y Comercial) para que despliegue los efectos personales y reales que el ordenamiento le confiere.

3.5.4 En función de su contenido

El contenido es la “estructura interna y sustancial” de un acto jurídico y varía de acuerdo a la naturaleza de los intereses involucrados y de las relaciones contempladas en el negocio³¹⁶.

La tradición con finalidad traslativa de derecho real es un acto jurídico de atribución patrimonial³¹⁷. Ella está dada por el desplazamiento del derecho del patrimonio del *tradens* al patrimonio del *accipiens*.

Dentro de los actos de atribución patrimonial, ubico a la tradición como un acto de disposición o traslativo, ya que reporta una disminución patrimonial para uno de los sujetos del acto

³¹⁶ Véase el criterio de BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 212.

³¹⁷ Véase ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, cit., §317, pp. 193-194. Dicen: “La tradición es un acto jurídico de disposición. Por actos *de disposición* se entienden todos aquellos que importan una inmediata *disminución* del patrimonio, sea por la renuncia abdicativa, transferencia, transmisión *mortis causa* o limitación de un derecho patrimonial. La tradición envuelve la disminución del patrimonio del tradente, porque de él sale el derecho que se transfiere al adquirente. La tradición es también un *acto de atribución* patrimonial, es decir, un acto que desplaza un derecho del patrimonio de una persona al patrimonio de otra. Tal desplazamiento o traspaso no se produce porque sí. Tiene su explicación y justificación en otro acto jurídico, uno preexistente denominado fundamental, porque contiene las relaciones jurídicas básicas llamadas a desenvolverse y sirve de fundamento al acto de atribución patrimonial, en este caso, al de tradición”

jurídico –el *tradens*– en favor de otro –el *accipiens*– quien experimenta un incremento patrimonial³¹⁸.

3.5.5 Tocante al inicio de sus efectos

Los actos jurídicos pueden determinar una adquisición, modificación o extinción de una situación jurídica, o bien limitar su virtualidad a declarar que alguna de esas mutaciones se han producido. Explica Stolfi:

“Por el momento en que empiezan a producirse sus efectos, los negocios jurídicos se distinguen en constitutivos y declarativos: -los primeros son eficaces a partir del día de su constitución, ya que originan una alteración de los derechos subjetivos de la partes; -los segundos producen efecto en un momento anterior a su constitución, de modo que permiten afirmar que la alteración tuvo lugar precedentemente”³¹⁹.

No es dudoso que la tradición precedida del título suficiente “constituye” al derecho real y en ese sentido se trata de un acto jurídico constitutivo.

3.5.6 Con relación a la incidencia de la causa

En el Capítulo I me referí al sistema de mutación jurídico real argentino como de naturaleza concausal, en el sentido de que para que opere la transmisión inmobiliaria es menester que confluyan el título y el modo suficientes.

Lo que ahora nos ocupa es si el acto jurídico-tradición, individualmente considerado, es abstracto o causal, problemática que se remonta al Derecho romano³²⁰. Para Cariota Ferrara los negocios abstractos son:

³¹⁸ Véase SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, cit., p. 266.

³¹⁹ STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, cit., pp. 74-75.

³²⁰ Véase Cap. I, §1.2.3.3.

“...aquellos en los que la causa no se encuentra entre los elementos esenciales o constitutivos; se caracterizan por una separación de la causa; son independientes de la existencia o de la licitud de ésta. La consecuencia es que, cuando la causa falta o es ilícita, el negocio es válido, los efectos se producen. Lo que quiere decir que si el negocio es traslativo, se transfiere el derecho...”³²¹.

Con esa óptica, el art. 283 del Código Civil y Comercial regla: “Acto abstracto. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice”.

No puede dudarse que en nuestro ordenamiento jurídico la tradición como modo del derecho real configura un acto jurídico causal, pues para cumplir su finalidad traslativa es menester que se apoye en un título suficiente, que el art. 1892 del Código Civil y Comercial define como “el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”.

3.5.7 Respeto de la coincidencia de causa típica del acto jurídico y el propósito de las partes

El art. 385 del Código Civil y Comercial describe al acto indirecto con las siguientes palabras: “Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero”.

La importancia del acto jurídico indirecto estriba en la posibilidad de utilizar determinada estructura negocial con una finalidad diversa a la aportada por el ordenamiento jurídico en abstracto. En el decir de Tobías:

“La razón de ser se encontraría en la necesidad de utilizar en beneficio propio un tipo específico de acto jurídico tendiente a la

³²¹ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., §53, pp. 158-159.

consecución de un fin diverso del que se infiere de su causa típica (...). Así, el acto indirecto se distinguiría de los negocios ‘directos’ en los que (...) se presenta una correspondencia entre la finalidad perseguida y el medio técnico empleado”³²².

En última instancia, en el acto jurídico indirecto se aprecia una discordancia entre las finalidades objetiva y subjetiva³²³.

Acaso, si el acto jurídico indirecto procura alcanzar una causa fin propia de otro acto, pero vistiéndolo con un ropaje distinto, habría sido preferible que el art. 385 al caracterizarlo en vez de apuntar a un “resultado”, hubiera tenido en mira la procuración de un “fin”, pues el vocablo resultado, en la lengua castellana, significa “efecto y consecuencia de un hecho, operación o deliberación”, es decir que expresa los alcances del instituto de la causa fin³²⁴.

Ahora bien, ¿cuál es la finalidad típica de la tradición constitutiva de derecho real? Ya me pronuncié en el sentido de que el ordenamiento jurídico le confiere a la tradición apoyada en el título suficiente una finalidad bifronte: la extinción de la obligación de dar cosa cierta y la transmisión del derecho real³²⁵. No es aventurado predicar que las partes del contrato de tradición tengan un propósito discordante con esas finalidades típicas; piénsese, por ejemplo, en la tradición realizada para transmitir un dominio resoluble en función de garantía.

³²² TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), pp. 1053-1054.

³²³ Véase Cap. II, §3.2.3.

³²⁴ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), p. 1054.

³²⁵ Véase Cap. II, §2.3.4.

4 EL TÍTULO SUFICIENTE COMO CONTRATO QUE OBLIGA A CELEBRAR OTRO CONTRATO: LA TRADICIÓN

El título suficiente, como acto jurídico que tiene finalidad traslativa, obliga a la celebración del contrato tradición cuando se encuentra involucrado un derecho real que se ejerce por la posesión.

Así, en materia de compraventa, y por extensión a la permuta (art. 1175, Código Civil y Comercial), “el vendedor debe transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida” (art. 1137, Código Civil y Comercial), quien “debe entregar el inmueble inmediatamente de la escrituración” (art. 1140, Código Civil y Comercial); respecto de la donación, “el donante debe entregar la cosa desde que ha sido constituido en mora” (art. 1555, Código Civil y Comercial), etc.

Esa obligación de “entregar”, emergente del contrato-título suficiente, se traduce en una obligación de celebrar otro contrato: la tradición constitutiva del derecho real. Ahora bien, ¿qué ocurre si una de las partes se niega a efectuarlo?

Obviamente, la parte perjudicada puede demandar su cumplimiento. Las vías rituales son distintas en función de la óptica de cada parte. Así, si la parte incumplidora fuera quien debe entregar el inmueble, la otra podría entablar la acción para adquirir la posesión (art. 2239, Código Civil y Comercial). En cambio, si lo fuera la parte que debe recibir el inmueble, el transmitente podría consignar el inmueble judicialmente (arts. 904 y ss., Código Civil y Comercial)³²⁶.

No debe pensarse que cuando el juez interviene en la configuración significa que constituye del derecho real o impone su constitución, pues ello se encuentra vedado por el art. 1896 del

³²⁶ Véase Cap. III, §5.6.

Código Civil y Comercial³²⁷. El juez, al recibir el objeto consignado u otorgar judicialmente la posesión, simplemente suple la voluntad de la parte que se obligó a cumplir y no lo hizo, pero no debe pensarse que se convierte en parte del contrato. A la manera en que ocurre en la representación, el juez es integrante de la relación jurídica, pero no del acto jurídico³²⁸.

5 UNA MIRADA DESDE LA CONEXIDAD CONTRACTUAL

5.1 Planteo

En este apartado consideraré al contrato-tradición con finalidad traslativa de derecho real y al contrato-título suficiente como contratos conexos, en atención a que se requieren mutuamente para provocar la mutación jurídico real.

Piénsese, verbigracia, en una compraventa inmobiliaria celebrada por otorgantes capaces y legitimados al efecto, y con las formas que establece la ley. ¿Cuál es su finalidad inmediata? Es un contrato que el ordenamiento jurídico lo encamina a transmitir el derecho real respectivo.

Sin embargo, ese contrato aisladamente considerado no tiene la virtualidad jurídica suficiente para que se produzca la mutación jurídico real, pues es menester que se integre con otro contrato: la tradición con finalidad traslativa de derecho real.

Es por ello que, a mi juicio, el *iter* de las transmisiones de derechos reales por actos entre vivos se puede explicar a través de la conexidad contractual.

³²⁷ Art. 1896: “Prohibición de constitución judicial. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario”.

³²⁸ Véase Cap. II, §3.3.

5.2 Contratos conexos

5.2.1 Lineamientos generales

Un problema de la dogmática contractual actual es la presencia de contratos vinculados. Los negocios económicos ya no se canalizan inexorablemente a través de un único contrato, sino que en ocasiones se materializan a través de varios de ellos que conectan para conformar un sistema entre sí.

La conexión contractual constituye una derivación de la visión del contrato contemporáneo, la que trasciende a la concepción del contrato como consentimiento, para abrazar a un enfoque más amplio y realista: al contrato como operación económica³²⁹.

Este fenómeno fue desconocido por el legislador decimonónico que levantó las banderas de la regla *res inter alios acta*, es decir que los contratos solo tienen efectos entre las partes³³⁰. La conexidad fractura esa regla y permite la comunicación de efectos entre los contratos integrantes del sistema.

Barbero alude a esa expresión contractual con la denominación de “negocios agrupados” por una finalidad común, de manera tal que negocio formalmente autónomos son concebidos el uno en función del otro, de manera que la falta o ineficacia de uno de ellos hace desaparecer la razón de existir del otro³³¹.

Con una visión esencialmente coincidente, dice Cariota Ferrara:

³²⁹ Véase DE LORENZO, Miguel F. y TOBIAS, José W., “Apuntes sobre los contratos conexos” *DJ*, 1999-3, p. 153.

³³⁰ Véase NICOLAU, Noemí L., ARIZA, Ariel, FRUSTAGLI, Sandra, y HERNÁNDEZ, Carlos A., *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, p. 221.

³³¹ BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, cit., tomo I “Introducción. Parte Preliminar-Parte General”, §263, p. 564.

“Es fácil observar que algunos negocios tienen íntimo ligamen con otros (...). Tal ligamen o nexo se funde en la ley o se funde en la voluntad de las partes, puede dar lugar a una comunidad de destino entre un negocio y el otro, hasta el punto de no poder tener lugar uno sin el otro, o no poder desplegar efecto sin él...”³³².

5.2.2 Definición legal

El art. 1073 del Código Civil y Comercial dispone que: “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación...”.

De la caracterización transcrita, se pueden enunciar los requisitos configuradores del instituto: a) pluralidad de contratos autónomos; b) vinculados entre sí; c) finalidad económica común.

5.2.2.1 Pluralidad de contratos autónomos

La conexidad contractual supone la existencia de una pluralidad de contratos y, en principio, nada obsta a que esos contratos se cobijen en un mismo instrumento.

En la temática que nos ocupa, por regla, ello no es posible puesto que la tradición debe efectuarse por actos materiales. Acaso pueda plantearse como alternativa conceptual que sí puede concretarse ese supuesto cuando los otorgantes del título suficiente declaran que la tradición se realizó con anterioridad a la autorización de la escritura pública (art. 1017, inc. a), Código Civil y Comercial). Debe recordarse, sin embargo, que tales manifestaciones tienen efectos únicamente para las partes³³³.

³³² CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, cit., §77, p. 262.

³³³ Véase Cap. II, §3.2.4.5.

Con relación a la autonomía, se explica que la norma no distingue qué clases de contratos pueden vincularse entre sí, por lo que el intérprete tampoco debe distinguir. Cualquier contrato puede coligarse con otro, siempre que cuenten con todos los elementos constitutivos y sean eficaces; ya sean principales o accesorios, contratos o subcontratos, preparatorios o definitivos³³⁴.

Los contratos pueden ser celebrados por las mismas partes, o también pueden involucrar diversas partes³³⁵.

5.2.2.2 Vinculados entre sí

Esos contratos autónomos deben estar vinculados entre sí por una conexión de carácter funcional, en el sentido de que ellos deben estar unidos genéticamente para producir los efectos que procuran.

“...la finalidad específica de uno de los contratos exige necesariamente la celebración de, al menos, otro más (...). Cuando de la naturaleza o la estructura, o bien de la unidad económica que representen varios contratos, se pueda colegir que cada uno de ellos no puede entenderse como separado o independiente, sin el otro, podremos hablar de conexión contractual”³³⁶.

Sobre el particular, resultaba muy gráfico el art. 1030 del Proyecto de 1998 cuando establecía que la vinculación entre contratos se presentaba “por haber sido celebrados en

³³⁴ Véase ARMELLA, Cristina N., “Contratos conexos”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 203; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V (Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández), p. 684.

³³⁵ Véase GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, traducción a cargo de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, §26, p. 117.

³³⁶ BERNAD MAINAR, Rafael, “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 720, 2010, pp. 1455-1456.

cumplimiento del programa de una operación económica global”. El Código Civil y Comercial introduce la temática aduciendo a la necesidad de que “uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido” (art. 1073).

Se sostiene que cuando se enfrenta un supuesto de contratos coligados, ellos conservan su independencia. Sin embargo, considero que en atención a los efectos que la conexión produce, máxime frente a la eventual propagación de la ineficacia de uno respecto de los demás, la autonomía de los contratos se ve claramente afectada³³⁷.

La fuente de la conexión contractual puede ser objetiva u subjetiva, es decir, puede surgir de la propia ley o de la voluntad de las partes. El art. 1073 del Código Civil y Comercial, en una primera lectura, parecería regular una tercera fuente de vinculación: la “derivada de la interpretación”. Sin embargo, lo único que quiere significar el texto legal es que el juez frente a un conflicto tiene facultad suficiente para desentrañar el recto de la ley o de la voluntad de las partes, lo que resulta obvio.

En otras palabras, la fuente de la coligación puede ser típica o atípica. Explica Galgano:

³³⁷ Véase ALVAREZ MARTÍNEZ, Georgina I., *Los grupos de contratos en el crédito al consumo* (tesis doctoral), La Coruña, 2008, p. 185 (http://ruc.udc.es/bitstream/2183/991/1/AlvarezMartinez_Georgina.pdf): “Generalmente, cuando se estudian los grupos de contratos, se insiste en que en el ámbito de la agrupación, los contratos, aunque enlazados, no pierden ‘autonomía’. Matiza MESSINEO que lo que conservan los contratos es su individualidad, pero que sí pierden algo de su autonomía, o que, a consecuencia del nexo, de algún modo la comprometen entre sí. Compartimos la matización del autor, no sólo por la incumbencia del nexo entre las partes de la agrupación, sino porque en el plano de los efectos jurídicos, cada contrato puede ser afectado por vicisitudes jurídicas de los demás, y siendo así, parece que se comprometería la autonomía. No obstante, no descartamos que se destaque, al menos descriptivamente y como peculiaridad de los grupos de contratos, que sus miembros no pierden la autonomía”.

“En materia de contratos coligados también se puede distinguir entre tipicidad y atipicidad. En ocasiones la conexión entre contratos diversos resulta establecida por la ley siendo, pues, típica: así contrato preliminar y contrato definitivo se encuentran de ese modo coligados, del mismo modo en que están coligados el contrato y el subcontrato (...). En cambio, es conexión atípica aquella que se establece entre muchos contratos en virtud de la autonomía contractual (...) y que nace de una cláusula atípica –expresa e incluso tácita– existente en muchos contratos, que hace a un contrato dependiente de otro (la llamada conexión unilateral o por accesoriedad) o hace a varios contratos dependientes entre sí (conexión por influencia recíproca)”³³⁸.

La cuestión de la fuente de la coligación responde al tema de la finalidad del contrato, ya objetiva, ya subjetiva³³⁹. El contrato-título suficiente y el contrato-tradición se encuentran vinculados entre sí por la finalidad objetiva de ellos: transmitir un derecho real inmobiliario que se ejerce por la posesión.

5.2.2.3 Finalidad económica común

Los contratos conectados deben exhibir una finalidad común, de manera tal que cada uno ellos sea concluyente para la consecución de la finalidad perseguida previamente establecida.

En este fenómeno contractual las partes intervinientes dirigen la mirada hacia una finalidad común, la que puede ser “supracontractual”³⁴⁰, es decir distinta de la prevista o estipulada para cada contrato individualmente considerado. Por ello, se

³³⁸ GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, cit., §26, pp. 115-116.

³³⁹ Véase Cap. II, §3.2.3.

³⁴⁰ Así, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, concluyeron que: “Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio”.

entiende que ya en la etapa precontractual se presenta una realidad disímil a la que se manifiesta en la concertación de cualquier contrato en particular, pues en este tipo de contratación todos deben propender hacia el mismo resultado³⁴¹.

Considero que no existe óbice alguno en que las finalidades de los contratos partícipes de la red contractual se identifiquen con el propósito común de ellos.

Así, tanto el contrato que configura el título suficiente como la tradición como modo suficiente, tienen la finalidad de provocar la mutación jurídico-real. Sin embargo, hasta que no confluyen esa teleología no se materializa. Es el propio ordenamiento jurídico el que establece previamente esa finalidad común (art. 1892, Código Civil y Comercial).

5.2.3 Interpretación

Los contratos vinculados por la función económica global deben ser “interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido” (art. 1074, Código Civil y comercial)³⁴². En ese sentido, no es dudoso que la tradición y el título suficiente deben interpretarse conjuntamente de acuerdo a la finalidad que persiguen.

Tradicionalmente se ha acusado a la tradición de ser un acto jurídico neutral, en el sentido de que por sí mismo no aporta mayor claridad acerca de la razón de su concreción. Díez-Picazo considera a la tradición como:

³⁴¹ Véase ARMELA, Cristina N., “Contratos conexos”, op. y loc. cits.

³⁴² Ya el art. 1030 del Proyecto de 1998 reglaba: “Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación”. Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 concluyeron: “Los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen”.

“...un acto incoloro y equívoco que puede tener jurídicamente una pluralidad de significados (te doy la cosa para que la custodies, para que te sirva de garantía, para que la uses y después me la devuelvas, para que la hagas definitivamente tuya)...”³⁴³.

Si se aplicara la doctrina de la conexidad contractual, en caso de duda sobre los alcances de la tradición, sería preciso indagar en la voluntad de las partes estratificada en el título suficiente. La interpretación conjunta iluminaría los senderos de la tradición.

De igual manera cuando alguna cláusula del título suficiente fuera oscura, la tradición podría revelar el verdadero significado de la disposición de voluntad. Por ejemplo, si se dudara acerca de cuándo era preciso efectuar la tradición de la cosa, si ella fuera finalmente efectuada, tal dubitación habría quedado disipada (arg. art. 1065, inc. b], Código Civil y Comercial).

5.2.4 Efectos

Si bien los contratos que integran la red contractual conservan sus individualidades jurídicas, una vez acreditada la conexidad, la ineficacia que pudiera padecer uno de ellos podría propagar sus consecuencias y contagiar a los restantes³⁴⁴. Esa expansión de efectos –como ya se dijo– significa una importante excepción al principio del efecto relativo de los contratos (art. 1021, Código Civil y Comercial).

Repárese en que utilicé la inflexión verbal “puede” y no la imperativa “debe” con relación a la expansión de la ineficacia, pues

³⁴³ DIEZ PICAZO, Luis, “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, Anuario de Derecho Civil, 1966, p. 558.

³⁴⁴ Galgano expresa: “Naturalmente, las vicisitudes que afectan al contrato accesorio no repercuten en el contrato principal; sin embargo no siempre es posible reconocer una relación de contrato principal y contrato accesorio entre los contratos coligados, siendo frecuente el fenómeno (...) de la interdependencia recíproca entre los contratos, todos dirigidos indivisiblemente a satisfacer el interés unitario...” (GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, cit., §26, p. 115).

solo se extenderá de un contrato a otro si alguno de ellos pierde su razón de ser y la finalidad que los vinculaba deviene inalcanzable³⁴⁵.

Diez-Picazo presenta dos escenarios posibles:

“1° Cuando la independencia nace de ser uno de los contratos condición de eficacia o presupuesto del otro, la regla debe ser que la ineficacia del contrato que es presupuesto o condición acarrea la del contrato dependiente, pero nunca al revés. 2° Cuando la conexión existe por concurrir los varios contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, la regla aplicable debe ser la misma que se contemplaba en los casos de ineficacia parcial. La ineficacia de uno de los contratos sólo origina la ineficacia del conjunto, cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial”³⁴⁶.

Existe una total dependencia jurídica entre los contratos que configuran el título y el modo suficientes, pues el uno sin el otro no logra el propósito legal perseguido. De allí que la ineficacia de alguno de ellos provoca inexorablemente la ineficacia del otro.

6 SUCEDÁNEOS DE LA TRADICIÓN CONSTITUTIVA DEL DERECHO REAL

6.1 Generalidades

La *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio* son supuestos en que una de las partes pierde la posesión en beneficio de la otra que la adquiere, sin necesidad de los desplazamientos que impone la “tradición”, aunque con los efectos propios de ella.

Lafaille explica que consideraciones de naturaleza económica y de conveniencia justificaron a los juristas romanos a

³⁴⁵ Véase LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 299.

³⁴⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., tomo I, §337, p. 299.

implementar recursos técnicos para evitar la exigencia de la doble tradición frente a determinados casos³⁴⁷, sin perjuicio de señalar a los abusos que esos procedimientos dieron lugar³⁴⁸.

En cuanto a su regulación, el tercer párrafo del art. 1892 del Código Civil y Comercial dispone que la tradición: “No es necesaria, 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. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente”. Luego, en materia adquisición de las relaciones reales, con defectuosa técnica legislativa reitera la innecesaridad de la tradición en esos supuestos, variando los alcances de algunos vocablos y agregando elementos; concretamente, el art. 1923 establece: “No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor”.

El Proyecto de 1998, principal fuente inmediata del Código Civil y Comercial, no tropezaba con repeticiones innecesarias y

³⁴⁷ Véase Cap. I, §1.2.3.4.

³⁴⁸ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §237, p. 364: “Dicho procedimiento dio lugar más tarde, a una serie de abusos —y los glosadores, sobre los textos clásicos, elaboraron la doctrina, según la cual era suficiente la simple voluntad (‘nuda voluntas’) desprovista de todo elemento físico, para cambiar la causa de la posesión. Otros entendieron que la transferencia se operaba ‘solo animo’, no en virtud de la razón antedicha, pero por existir ya el ‘corpus’, que ejercía el adquirente. No faltaron quienes acudieran a una ficción, que hubiese permitido dar por efectuadas las entregas y recibos superfluos”.

enunciaba en el art. 1824 -sobre “título y modos suficientes”- a la *traditio brevi manu* y al *constituto posesorio* como modos suficientes, y los caracterizaba únicamente en el art. 1868: “*Sucedáneos de la tradición*. Para adquirir la relación real no es necesario el desplazamiento del poder de hecho, si media acto jurídico bilateral, si: a) En la *traditio brevi manu*, el tenedor de la cosa adquiere su posesión o el tenedor pasa a ser delegado de un nuevo poseedor de la cosa. En este último supuesto la adquisición se juzga operada desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. b) En el *constituto posesorio*, el que transmitió la posesión de la cosa se constituye en delegado del nuevo poseedor. En este caso el acto jurídico debe ser distinto del que le sirve de fuente a la transmisión, aunque conste en un instrumento único”.

6.2 Traditio brevi manu

6.2.1 Caracterización

En la *traditio brevi manu* quien revestía el carácter de tenedor intervierte el título de su relación real y “asciende” al rango de poseedor, o se mantiene como tenedor pero pasando a poseer a nombre de otro.

En la primera modalidad de este instituto es innecesaria la tradición efectiva, porque el actual poseedor era antes tenedor de la cosa, y en la segunda modalidad el nuevo titular del derecho real poseerá por intermedio de quien ya era tenedor de la cosa y a través de él entablará su contacto con la cosa.

6.2.2 Tenedor que pasa a ser poseedor

En la primera modalidad del instituto el tenedor pasa a ser poseedor. Se presenta, verbigracia, cuando un titular de dominio vende su inmueble al locatario. Si no existiera esta posibilidad, el locatario debería restituirle el inmueble al dueño para que luego éste se lo volviera a entregar para recién adquirir la posesión de él.

El Código Civil y Comercial, en el art. 1892, alude a un acto jurídico por el cual “pasa el dominio” de la cosa. En rigor, el instituto es de aplicación también con relación a las transmisiones de las titularidades de otros derechos reales sobre objeto ajeno que se ejercitan por la posesión. Así, por ejemplo, el tenedor que deviene en usufructuario.

Incluso, si el titular de dominio de un inmueble suscribiera un boleto de compraventa con el locatario y éste se convirtiera simplemente en poseedor, sin lugar a dudas estaríamos en presencia de la *traditio brevi manu*³⁴⁹.

6.2.3 Tenedor que pasa a serlo a nombre de otro poseedor

La segunda modalidad de la figura se presenta cuando quien poseía nombre del titular del derecho, pasa a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor.

El fundamento de la solución legal es nítidamente explicado por Salvat:

“Supongamos que la cosa está alquilada o ha sido dada en préstamo o depositada y que el propietario la vende a un tercero, que quiere dejarla en poder del locatario, comodatario o depositario. La tradición implicaría aquí tres operaciones completamente inútiles, después de las cuales la situación sería exactamente la misma que si ella no hubiera existido; 1° devolución de la cosa por el locatario, comodatario o depositario al propietario enajenante; 2° entrega de

³⁴⁹ “La ‘traditio brevi manu’ no puede tener por efecto la unión de las posesiones, si no existe un acto comprobado por el cual el propietario la ha dado. No existiendo manifestación de voluntad del vendedor en el sentido de transmitir la posesión al momento de la suscripción del boleto, no aparece el consentimiento del vendedor para dar posesión” (CNCiv., Sala C, 23/03/1993, “Durán Peralta, Tomás c. Mecher de Valenzuela”, *La Ley*, 1993-E, p. 508 - *DJ* 1994-1, p. 484).

ella por éste al adquirente; 3° entrega por el adquirente al locatario, comodatario o depositario, es decir, al mero tenedor”³⁵⁰.

A pesar de que el art. 1892 alude al “propietario”, no debe acotarse el ámbito de funcionamiento de la figura al derecho real de dominio. Piénsese, por ejemplo, en un locatario que posee en nombre de un usufructuario, quien luego transmite su derecho. El locatario que poseía en nombre del usufructuario primitivo, pasará a poseer en nombre del nuevo usufructuario.

Para que la transmisión de la posesión se haga efectiva es preciso que el tenedor sea notificado de la mutación, por lo que Valdés y Orchansky denominaron a esta segunda modalidad como tradición “por indicación”³⁵¹, pues recién entonces el tenedor seguirá poseyendo a nombre de un tercero adquirente de la posesión.

Ahora bien, ¿quién debe efectuar la notificación? Para algunos la debe hacer el *tradens*³⁵². En cambio, otros postulan que la notificación puede ser practicada tanto por el *tradens* como el *accipiens*³⁵³.

Considero que cualquiera de ellos puede notificar al tenedor de la mutación, pues el art. 1923 no le impone la obligación a ninguna de las partes y pese a que tampoco lo hace el art. 1620 en materia de cesión, no debe dudarse que la notificación de la cesión

³⁵⁰ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I, §156, p. 144.

³⁵¹ VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales*, cit., tomo I, p. 80.

³⁵² VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales*, cit., tomo I, p. 80; MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., tomo VI, §660, pp. 288-289

³⁵³ MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, cit., §93, p. 258; ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, tomo I, §238 ter, p. 366.

al cedido puede realizarla el cedente o el cesionario, y aun un tercero en el que las partes delegan esa función.

6.3 Constituto posesorio

6.3.1 Caracterización

El *constituto posesorio* es un acto jurídico por medio de cual quien revestía la calidad de poseedor “desciende” en la relación real y deviene en tenedor, sin necesidad de ningún tipo de actos materiales.

Por ejemplo, el titular de dominio (poseedor) de un inmueble lo vende y mantiene la cosa como comodatario (tenedor), es decir como poseedor a nombre del comprador que adquirió el inmueble.

6.3.2 Naturaleza jurídica. ¿Unidad o pluralidad de actos? Instrumentación

Existe un consenso generalizado acerca de que la naturaleza jurídica del *constituto posesorio* es la propia de un contrato³⁵⁴, máxime frente a la amplia caracterización de contrato que legisla el art. 957 del Código Civil y Comercial.

Se controvierte acerca de si basta el título de transmisión³⁵⁵ (por ejemplo, una compraventa) o es preciso que a ese título se le sume otro acto jurídico bilateral el del *constituto posesorio*³⁵⁶.

³⁵⁴ “No se discute la naturaleza contractual del ‘constituto posesorio’, máxime ante la amplia caracterización del contrato que incluye el art. 1137 del Cód. Civil, debiendo hacerse por escritura pública o instrumento privado con fecha cierta (art. 1035, Cód. citado)” (CNCiv., Sala C, 22/11/1979, “Petracca, Antonio A. c. Corona Martínez. Enrique A. y otras”, *La Ley*, 1980-B, p. 328).

³⁵⁵ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §243, p. 373; SPOTA, Alberto G., “El constituto posesorio en nuestro derecho”, JA 52-614; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos Reales*, cit., tomo I, §118, pp. 99-100.

³⁵⁶ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I, §161, p. 151; NOVILLO CORVALÁN, Sofanor, en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo I,

Para Borda "...es indudable que basta el simple contrato de compraventa, con la declaración de la fecha en la cual el contrato empieza a hacerse efectivo entre las partes, para que en esa fecha se tenga por transmitida la posesión". Para este autor no sería exigible la prueba de otro contrato, pues la ello no surge de la ley ni tampoco sería lógica ya que puede que se celebre ningún contrato formal entre el adquirente y el transmitente.

Con orientación contraria, la doctrina mayoritaria acepta los lineamientos trazados por Salvat, para quien debe prevalecer la tesis según la cual se exige dos actos jurídicos distintos e independientes:

"1° porque toda transformación de la naturaleza de una relación posesoria, sea que la detención se convierta en posesión, sea que la posesión pase a la categoría de detención, exige siempre la intervención de un título adecuado (...); 2° porque si bastase la simple estipulación de que el enajenante se constituye en poseedor a nombre del adquirente, el constituto posesorio estaría en abierta contradicción con la regla que la sola declaración del tradente de darse por desposeído, no suple las formales legales de la tradición, es decir, los actos materiales de entrega y recepción de la cosa (...); 3° porque en salvaguardia de los derechos de terceros, la ley no podía dejar librada a una simple estipulación de las partes la existencia de un constituto posesorio; la necesidad del contrato y el requisito de la fecha cierta del instrumento privado, constituyen una eficaz garantía de los derechos y bastan para reducir en gran parte los peligros del constituto posesorio"³⁵⁷.

§165a., p. 158; ARGANARÁS, Manuel J., en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 5° edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1961, tomo I, en nota 115^a al §158, p. 132; MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, cit., §97, p. 264; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, cit., tomo II, pp. 142 y ss.

³⁵⁷ Ídem.

Según lo dicho, para concluir al constituto posesorio hace falta un acto jurídico distinto del traslativo. ¿Cualquier contrato es suficiente para configurar al constituto?

Para Molinario³⁵⁸ y López de Zavalía³⁵⁹, en la dogmática del Código Civil derogado, se requeriría que el contrato fuera consensual, ya que si era real exigía el desplazamiento de la cosa; para ellos, no había “constituto” por medio de un depósito o de un comodato.

En cambio, para Jorge H. Alterini la exclusión de los contratos reales era muy discutible, pues justamente el *constituto* suple la necesidad del desplazamiento de la cosa, tanto para configurar el modo de adquisición, como para integrar el contrato real respectivo³⁶⁰.

Esa discusión ha quedado superada en el Código Civil y Comercial atento a la desaparición de los contratos reales³⁶¹, por lo que nada obsta a que, por ejemplo, el comodato determine la continuidad en el *corpus* del poseedor devenido en tenedor.

Para superar las dudas doctrinarias y rodear al *constituto posesorio* de requisitos que conduzcan a pensar en su efectiva realidad, el art. 1868 del Proyecto de 1998 imponía que “el acto jurídico debe ser distinto del que le sirve de fuente a la transmisión, aunque conste de un instrumento único”.

Los arts. 1706 y 1968 del Código Civil y Comercial, al regular los dominios fiduciario y revocable, respectivamente, acuden al *constituto posesorio*, cuando dicen que al producirse la extinción de esos dominios imperfectos, uno u otro dueño imperfecto (fiduciario

³⁵⁸ MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, cit., §97, p. 265.

³⁵⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, cit., tomo II, pp. 144-145.

³⁶⁰ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §243 bis, p. 375.

³⁶¹ Véase Cap. IV, §6.

o revocado) quedan constituidos inmediatamente en poseedores a nombre del dueño perfecto (fideicomisario o revocante). Por tratarse en estos casos de un *constituto posesorio* de configuración automática por virtualidad de la ley, no está en duda la realidad de la situación jurídica sobreviniente; de allí, la improcedencia de requisitos complementarios³⁶².

6.4 Quid de la concurrencia de la traditio brevi manu y el constituto posesorio

Para López de Zavalía son imaginables casos en los que se acumulan esos sucedáneos de la tradición. Ejemplifica con el siguiente supuesto:

“Primus que había locado la cosa a Secundus, le transfiere el dominio, pero reservándose el usufructo, y en la inteligencia de que Secundus siga siendo locatario (...) pues no vemos inconveniente en que el nudo propietario sea locatario del usufructuario. Para eso no hacen falta actos de entrega, pero sí, una acumulación de *traditio brevi manu* y de constituto. De no admitirlo, habría que llegar a una irrazonable ida y vuelta de cosa por actos de materiales: de Secundus a Primus, en restitución de lo locado, de Primus a Secundus, para transferir al dominio, de Secundus a Primus para constituir el usufructo, y de Primus a Secundus a título de locación”³⁶³.

³⁶² Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 298.

³⁶³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos reales*, cit., tomo II, pp. 132-133, en nota 85.

CAPÍTULO III**IMPLICANCIAS OBLIGACIONALES DE LA TRADICIÓN****INMOBILIARIA****1 PLAN**

En Capítulo II concluí que la tradición integrativa de derecho real es un contrato que tiene una finalidad dual: extinguir una obligación y transmitir un derecho real; y que con el título suficiente conforman contratos conexos, es decir, actos jurídicos bilaterales unidos por una finalidad económica común: transmitir el derecho real que se ejerce por la posesión.

Ahora me ocuparé de analizar a la tradición inmobiliaria en el marco del Derecho de las obligaciones. Con este objetivo, abordaré a la tradición como medio de extinción de las obligaciones de dar cosas ciertas para transmitir derechos reales que se ejercen por la posesión y de dar a quien tenga derecho a su restitución; me detendré en sus efectos en régimen de las mejoras, frutos y productos; desarrollaré su importancia en cuanto a los riesgos de la cosa; analizaré su función cuando concurren varios acreedores que reclaman la cosa; y mostraré sus derivaciones en los daños padecidos por terceros con intervención de cosas.

2 LINEAMIENTOS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES DE DAR COSAS CIERTAS

2.1 Precisiones iniciales

La obligación es la relación jurídica en virtud de la cual una persona denominada deudor debe satisfacer determinada prestación en favor de otra persona llamada acreedor³⁶⁴.

El objeto de la obligación es la prestación (arts. 725 y 865, Código Civil y Comercial), es decir la conducta debida por el deudor, y de acuerdo a la naturaleza de ella las obligaciones se clasifican como de dar, de hacer y de no hacer (arg. art. 495, Código Civil derogado).

La obligación de dar consiste en una prestación de carácter positivo que se traduce en la entrega del objeto debido, es decir, en la celebración del contrato de tradición. Cuando la cosa objeto de este contrato se encuentra individualizada en la oportunidad del nacimiento de la relación jurídica, la obligación se califica como de dar cosa cierta. Con esta óptica, señala Llambías:

“La obligación es de dar una cosa cierta, cuando su objeto está identificado en su individualidad, al tiempo de constituirse la obligación (...) lo que se debe es un ‘corpus’ determinado, que el acreedor y el deudor conocen cuál es, desde el origen de la relación obligacional. En cambio, en las demás obligaciones de dar, la prestación queda relativamente indeterminada, en cuanto no se sabe con qué objeto, en particular, se hará el pago...”³⁶⁵.

El acto jurídico que hace las veces de fuente de la obligación de dar cosa cierta puede contener diferentes finalidades y, en función de ellas, diversos regímenes. Así, el Código Civil y Comercial alude a que la obligación de dar cosa cierta se puede

³⁶⁴ Para un análisis de la definición aportada por el art. 724 del Código Civil y Comercial, véase Cap. III §5.2.

³⁶⁵ Véase LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., tomo II-A, §785, p. 69.

engendrar “para transferir el uso o la tenencia” (art. 749)³⁶⁶; “para constituir derechos reales” (arts. 750 a 758)³⁶⁷; o “para restituir” a quien tenga derecho a reclamarla (arts. 759 a 761)³⁶⁸.

2.2 Deberes del deudor

2.2.1 Precisión terminológica

El art. 746 del Código Civil y Comercial, bajo la rúbrica “Efectos”, norma: “El deudor de una cosa cierta está obligado a conservarla en el mismo estado en que se encontraba cuando contrajo la obligación, y entregarla con sus accesorios, aunque hayan sido momentáneamente separados de ella”.

El epígrafe utilizado es impreciso por ser excesivamente laxo; acaso, hubiera sido más riguroso titular con la expresión “deberes del deudor”, como lo hacía el art. 688 del Proyecto de 1998³⁶⁹, pues la norma transcripta hace tema únicamente con los “efectos”, en cuanto débitos, con relación al deudor.

³⁶⁶ Art. 749: “Obligación de dar cosas ciertas para transferir el uso o la tenencia. Remisión. Cuando la obligación de dar una cosa determinada tenga por objeto transferir solamente el uso o la tenencia de ella, se aplican las normas contenidas en los títulos especiales”. Ello impone dirigir la mirada a las regulaciones de los contratos que típicamente engendran la obligación de transmitir “el uso o la tenencia”, cuyos ejemplos arquetípicos son la locación y el comodato. Esta tipología obligacional en nada coadyuva a los derechos reales.

³⁶⁷ Sin perjuicio que el Código Civil y Comercial guarda silencio, debe entenderse que la obligación de dar cosa cierta para constituir derechos reales encuentra su ámbito en los que se ejercen por la posesión, pues es allí donde juega la tradición. Ello, claro está, con la excepción de la servidumbre activa –que en mi visión se ejercita por la posesión–, la que queda constituida no por la tradición, sino por el primer uso (arg. art. 1892, Código Civil y Comercial). Véase Cap. III, §3.2.

³⁶⁸ Véanse las precisiones terminológicas formuladas en el §4 de este Capítulo.

³⁶⁹ Art. 688: “Deberes del deudor. Si se debe la entrega de cosa cierta, el deudor está obligado a: a) Conservarla en el estado en que se encontraba cuando fue contraída la obligación. b) Entregarla con sus accesorios, aunque hayan sido momentáneamente separados de ella”.

2.2.2 Conservación

El deber de conservación, que no estaba expresamente previsto en el Código Civil derogado para esta clase de obligaciones³⁷⁰, es una regla que encuentra fundamento en el principio de la buena fe y supone mantener inalterada la integridad de la cosa desde la constitución de la obligación hasta el momento de su satisfacción³⁷¹. Ello implica que el deudor deberá efectuar las mejoras de mero mantenimiento y las necesarias (art. 1934, incs. c] y d], Código Civil y Comercial).

El deudor está obligado a ejecutar los actos tendientes a la conservación de la cosa, pero no siempre debe afrontar los gastos que ella origine. Si la obligación es de dar cosa cierta para constituir un derecho real, el deudor –por su calidad de titular del derecho real– es quien debe satisfacer las eventuales erogaciones; en cambio, si la obligación es de dar cosa cierta para restituirla a quien tenga derecho a reclamarla, y el deudor mantiene con la cosa una relación real de tenencia, éste puede exigirle al acreedor el reintegro de los gastos (art. 1940, inc. a], Código Civil y Comercial), salvo disposición legal o convencional en contrario.

2.2.3 Accesorios

El deudor también tiene que entregar la cosa “con sus accesorios, aunque hayan sido momentáneamente separados de ella”. La expresión “momentáneamente” que se utiliza en el art. 746 es de empleo inconveniente por su extremada fugacidad³⁷² y

³⁷⁰ El deber de conservación del deudor surgía de manera implícita de los arts. 576 y 1514, y explícitamente del art. 1408.

³⁷¹ Véase ALFERILLO, Pascual E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 76.

³⁷² El vocablo “momentáneo” según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española significa: “Que se pasa enseguida, que solo dura un momento”.

debe leerse –con ventaja– como “temporariamente”, pues permite una elasticidad mayor en cuanto a sus alcances³⁷³.

El primer párrafo del art. 230 del Código Civil y Comercial precisa lo que debe entenderse por “cosas accesorias”, al disponer: “Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario”.

La accesoriedad puede resultar de dos vías: a) de la dependencia de una cosa con respecto a otra; y b) de la adherencia física de una cosa con otra.

Durante la vigencia del Código Civil derogado se ejemplificaba el primer supuesto de accesoriedad con los denominados inmuebles por accesión moral o por destinación, que regulaba Vélez Sarsfield en el art. 2316³⁷⁴, y que el Código Civil y Comercial derogó³⁷⁵ en seguimiento del Proyecto de 1998³⁷⁶. Acaso, en la actualidad, pueda pensarse en cosas que no tienen una vida autonómica en cuanto a su independencia funcional, verbigracia,

³⁷³ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), p. 143.

³⁷⁴ Art. 2316: “Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente”. Véase ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, tomo IV-A, p. 35. Para una comparación del régimen de pertenencias del Derecho italiano y los inmuebles por destinación, véase ALTERINI, Ignacio E., “El bien de familia frente a la empresa familiar”, *La Ley*, 2010-F, p. 1444.

³⁷⁵ El art. 226 *in fine* establece: “No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario”.

³⁷⁶ En el §34 de sus Fundamentos, se lee: “La clasificación de bienes y cosas en relación con sí mismos y con relación a los derechos, sistematiza bienes y cosas con criterio moderno; se eliminan las categorías de inmuebles por accesión moral y las cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo”.

el tubo de un teléfono inalámbrico con relación a la máquina central.

Respecto de la accesoriedad en razón de la adherencia física, está puede ser de una cosa mueble a un inmueble lo que determina, cuando éste es natural, un inmueble por su naturaleza (art. 225, Código Civil y Comercial), y cuando es artificial, un inmueble por accesión física (art. 226, Código Civil y Comercial). La accesoriedad por adherencia física también puede presentarse entre cosas muebles (art. 230 *in fine*, Código Civil y Comercial).

2.3 Inspección y recepción del inmueble

La tradición –como ya se dijo³⁷⁷– requiere de la concurrencia de las voluntades del *tradens* y del *accipiens*; el primero debe entregar la cosa y el segundo recibirla. Si falla algunas de esas voluntades, no hay tradición.

El art. 747 regula el derecho de las partes a requerir la inspección de la cosa al momento de la tradición y estipula que “la recepción de la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes (...), sin perjuicio de lo dispuesto sobre la obligación de saneamiento en la Sección 4ª, Capítulo 9, Título II del Libro Tercero”.

El derecho a inspeccionar es una razonable derivación del deber de conservación del deudor, pues a través del despliegue de esa actividad se puede constatar si efectivamente se satisfizo esta última exigencia.

Por otra parte, la recepción de la cosa por parte del *accipiens*, sin formulación de reservas, hace presumir la inexistencia de vicios aparentes, salvo prueba en contrario³⁷⁸. La presunción es de toda lógica, pues el acreedor hubo de haber conocido la existencia

³⁷⁷ Véase Cap. II, §2.3.2.

³⁷⁸ Véase COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores) y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo III, p. 64.

de los vicios mediante un examen adecuado de la cosa en función de las circunstancias³⁷⁹.

Ello debe coordinarse con el art. 1053 del Código Civil y Comercial que se ocupa de las exclusiones de la responsabilidad por defectos ocultos; en su inc. a) señala: “los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega”.

2.4 Obligación de saneamiento

2.4.1 Advertencia metodológica

En este apartado no pretendo discurrir sobre los variados e importantes aspectos que envuelven a la obligación de saneamiento, sino que ceñiré la mirada a las temáticas que encuentran relación con el objeto de mi tesis. Me ocuparé únicamente de los asuntos que tienen conexión directa con la tradición inmobiliaria, sin perjuicio de trazar algunos conceptos generales.

2.4.2 Conceptos generales

El vocablo “sanear”, de acuerdo a la acepción jurídica provista por el Diccionario de la Real Academia, significa: “Indemnizar al comprador por la evicción o por el vicio oculto de la cosa vendida”. En rigor, la obligación de saneamiento no se limita al deber de

³⁷⁹ El art. 692 del Proyecto de 1998, bajo el epígrafe “Recepción de la cosa”, proponía la siguiente redacción: “Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega. Si la cosa es recibida sin reservas, se presume que es de la calidad adecuada y que no tiene defectos aparentes, en los casos en que el acreedor hubo de haberlos conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias”.

responder por los daños causados al adquirente de un derecho, sino que también permite que este último le exija al transmitente la purificación del título o la subsanación de los defectos (art. 1039, inc. a), Código Civil y Comercial).

Son sujetos pasivos de la obligación de saneamiento: “a) el transmitente de bienes a título oneroso; b) quien ha dividido bienes con otros; c) sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso” (art. 1033, Código Civil y Comercial).

Las garantías de evicción y de defectos ocultos son elementos naturales de los contratos con finalidad traslativa a título oneroso. De allí que, en principio³⁸⁰, se trate de una materia disponible por las partes, quienes pueden modificar sus alcances y hasta eliminarlas (arts. 962, 1036, Código Civil y Comercial)³⁸¹.

La supresión o disminución de esas garantías se tienen por no convenidas, cuando el enajenante conoció o hubo de haber conocido si hubiera obrado con la debida diligencia, el peligro que origine el saneamiento; igualmente, si su actuación se corresponda con una actividad profesional, salvo que la del adquirente también lo sea (arts. 1038, 1725, Código Civil y Comercial).

³⁸⁰ Digo “en principio” puesto que si mediara una relación de consumo esas garantías ingresarían en el ámbito de lo indisponible y no podrían modificarse en perjuicio del consumidor (arg. art. 37, ley 24.240).

³⁸¹ El art. 1037 del Código Civil y Comercial, bajo la rúbrica “Interpretación de la supresión y de la disminución de la responsabilidad por saneamiento”, expresa: “Las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento son de interpretación restrictiva”. Acierta Leiva Fernández en que la norma mencionada es una reiteración innecesaria del art. 948 que prevé que “la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirlos es restrictiva” (LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V [Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández], p. 568).

2.4.3 Usucapión y responsabilidad por evicción

Para encauzar debidamente la temática utilizaré un supuesto. Una persona es titular de dominio sobre un inmueble pero no se encuentra en relación real con él, pues existe otra persona que lo posee. Ante ese escenario, el titular del derecho decide vender la cosa. Al tiempo de la suscripción de la compraventa, el poseedor se encuentra próximo a cumplir con el plazo veintañal para adquirir el dominio por usucapión, el que se alcanza con anterioridad al reclamo efectuado por el comprador al vendedor para le efectúe la tradición de la cosa.

La pregunta que subyace es si el comprador tiene acción para reclamar por evicción al vendedor por la frustración de su derecho.

El art. 1040 inc. a) del Código Civil y Comercial regla que no hay derecho a la reparación “si el adquirente conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción...”; y el art. 1045 inc. c) excluye “la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente. Sin embargo, el tribunal puede apartarse de esta disposición si hay un desequilibrio económico desproporcionado”.

Si no se responde por evicción cuando ella es “resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente”, es porque debe entenderse que en ese caso la causa no es anterior ni concomitante con la adquisición, ya que si lo fuera sí se respondería por evicción.

El Código Civil y Comercial aquí parece adjudicarle al saneamiento por usucapión efectos no retroactivos al inicio de la posesión, pues si los tuviera la evicción resultaría de causa anterior.

En el sentido indicado, el criterio legal armoniza con la carencia de efectos retroactivos que el Código Civil y Comercial le

adjudica a la usucapión larga (art. 1905) y disuena con la retroactividad que le confiere a la usucapión corta (art. 1903)³⁸².

2.4.4 Exclusión, ejercicio y caducidad de la garantía por defectos ocultos

El inc. c) del art. 1053 del Código Civil y Comercial le asigna un importante papel a la tradición en materia de defectos ocultos, pues establece que si el adquirente los conoció, o los hubo de haber conocido a través de un examen del objeto “al momento de la adquisición”, cesa la responsabilidad por defectos ocultos.

Efectivamente, si el adquirente no formula ninguna reserva en la oportunidad de efectuarse la tradición, pierde su derecho a una reclamación posterior, salvo que se requiera de conocimientos técnicos especiales para detectar la falla. La recepción de la cosa sin reservas por el adquirente libera al garante de la obligación de saneamiento por esos defectos.

Por otra parte, el art. 1054 dispone que el adquirente tiene la carga de denunciar la existencia del defecto al garante dentro del plazo de sesenta días de haberse exteriorizado, y postula: “Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos”.

El cómputo del plazo legal de caducidad para el “ejercicio” de la responsabilidad por defectos ocultos comienza a correr desde el momento en el cual el adquirente puede advertir la existencia de

³⁸² Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V (Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández), pp. 592-593.

ellos³⁸³. La tradición es relevante en esta temática, pues ella posibilita que el adquirente puede darse cuenta de la existencia de los defectos; sin la tradición –que permite el contacto físico con la cosa–, no hay posibilidad de conocerlos.

Además, se establece un plazo de caducidad de la garantía que, en materia inmobiliaria, es de tres años desde que la recepción, es decir, desde que se efectuó la tradición del objeto. El plazo de caducidad puede ser ampliado por voluntad de las partes, pero ellas no puede reducirlo (art. 1055, Código Civil y Comercial). Por otra parte, dispone que la acción para reclamar por vicios redhibitorios prescribe al año contado desde que el vicio se hace evidente (art. 2564, inc. a), Código Civil y Comercial).

Ahora bien, ¿cómo se articulan los plazos de caducidad de la garantía y el de la prescripción de la acción?

Se dice que para hacerse efectiva la garantía por vicios ocultos es necesaria la concurrencia de tres requisitos: a) que el vicio se manifieste dentro del plazo de la garantía contado desde la recepción de la cosa; b) que el adquirente cumpla temporáneamente con la carga de denunciarlo; y c) que el adquirente accione por responsabilidad por vicios ocultos contra el garante antes del vencimiento del plazo de prescripción³⁸⁴.

3 OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA PARA TRANSMITIR DERECHOS REALES

3.1 Fuente

La obligación de dar cosa cierta para transmitir un derecho real es tal cuando encuentra apoyatura en un acto jurídico que la origina con finalidad traslativa. Si ese acto jurídico satisface las

³⁸³ Véase SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo IV, p. 739.

³⁸⁴ *Idem*, p. 743.

exigencias de forma y de fondo que el ordenamiento jurídico impone se estará en presencia de un “título suficiente”³⁸⁵.

El deudor de una obligación de dar cosa cierta satisface su débito mediante la tradición y, en este sentido, la tradición es pago³⁸⁶. La concurrencia del título suficiente con la tradición determina la transmisión del derecho real, pues el art. 750 del Código Civil y Comercial regla: “El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario”³⁸⁷.

3.2 Ámbito

A pesar de la modalidad expresiva del art. 750, la obligación de dar cosa cierta para transmitir un derecho real solo se origina –en materia inmobiliaria– cuando la fuente de ella tiene por finalidad transmitir un derecho real que se ejerce por la posesión, salvo el supuesto de la servidumbre positiva³⁸⁸.

Ello es de toda lógica, pues no sería consistente que se deba efectuar la tradición de la cosa si el derecho real no tiene entre uno de sus contenidos a la posesión.

3.3 Régimen de mejoras, frutos y productos

3.3.1 Mejoras

3.3.1.1 Definición legal

El art. 751 del Código Civil y Comercial caracteriza a la mejora como “el aumento del valor intrínseco de la cosa”. Ella puede provenir de la naturaleza (mejora natural) o del hecho del hombre (mejora artificial).

³⁸⁵ Véase Cap. IV, §5.2.

³⁸⁶ Véase Cap. III, §5.

³⁸⁷ Véase Cap. II, §3.

³⁸⁸ Véase Cap. IV, 5.3.4.

Las mejoras consisten en alteraciones materiales de la cosa que implican un incremento de su valor económico. Con esa óptica, desbordan el concepto de mejora los aumentos de valor que pueda experimentar la cosa por causas extrínsecas a ella, es decir, los derivados de factores ajenos a la materialidad del objeto³⁸⁹. Así, no constituye mejora la construcción de una obra pública que beneficie el valor de la cosa³⁹⁰; por ejemplo, un subterráneo o una ruta.

No debe identificarse la noción de “gasto” con la de “mejora”. En primer lugar, porque si bien las mejoras artificiales implican una inversión económica, en las mejoras generadas por la acción de la naturaleza tal erogación está ausente. Por otro lado, no toda inversión satisface el objetivo de incrementar el valor de la cosa.

3.3.1.2 Clases

3.3.1.2.1 Naturales

La mejora es natural cuando los aumentos de valor de la cosa provienen de la acción de la naturaleza.

Casos paradigmáticos de mejoras naturales están dados por dos de los modos de adquisición originaria del derecho real de dominio: la aluvión y la avulsión. La aluvión es “el acrecentamiento paulatino e insensible del inmueble confinante con aguas durmientes o corrientes que se produce por sedimentación” (art. 1959, Código Civil y Comercial) y la avulsión es “el acrecentamiento del inmueble por la fuerza súbita de las

³⁸⁹ Véase SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, 6° edición, actualizada por Enrique V. Galli, TEA, Buenos Aires, 1952, §367, p. 339; LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto y MAYO, Jorge, *Tratado de las obligaciones*, 2° edición, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, tomo II, §949, pp. 172 y ss.;

³⁹⁰ Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9° edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I, §426, p. 374.

aguas que produce una adherencia natural” (art. 1961, Código Civil y Comercial).

3.3.1.2.2 Artificiales

La mejora es artificial cuando el aumento de valor de la cosa se debe al trabajo del hombre. Son mejoras artificiales las de mero mantenimiento, las necesarias, las útiles y las suntuarias³⁹¹.

Se define a la mejora “de mero mantenimiento” como “la reparación de deterioros menores originados por el uso ordinario de la cosa” (art. 1934, inc. c], Código Civil y Comercial). Téngase presente que se tratan de menoscabos “menores”, pues si ellos adquieren otra entidad y su reparación fuera indispensable para el mantenimiento de la cosa se estaría ante un supuesto de mejora necesaria.

La mejora “necesaria” es “la reparación cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa” (art. 1934, inc. d], Código Civil y Comercial). Ya no se trata de enmendar deterioros menores de la cosa –como en la mejora de mero mantenimiento–, sino que los arreglos que deben efectuarse son ineludibles para su conservación.

El inc. e) del art. 1934 caracteriza a la mejora “útil” como aquella que es “beneficiosa para cualquier sujeto de la relación posesoria”³⁹². Advierte Lafaille que el criterio diferencial con la mejora necesaria consiste en que no se trata de conservar la cosa, sino beneficiarla para cualquier titular de una relación real³⁹³. Por

³⁹¹ Las mejoras artificiales se encuentran definidas en el art. 1934 del Código Civil y Comercial, precepto que se corresponde con el 1876 del Proyecto de 1998.

³⁹² La alusión legal a “relación posesoria” es inadecuada e asistemática. Es inadecuada porque con ella no se abraza a todos los supuestos de relaciones materiales entre un sujeto y una cosa, sino únicamente a la relación real de posesión. Es asistemática debido a que el Código Civil y Comercial optó por la cuestionable terminología de “relaciones de poder” para referirse a la relaciones reales (posesión, tenencia y servidores de la posesión).

³⁹³ LAFAILLE, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo II, §949, p. 172.

cierto, que aquí el aumento de valor de la cosa no responde a un criterio de indispensabilidad.

Cuando la mejora es “de mero lujo o recreo o provecho exclusivo para quien la hizo”, se califica como “suntuaria” (art. 1934, inc. f), Código Civil y Comercial). Se explica que la mejora puede ser suntuaria por ser de mero lujo (v.gr.: un revestimiento de materiales de muy alta calidad); o de simple recreo (v.gr.: una cancha de tenis); o sin ser de solo lujo o recreo cuando son de provecho exclusivo para quien las hizo (v.gr.: una habitación insonorizada para un músico), sin perjuicio de que puedan ser a la vez de simple recreo o lujo y de provecho exclusivo para quien la hizo (v.gr.: una pileta de natación cubierta que un corredor hace en su inmueble para entrenar)³⁹⁴.

En rigor, hubiera bastado y más preciso definir a la mejora suntuaria como aquella “de provecho exclusivo para quien la hizo”, como lo hacía el inc. f) del art. 1876 del Proyecto de 1998, pues aun cuando sea de mero lujo o recreo si fuera beneficiosa para cualquier titular de la relación real se trataría de una mejora útil.

3.3.1.3 Distribución de las mejoras

3.3.1.3.1 Regla

La regla en orden a la distribución de las mejoras entre los sujetos de la relación obligacional está dada por la máxima romana *res crescit domino*, esto es, las cosas crecen para su dueño, o mejor, para el titular del derecho real sobre objeto total o parcialmente propio. De allí, que se puede afirmar que la directiva general es que antes de la tradición de la cosa, las mejoras le corresponden al deudor.

³⁹⁴ Véase COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 337-338.

3.3.1.3.2 Mejoras naturales

Si la cosa experimentara una mejora natural estando pendiente de ejecución la obligación de efectuar la tradición, dicho aumento de valor generaría un desequilibrio en las prestaciones concertadas. Por ello, el art. 752 del Código Civil y Comercial autoriza al deudor a exigir “un mayor valor”, que el acreedor podrá aceptar o rechazar. Si el acreedor se resistiera, la obligación quedará extinguida “sin responsabilidad para ninguna de las partes”³⁹⁵.

La solución de la norma es justa³⁹⁶, por cuanto armoniza adecuadamente las situaciones jurídicas del deudor y del acreedor; el primero, sufriría un menoscabo patrimonial si el ordenamiento no lo habilitara a exigir un mayor valor por el aumento de valor de la cosa, todavía de su “propiedad”; por otra parte, al acreedor puede resultarle inconveniente o serle imposible satisfacer el mayor valor que observó la cosa.

3.3.1.3.3 Mejoras artificiales

Con relación a las mejoras artificiales, regla el art. 753: “El deudor está obligado a realizar las mejoras necesarias, sin derecho a percibir su valor. No tiene derecho a reclamar indemnización por las mejoras útiles ni por las de mero lujo, recreo o suntuarias, pero puede retirarlas en tanto no deterioren la cosa”.

La obligación del deudor de satisfacer las mejoras necesarias, es coherente con la obligación genérica de conservar la cosa en el mismo estado en que se encontraba al momento de la constitución de la obligación (art. 746, Código Civil y Comercial). Por otra

³⁹⁵ Compárese la solución del art. 752 con la del art. 1938 *in fine*, cuando regla: “Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables”.

³⁹⁶ Véase TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), p. 155.

parte, también es lógico que el deudor no pueda exigir el valor de las mejoras útiles y suntuarias, aunque sí se encuentre habilitado a retirarlas si la cosa no se deteriorara.

El Código Civil y Comercial no resuelve quién debe afrontar los gastos que demande la realización de mejoras de mero mantenimiento. Sin embargo, pienso que debe conferírseles igual tratamiento que a las mejoras necesarias, ya que ambas están dirigidas a concretar la obligación del deudor de conservar la cosa hasta su tradición.

El art. 753 debe compararse con el art. 1938 referido a la “indemnización y pago de mejoras”, en materia de efectos de las relaciones reales: “Ningún sujeto de relación de poder puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa. Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa...”.

Las normas coinciden en cuanto a que las mejoras suntuarias no deben indemnizarse pero sí pueden ser retiradas de la cosa, siempre que no se menoscabe la integridad de la cosa. Luego en materia de mejoras necesarias y útiles, las soluciones son disonantes.

Se piensa que el trato asimétrico en cuanto a las mejoras necesarias es correcto, ya que el deudor que se compromete a efectuar la tradición de la cosa para transmitir un derecho real tiene el deber de conservarla hasta tanto se efectúe la entrega. En orden a las mejoras útiles, se postula que más allá de la letra del art. 753 debe atenderse el reclamo del mayor valor que adquirió la cosa cuando su cuantificación haya sido establecida sin ponderar a

las mejoras introducidas, pues lo contrario implicaría legitimar un enriquecimiento sin causa³⁹⁷.

3.3.2 Frutos

3.3.2.1 Definición legal

El art. 233 del Código Civil y Comercial establece que los “frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia”. Un concepto similar brindaba Vélez Sarsfield en la nota al art. 2329 del Código Civil derogado, al decir que los “frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia”.

Los frutos son cosas nuevas distintas de la que los genera, mientras que los productos se identifican con la cosa de la cual se los extrae.

De la caracterización legal se advierten las dos notas arquetípicas de los frutos: la renovabilidad y la conservación de la sustancia. La renovabilidad apunta a que la cosa generada del fruto mantenga su potencialidad productora. En cuanto a la conservación de la sustancia, debe tenerse presente el art. 2129 del Código Civil y Comercial que, luego de definir al derecho real de usufructo, norma: “Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino...”³⁹⁸.

3.3.2.2 Clases. Carácter

De acuerdo al art. 233 del Código Civil y Comercial, los frutos se clasifican en naturales, industriales o civiles.

³⁹⁷ Véase ALFERILLO, Pascual E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 84.

³⁹⁸ Sobre los alcances de los vocablos “materia”, “forma” y “destino”, véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo IV, §1331 bis, pp. 74 y ss.

Se califican como frutos naturales a “las producciones espontáneas de la naturaleza”, es decir, las cosas nuevas que se generan sin la intervención del hombre, tales como las crías de los animales, la leche, etc.

Son frutos industriales las cosas que “se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra”. Aquí interviene la mano del hombre en su producción como ocurre, verbigracia, en el cultivo y cosecha de cereales.

Por último, los frutos civiles “son las rentas que la cosa produce”. Precizando el concepto debe entenderse que la disposición tiene la mirada puesta en las rentas derivadas tanto del uso como del goce de la cosa (por ejemplo, el alquiler de una locación; los intereses del capital), y hasta de la privación de esas facultades (por ejemplo, la indemnización destinada a reparar los daños causados por un despojo)³⁹⁹. Por otra parte, el Código señala “las remuneraciones del trabajo” tienen el mismo tratamiento que los frutos civiles. Debe entenderse que esas “remuneraciones” no se limitan a las vinculaciones laborales en relación de dependencia, sino que abrazan también a las retribuciones pactadas entre partes autónomas⁴⁰⁰.

Los frutos naturales e industriales, a diferencia de los frutos civiles, no son accesorios, sino que “forman un todo con la cosa, si no son separados”.

3.3.2.3 Distribución de los frutos

3.3.2.3.1 Normas involucradas

³⁹⁹ Véase ALTERINI, Jorge H., *Código Civil anotado*, cit., tomo IV-A, p. 38.

⁴⁰⁰ Véanse TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo II (Director del tomo: José W. Tobias), p. 32; SMAYEVSKY, Miriam, PENNA, Marcela A. y BRACAGLIA SOLÁ, Ana C. L., en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo I, p. 765.

El art. 754 del Código Civil y Comercial regla: “Hasta el día de la tradición los frutos percibidos le pertenecen al deudor; a partir de esa fecha, los frutos devengados y los no percibidos le corresponden al acreedor”.

Fruto percibido es “el que separado de la cosa es objeto de una nueva relación posesoria. Si es fruto civil, se considera percibido el devengado y cobrado” (art. 1934, inc. a], Código Civil y Comercial); por contraposición, es fruto pendiente “el todavía no percibido. Fruto civil pendiente es el devengado y no cobrado” (art. 1934, inc. b], Código Civil y Comercial).

3.3.2.3.2 Reglas

De la conjugación de los arts. 754 y 1934 del Código Civil y Comercial, se extraen las siguientes reflexiones.

Los frutos naturales e industriales separados de la cosa y los civiles que hubieran sido devengados y cobrados, es decir, los frutos percibidos antes de la tradición, le corresponden al deudor.

En cambio, una vez realizada la tradición de la cosa, los frutos naturales e industriales que no fueran separados de la cosa por el deudor, y los frutos civiles que no fueran cobrados por él, le corresponden al acreedor que devino en titular del derecho real.

3.3.2.3.3 *Quid* de los frutos civiles pendientes

Durante la vigencia del Código Civil derogado la doctrina mayoritaria efectuaba la siguiente precisión: si los frutos civiles eran exigibles con anterioridad o al tiempo de la tradición de la cosa, le pertenecían al deudor; en cambio, si eran exigibles con posterioridad a la tradición, le correspondían al acreedor.

Llambías aportaba un argumento de orden constitucional para fundar esa tesis; dijo respecto de los frutos devengados y exigibles:

“Estos frutos civiles constituyen una tercera categoría distinta de las otras dos: no son frutos percibidos porque aun no se han cobrado, pero tampoco son frutos pendientes porque corresponden a

períodos de tiempo que han generado un crédito a favor del dueño de la cosa, crédito que está en el patrimonio de éste, y del cual no puede ser ya despojado. Si se atribuyera ese crédito proveniente de frutos civiles de la cosa, ya devengados al tiempo de la tradición, al acreedor, se violaría la garantía constitucional del art. 18 de la Constitución Nacional, que ampara la propiedad del deudor de un crédito contra los terceros obligados a satisfacer las prestaciones que comportan frutos civiles de la cosa”⁴⁰¹.

El Código Civil y Comercial abandonó ese criterio mayoritario y estableció que lo determinante es si el deudor cobró o no el fruto civil; si lo hizo, el fruto adquiere la calidad de percibido y le corresponde; si no lo hizo, es un fruto pendiente y le pertenece al acreedor.

El Código adoptó la postura que fuera defendida por Salas quien postulaba, con relación al contrato de locación, que si el pago correspondiente a un período de alquiler hubiese vencido antes de efectuar la tradición de la cosa, pero no fuera satisfecho el precio, se trataría de un fruto pendiente⁴⁰².

Si se parte de la base de que los frutos civiles son accesorios de la cosa (art. 230, Código Civil y Comercial) y que el deudor debe “entregarla con sus accesorios” (art. 746, Código Civil y Comercial), no habría reproche que formular.

3.3.2.3.4 Carácter del art. 754

Pienso el art. 754 del Código Civil y Comercial es una norma de carácter disponible, por lo que las partes la pueden dejar sin efecto por voluntad expresa o tácita contraria (arg. art. 962, Código Civil y Comercial).

⁴⁰¹ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., tomo II-A, §812, p. 102.

⁴⁰² SALAS, Acdeel E., “La compraventa y los alquileres adeudados al día de la tradición del inmueble vendido”, *JA*, 66, p. 486

3.3.3 Productos

El sexto párrafo del art. 233 del Código Civil y Comercial define a los productos como “los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia (...) forman un todo con la cosa, si no son separados”; por ejemplo, el gas y el petróleo obtenidos de un yacimiento, el mineral extraído de una mina, la piedra retirada de una cantera, etc.

El problema a dilucidar es a quién le corresponden los productos que genera la cosa cuando se hubiera concertado una obligación de dar cosa cierta para transmitir un derecho real y ésta se encuentra pendiente de ejecución, pues tanto antes del nacimiento de la obligación, como después de su ejecución, los productos le corresponden a quien resulte, en esas oportunidades, titular del derecho real.

Si el deudor de una cosa cierta está obligado a conservarla en el mismo estado en que se encontraba al origen de la obligación (art. 746, Código Civil y Comercial)⁴⁰³, la separación de los productos de la cosa por el deudor significaría un incumplimiento de ese deber obligacional, ya que se alteraría la sustancia del objeto. Por esa razón los productos de la cosa estado pendiente de cumplimiento la obligación de dar, le corresponden al acreedor.

3.4 Riesgos

3.4.1 Concepto de riesgo

El vocablo “riesgo”, según el Diccionario de la Real Academia española, significa: “Contingencia o proximidad de un daño”; y la voz “contingencia” apunta a la “posibilidad de que algo suceda o no suceda”.

El sentido gramatical de la palabra “riesgo” coincide con el alcance jurídico que se le adjudica, pues refiere a posibilidad de

⁴⁰³ Véase Cap. III, §2.2.2.

que se sufra un daño⁴⁰⁴. El riesgo supone un estado, en mayor o menor grado, de incertidumbre acerca de lo que ocurrirá en el futuro.

3.4.2 Distingo entre el riesgo de la cosa y el riesgo del contrato

La obligación de dar cosa cierta tiene ínsito el riesgo de que la cosa objeto de la prestación pueda padecer contingencias tales como la pérdida o el deterioro. El tramo conceptual que debe tenerse en cuenta para evaluar los alcances de la concreción del riesgo es el que transcurre desde el nacimiento de la obligación hasta su extinción.

Diez-Picazo explica que la idea de “riesgo” se utiliza con dos alcances distintos:

“En primer lugar se trata de saber quién pierde la cosa o quién soporta el riesgo de tal pérdida (*periculum rei*). Además, se trata también de saber la incidencia de dicha pérdida en la obligación recíproca que tiene por objeto la contraprestación, es decir, si se pierde o no se pierde el derecho a recibir la contraprestación y, por consiguiente, quién soporta el riesgo de que la obligación recíproca se extinga o se perpetúe (*periculum obligationis*)”⁴⁰⁵.

De esa manera, se distingue el “riesgo de la cosa” del “riesgo del contrato”. El primer supuesto se ocupa de la eventualidad de que la cosa sufra deterioros en su estructura que le restan valor económico o hasta su destrucción total, la que determinaría por regla la extinción de los derechos reales constituidos sobre ella (art. 1907, Código Civil y Comercial)⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Comp. MAYO, Jorge A., “Riesgo de la obligación del contrato y riesgo”, *La Ley*, 2003-E, p. 1370.

⁴⁰⁵ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979, volumen primero, § 1034, p. 852.

⁴⁰⁶ Véase Cap. IV, §4.2.3.3.1.

Ese riesgo de la cosa puede propagarse a una de las posibles fuentes de la obligación: el contrato. Esa expansión de efectos puede provocar la extinción del contrato o dar nacimiento a una acción resarcitoria. Claro está que estas consecuencias pueden ser alternativas o acumulativas.

En síntesis, el riesgo de la cosa incide en su valor económico intrínseco y sobre la titularidad del derecho real sobre ella; en cambio, el riesgo del contrato tiene conexión con las ventajas de origen contractual que pueden verse frustradas⁴⁰⁷.

3.4.3 Sistemas de atribución del riesgo de la cosa ante las diversas matrices de mutación jurídico real

3.4.3.1 El riesgo se traslada al acreedor independientemente de la transmisión del derecho real o de la relación real

Según se lee en las Institutas de Justiniano en el derecho romano regía la regla según la cual una vez que la venta se perfeccionaba, el riesgo se trasladaba al comprador, inclusive cuando no había realizado la tradición de la cosa (*periculum est emptoris*)

“Mas luego que se hubiere contratado la compraventa (lo que hemos dicho que se verifica al punto que se hubiere convenido en el precio, cuando el negocio se hace sin escrito), el riesgo de la cosa vendida pertenece desde luego al comprador, aunque todavía no se le haya entregado la cosa”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Véase PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, cit, tomo I, §132, p. 305.

⁴⁰⁸ JUSTINIANO, I. 3.23.3: “*Quum autem emptio et venditio contracta sit (quod effeci diximus, simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*”. Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Instituta-Digesto, tomo I, p. 113.

Como corolario de ello, el comprador aun cuando no había recibido nada por haberse destruido la cosa, debía pagar el precio. Esto se lo pretendió explicar a través de la objetable presentación de las obligaciones de entregar la cosa y la de pagar el precio como independientes; mientras que la primera se había extinguido por destrucción del objeto, la segunda subsistía⁴⁰⁹.

Explica Di Pietro que la regla en la época clásica debió ser distinta:

“La cuestión es muy ardua, por cuanto los textos han sido manipulados por los bizantinos, y es la única fuente a la que podemos recurrir (...) en dicha época se debió haber seguido el principio de que hasta se operara la tradición de la cosa vendida, el

⁴⁰⁹ JULIANO, D. 18.5.5.2: “Pero muerto el esclavo, se ha de considerar la venta lo mismo que si hubiese sido entregado, como quiera que el vendedor quedaría libre, y el esclavo perecería para el comprador; por lo cual, si no hubiere mediado justa convención, subsistirán las acciones de compra y venta” (*“Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditio fuisset, utpote quum venditor liberetur, et emtori homo pereat; quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt”*). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Instituta-Digesto, tomo I, p. 920.

PAULO, D. 21.2.11: “Lucio Ticio compró en la Germania, al otro lado del Rin, unos predios, y entregó parte del precio; siendo demandado el heredero del comprador por la restante cantidad, suscitó controversia diciendo que aquellas posesiones habían sido vendidas en parte por mandato del príncipe, y en parte asignadas en premio á los veteranos; pregunto, ¿podría corresponder al vendedor este quebranto? Paulo respondió, que no pertenecen al vendedor los casos de evicción que puedan ocurrir después de celebrada la compra, y que por lo tanto, según lo que se propone puede pedirse el precio de los predios” (*“Titius praedia in Germania trans Rheneum emit, et partem pretti intulit; quum in residuam quantitatem heres emtoris conveniretur, quaestionem retulit dicens, has possessiones ex praecepto Principali partim distractas, partim veteranis in praemia assignatas; quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit? Paulus respondit, futuros casus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere, et ideo secundum ea, quae proponuntur, pretium praediorum peti posse”*). Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit., Primera Parte Digesto, tomo II, p. 63

riesgo estaba a cargo del vendedor (Paulo, D.18.6.12 y 14; Afric., D.19.2.33), y después pasa al comprador”⁴¹⁰.

El sistema originario era injusto, pues dispensaba al deudor –piénsese en un vendedor– de los riesgos de la cosa incluso frente a su incumplimiento, es decir, ante la omisión de efectuar la tradición de la cosa.

3.4.3.2 El riesgo se transfiere con la concertación del contrato que traslada la titularidad del derecho real

Los sistemas de mutación jurídico real, como el francés o el italiano, se parecen a lo dispuesto en las Institutas de Justiniano en cuanto a que el riesgo de la cosa se transmite por el contrato, pero difieren en que no requieren de la *traditio* para operar la transmisión del derecho real, sino que basta el consentimiento.

Grocio⁴¹¹, sostén filosófico de la mutaciones jurídico reales meramente consensuales, observó que la regla romana del *periculum emptoris* era opuesto al Derecho natural e incluso falsa.

Ripert y Boulanger explican, partiendo del Derecho romano, que en el Derecho francés la transmisión del riesgo de la cosa opera por el traspaso de titularidad del derecho real:

“En el derecho romano (...) se descomponía la venta en dos estipulaciones independientes (...). Si la cosa vendida perecía, la obligación del vendedor se extinguía por imposibilidad de cumplimiento. Pero el adquirente continuaba obligado a pagar el precio. Existía ahí, al menos en apariencia, una injusticia (...). El art. 1138 da la misma solución: los riesgos de la cosa quedan *a cargo del adquirente*. Pero es preciso ver que la razón de ser de la regla ha cambiado: a partir del momento de la venta, el adquirente se ha convertido en propietario (...). Mientras que en el derecho romano el

⁴¹⁰ Véase DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, cit., §420, p. 244

⁴¹¹ GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, cit., Lib. II, cap. 12, §15.

adquirente debía asumir los riesgos en carácter de acreedor, en el Código los soporta *en carácter de propietario*⁴¹².

Baudry – Lacantinérie y Barde⁴¹³, con diversa orientación, señalan que el art. 1138 del Código Civil francés clásico no establece una relación de causa y efecto entre la transferencia del derecho real y los riesgos. Señalan que la ley no dice que los riesgos serán a cargo del acreedor en su calidad de titular del derecho real.

Sin perjuicio de la disputa autoral señalada, creo que la mentada “injusticia” del Derecho romano, a la que aluden Ripert y Boulanger, subsiste en el Derecho francés, pues lo gravitante en esta temática, a mi juicio, es que quien debe soportar los riesgos de la cosa tenga el poder fáctico sobre ella.

Si por hipótesis se pudiera sostener que el Código Civil francés adoptó una regla distinta que la dispuesta Derecho romano, al menos con claridad desde la compilación de Justiniano, en la *praxis* las distinciones entre ellas se disfundarían. Por ello, es totalmente compartible la siguiente aserción:

“Decir que el riesgo es para el comprador porque es dueño no significa exorbitar la prendida injusticia del *periculum emptoris* para llegar a un criterio más racional. Un comprador transformado en propietario por el simple contrato, pero a cuyo favor no se ha operado la tradición, no es un *dominus* de mayores facultades que las otorgadas al comprador (...). Su derecho, como dueño, no es superior al que tiene como acreedor. ¿Dónde está, pues, la justificación del *res perit domino* cuando el contrato no es capaz en sí y al punto de

⁴¹² RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, cit, tomo VI, §2446, pp. 200-201.

⁴¹³ BAUDRY-LACANTINÉRIE, Gabriel y BARDE, Louis, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des obligations*, L. Larose, Paris, 1897, tomo 1, §424.

transformar al acreedor en propietario con todas sus facultades y consecuencias?”⁴¹⁴.

Moisset de Espanés hace tema con un antecedente jurisprudencial francés, que fuera comentado por los Mazeaud, y relata la plataforma fáctica del caso de la siguiente manera:

“En París se dispone la subasta judicial de los bienes de una persona, que se realiza en la propiedad misma que se remataba; la venta del inmueble se efectúa en horas de la mañana, adjudicándose al mejor postor, el señor X. En horas de la tarde, y siempre en el mismo inmueble, prosigue la subasta de los muebles, pero el exceso de público y el mal estado del piso de madera, hace que éste ceda yendo a parar más de veinte personas a la bodega, con el luctuoso resultado de un muerto y varios heridos de consideración. Las víctimas reclaman indemnización al dueño del inmueble (daño causado por el mal estado de conservación de la cosa de su propiedad). En virtud del ‘consensualismo’ imperante en el derecho francés el dueño, al producirse el accidente, era quien horas antes había efectuado la postura más alta, es decir el señor X! De nada le sirvió no haber recibido la cosa, ni haber ejercido jamás sobre ella poderío alguno; en todas las instancias fue condenado como responsable, y los Mazeaud, en su comentario, luego de señalar que la solución resultaba muy injusta, sólo atinan a decir: ‘dura lex, sed lex’⁴¹⁵.

El autor califica de “aberración” la resolución del caso y afirma que la solución habría sido distinta si para la constitución del derecho real se exigiera la tradición por actos materiales. No se puede sino coincidir con esa apreciación.

⁴¹⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, p. 261.

⁴¹⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La tradición traslativa del dominio. El Código civil español y el sistema iberoamericano”, op. y loc. cit.

3.4.3.3 El riesgo se transmite con la adquisición de la relación real

3.4.3.3.1 La adquisición de la relación real no implica la transmisión del derecho real

El Código Civil alemán, paradigma de sistema abstracto de mutación jurídico real, establece que los riesgos serán transmitidos al acreedor cuando se realice la entrega de la cosa.

Repárese en que el BGB separa conceptualmente el negocio obligatorio del negocio real o dispositivo. Para que opere la mutación jurídico real sobre inmuebles es menester la inscripción en el registro inmobiliario (§ 873). La compraventa, por ejemplo, no transmite el derecho real, sino que constituye solamente el negocio causal subyacente (negocio obligatorio). El “acuerdo de transmisión” (negocio dispositivo) se desliga del “negocio obligatorio”, como consecuencia del principio de abstracción causal⁴¹⁶.

En ese marco, el § 446 del BGB originario establecía: “1. A la entrega de la cosa vendida, el riesgo de destrucción accidental y deterioro accidental pasan al comprador. Después de la entrega, los emolumentos corresponden al comprador, y él soportará las cargas de la cosa. 2. Si el comprador de una finca es inscrito en el Registro como propietario antes de la entrega, estos efectos se producen con la inscripción”.

En función de la normas transcritas correspondía distinguir si se trataba de una transmisión mobiliaria o inmobiliaria. En el primer supuesto, la tradición que constituía el derecho real transfería los riesgos al acreedor que pasaba a ser titular de la cosa. En cambio, en materia inmobiliaria los riesgos se trasladaban en la oportunidad de que efectuara la tradición o la inscripción registral, momento este último en que se convertía en titular de la cosa.

⁴¹⁶ Véase Cap. I, §3.

Ergo, regía la regla *res perit domino*, la que se veía excepcionada en materia inmobiliaria si se hubiera realizado la tradición de la cosa.

Con la reforma producida en el año 2002 al BGB se podría presentar el supuesto de un titular de un derecho real inmobiliario que no soportará los riesgos de la cosa. Establece el § 446 vigente: “Con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de pérdida o menoscabo fortuito de la cosa. A partir del momento de la entrega, pertenecen al comprador los emolumentos y soportará las cargas de la cosa. Se equipara a la entrega el caso de que el comprador se retrase en la recepción”.

3.4.3.3.2 La adquisición de la relación real determina la mutación jurídico real

El Código Civil y Comercial establece dos reglas señeras: a) antes de la tradición de la cosa no se adquiere ningún derecho real sobre ella, salvo excepciones (art. 750); y b) las cosas perecen para el titular del derecho real (art. 756).

El acreedor en virtud de un contrato con finalidad traslativa no deberá soportar los riesgos de la cosa hasta tanto no se convierta en titular de derecho real sobre ella, posición jurídica que se alcanza con la tradición de la cosa.

La regla es de máxima justicia. Quien tiene bajo su poder la cosa será quien sufrirá los riesgos de ella, pues se supone que si actúa diligentemente podrá sortear las potencialidades dañosas que pueda sufrir y es lógico que lo sea el titular del derecho sobre la cosa.

Es contrario al curso natural de las cosas que quien no tenga el poder fáctico de la cosa, como podría ocurrir en la matriz de mutación jurídico real consensual, deba soportar las contingencias que ella puede atravesar.

Por otra parte, este sistema coordina adecuadamente los ámbitos propios de los derechos personales y derechos reales. Vélez Sarsfield, luego de criticar enérgicamente las soluciones del

Derecho romano y del Código Civil francés, reflexionó en su anotación al art. 578 del Código Civil derogado:

“El derecho personal que se constituye por la obligación, no da derecho alguno en la cosa, y sin embargo se le constituyen las consecuencias del derecho real; para él perece la cosa, para él se aumenta, y de su cuenta son la mejora o deterioro. Nuestro artículo también libra al deudor de cosa cierta de la obligación de entregarla, si perece sin su culpa, pero lo libra disolviendo la obligación y no dejando obligado al acreedor”.

“De los dos principios, que el dominio de las cosas no se adquiere sino por la tradición, y que los peligros, aumentos o desmejoras, son de cuenta del propietario, se derivan las resoluciones de los artículos siguientes, y es innecesario notar la discordancia con los códigos que parten de principios contrarios”.

3.4.4 Pérdida y deterioro

3.4.4.1 Conceptos y régimen

Por “pérdida” de la cosa debe entender la destrucción material o jurídica de ella⁴¹⁷. En cambio, la cosa sufre un “deterioro” cuando padece de una alteración material que implica un menoscabo económico pero deja subsistente la posibilidad de aprovechamiento.

La distinción luce como nítida, pero en la *praxis* no siempre es así. Piénsese en un supuesto de deterioro material parcial de la cosa, pero que en virtud de su estado no es susceptible de aprovechamiento. En este supuesto, debe entenderse que media un supuesto de pérdida de la cosa y no de deterioro.

El art. 755 del Código Civil y Comercial preceptúa: “El propietario soporta los riesgos de la cosa. Los casos de deterioro o pérdida, con o sin culpa, se rigen por lo dispuesto sobre la

⁴¹⁷ Se alude como supuesto de destrucción “jurídica” de la cosa cuando es puesta fuera del comercio o es expropiada por causa de utilidad pública.

imposibilidad de cumplimiento”; es decir, remite al art. 955 del Código Civil y Comercial.

3.4.4.1.1 Pérdida de la cosa

La pérdida de la cosa configura un supuesto de “imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación” (art. 955, Código Civil y Comercial).

Cuando es producida por causas ajenas extingue la obligación de efectuar la tradición de la cosa, sin responsabilidad para el deudor. En cambio, si la imposibilidad sobreviene debido a causas que le son imputables al deudor, “la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados” (art. 955, Código Civil y Comercial).

3.4.4.1.2 Deterioro de la cosa

Se ha dicho que la imposibilidad de cumplimiento, a la que remite el art. 755 del Código Civil y Comercial, se ocupa del supuesto de la pérdida de la cosa, pero no del deterioro de la misma.

“En rigor el art. 955 (...) para nada trata lo relativo al deterioro de la cosa; a cuyo respecto todo depende del estado en que la misma pudiese haber quedado y de que todavía pudiese así resultar su recepción de interés para el acreedor (...). Lo cual, obviamente, deja al respecto un vacío legislativo, a ser llenado por la doctrina y la jurisprudencia”⁴¹⁸.

⁴¹⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), p. 163. La objeción que se formula no le alcanza al Proyecto de 1998, pues el deterioro de la cosa se trataba específicamente en el ámbito del “cumplimiento imposible” (arts. 892 y ss.); lo hacía en el art. 896 con la siguiente modalidad expresiva: “Si la obligación es de dar para restituir, y la cosa cierta sufre deterioros por causas ajenas a la responsabilidad del deudor, éste debe entregar la cosa cierta deteriorada en el estado en que se encuentra, y el acreedor está obligado a recibirla. Igual regla se aplica si se debe restituir una

La disonancia normativa podría resolverse a través de la aplicación de los principios que regulan al pago. Si una persona se obliga a entregar una cosa en determinado estado de conservación y la entrega en otro –obviamente peor– a causa del deterioro padecido por causa ajena, el acreedor no estaría obligado a recibir esa cosa, aunque podría aceptarla solicitando un reajuste de la prestación.

En el caso de que rechazara el pago que implica la tradición por tratarse de un objeto distinto al pactado, el acreedor podría resolver el contrato fuente de la obligación y el deudor debería restituir lo que hubiera “recibido en razón del contrato, o su valor” (art. 1080, Código Civil y Comercial). Obviamente, si el deterioro de la cosa fuera por causa atribuible al deudor, el acreedor –además de estar facultado a resolver el contrato– podría solicitar el resarcimiento de los daños sufridos.

Cuando la obligación de dar cosa cierta tiene como fuente al contrato de compraventa, el art. 1130 del Código Civil y Comercial, en lo pertinente, dispone: “Si ha dejado de existir parcialmente, el comprador puede demandar la parte existente con reducción del precio”.

3.5 Concurrencia de varios acreedores que reclaman un mismo inmueble

3.5.1 Presupuestos normativos

El art 756 del Código Civil y Comercial, bajo la rúbrica “concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles”, preceptúa: “Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento

cantidad de cosas, y éstas sufren deterioro, o pérdida parcial” (ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV, p. 163).

registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior”⁴¹⁹.

Ante todo, para la operatividad la norma se requiere que todos los acreedores sean de buena fe y a título oneroso.

La buena fe que exige la norma se traduce en que ninguno de los acreedores conocían ni hubieron de haber conocido que el deudor se obligó a transmitir un derecho real sobre el inmueble a otro acreedor (arg. arts. 1893 y 1918, Código Civil y Comercial). Así, lo resolvía expresamente el art. 701 del Proyecto de 1998: “El acreedor es de mala fe si conoció, o hubo de haber conocido, la existencia de una obligación anterior de entregar la misma cosa a otro acreedor”⁴²⁰.

El alcance de la onerosidad del título debe captarse en el sentido sinalagmático de la fuente de la obligación de entregar la cosa, es decir, “cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra” (art. 967, Código Civil y Comercial).

El acreedor de buena fe y a título oneroso inexorablemente triunfará ante la concurrencia de acreedores que no revistan esas calidades.

⁴¹⁹ La referencia en el epígrafe del art. 756 a “bienes inmuebles” es cuestionable. Hubiera sido más apropiado aludir a “cosas inmuebles” o directamente a “inmuebles”.

⁴²⁰ Polo Olivera pareciera adjudicarle un alcance distinto a la buena fe que se requiere, al decir que se concretará cuando “...ninguno de ellos conocía que el deudor había comprometido una obligación con otro acreedor”, lo llevaría a pensar que basta para la configuración de la buena fe que no tenga conocimiento efectivo (POLO OLIVERA, Gastón M., en CURÁ, José M. (Director) y VILLALONGA, Julio C. (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo III, p. 63)

3.5.2 Orden de preferencia

I. Si un acreedor tiene “emplazamiento registral y tradición” triunfa sobre los restantes acreedores que reclamaran la cosa (inc. a)).

La solución es obvia, pues si un acreedor tuviera acceso a la registración y a la posesión derivada de la tradición, los restantes no serían de buena fe por la publicidad suficiente (registral y posesoria) que les sería oponible (arg. art. 1893, Código Civil y Comercial)⁴²¹.

II. Luego, si nadie tuviera emplazamiento registral, pero a uno de ellos se le hubiera efectuado la tradición de la cosa, primaría el derecho de éste (inc. b)), pues también se habría generado un supuesto de publicidad suficiente, como lo es la publicidad posesoria (art. 1893, Código Civil y Comercial).

III. En cambio, si hubiera un acreedor con emplazamiento registral que precediera a la tradición efectuada a otro, aquél tendría mejor derecho que éste, pues el poseedor de la cosa no podría alegar su buena fe.

IV. Si se presentara el conflicto entre acreedores que no tienen la posesión de la cosa pero sí inscripción registral del título, triunfaría el derecho de quien hubiera inscripto su título precedentemente (inc. c)), como derivación de la regla romana *prior in tempore, potior in iure*.

⁴²¹ Se dice que “...hay que tener en cuenta que el art. 756 se aplica a los casos en los cuales la inscripción registral no es constitutiva. Si lo fuere, la toma de razón desplaza a la posesión recibida por tradición de la cosa” (ALFERILLO, Pascual E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés [Director] y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro [Coordinador], *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 69). En rigor, todas las inscripciones registrales en materia inmobiliaria tienen alcances meramente declarativos, con la única finalidad de oponer a los terceros interesados y de buena fe las situaciones jurídicas registradas.

V. Si ningún acreedor ostentara emplazamiento registral ni posesión alcanzada por la tradición de la cosa, primaría “el que tiene título de fecha cierta anterior” (inc. d)⁴²².

En definitiva, las reglas del art. 756 se podrían resumir en dos:

a) Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble al que el deudor se obligó a transmitir, prima el derecho de quien publicitó suficientemente esa transmisión con anterioridad, ya sea registralmente, o por vía del estado de hecho derivado de la tradición, con independencia de la fecha de su título, pues los restantes acreedores no podrían ser calificados como de buena fe, porque conocieron o hubieron de haber de conocido esa realidad registral o posesoria.

b) Si ninguno de los acreedores alcanzó a publicitar por vía registral o posesoria la pretendida adquisición, primará el derecho de quien tiene el título de fecha anterior.

3.5.3 Proyecto de 1998

Acaso, la oscura redacción del art. 756 del Código Civil y Comercial pudo evitarse si se hubiera seguido, como en tantas otras oportunidades, la clara ordenación del Proyecto de 1998, el que en su art. 699 proponía la siguiente norma: “*Concurrencia de varios acreedores. Cosa inmueble*. En el conflicto de mejor derecho resultante de la concurrencia de varios acreedores de la obligación de dar para constituir derechos reales sobre una misma cosa inmueble, rige el siguiente orden de prioridad: a) Prevalece el

⁴²² Con referencia al “título”, se expresa: “Esta locución debe entenderse tanto como ‘título’ en sentido propio (escritura pública u otro equivalente, en razón de las circunstancias de la transferencia, como en el caso de una subasta), o bien un instrumento privado que tenga fecha cierta (art. 371 del Código), desde que el boleto de compraventa también puede ser oponible (art. 1170 del Código). De lo contrario, en el artículo se debería haber indicado ‘título suficiente’, desde que éste siempre tiene fecha cierta” (OSSOLA, Federico A., en LORENZETTI, Ricardo L. [Director] y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo [Coordinadores], *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo V, p. 97).

derecho del acreedor de buena fe y a título oneroso que recibió la tradición de la cosa y obtuvo emplazamiento registral, con independencia de la fecha de su título. b) Si ninguno de los acreedores a título oneroso obtuvo emplazamiento registral, prevalece el derecho del acreedor de buena fe que recibió la tradición de la cosa, con independencia de la fecha de su título. c) Si ninguno de los acreedores a título oneroso y de buena fe recibió la tradición de la cosa, prevalece el derecho del acreedor cuyo título fue otorgado con la formalidad correspondiente y en la fecha más antigua; o, en su defecto, del acreedor cuyo título fue otorgado por instrumento privado que tenga la fecha cierta más antigua. Pero esta última prioridad no se aplica si la existencia del crédito depende de la extensión de un título de formalidad solemne absoluta. Estas disposiciones no afectan a lo establecido en el artículo 1843 en cuanto a la oponibilidad del derecho real u otra situación jurídica registrada que no se ejercen por la posesión”.

3.6 Acreedor insatisfecho

El art. 758 procura resolver la situación del acreedor que, a pesar de su buena fe, resulta frustrado en su expectativa de obtener el objeto prometido, como consecuencia de que el ordenamiento jurídico posterga su derecho ante el mejor derecho de otro acreedor. La norma preceptúa: “El acreedor de buena fe que resulta frustrado en su derecho, conserva su acción contra el deudor para reclamar los daños y perjuicios sufridos”⁴²³.

El artículo convierte el derecho a la prestación originaria en un derecho a obtener la reparación del daño sufrido; la obligación muta su objeto.

Inexplicablemente, el Código ubica como legitimado pasivo únicamente al deudor y silencia el supuesto del acreedor de mala fe, a diferencia del art. 702 inc. b) del Proyecto de 1998. Máxime

⁴²³ Es observable que el art. 758 alude a “daños y perjuicios” como vocablos con distinto alcance gramatical, pues en rigor son palabras sinonímicas.

que así regulado el caso del acreedor insatisfecho es redundante, pues ya estaba resuelto por el art. 730 inc. b) que confiere al acreedor la posibilidad de obtener las indemnizaciones correspondientes ante el incumplimiento del deudor.

A pesar de la omisión legal considero que nada obsta a que el acreedor de buena fe frustrado procure que el daño que sufrió sea reparado no solo por el deudor, sino también por el acreedor de mala fe que contribuyó causalmente en la producción del perjuicio. El deudor y el acreedor de mala fe son obligados solidarios de la reparación (arg. 1751, Código Civil y Comercial)⁴²⁴.

3.7 *Quid* de la cesibilidad de la acción real reivindicatoria al acreedor que no se le efectuó la tradición de la cosa

3.7.1 En el Código Civil derogado

Existía un consenso generalizado en la doctrina autoral acerca de que el titular de un derecho real que se ejerce por la posesión, que se veía impedido de efectuar la tradición por haber sido despojado de la cosa, podía ceder expresamente la acción real reivindicatoria a quien era acreedor de la obligación de entregar; verbigracia, el comprador, el donatario, el permutante, etc.⁴²⁵.

⁴²⁴ Véase OSSOLA, Federico A., en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo V, p. 102.

⁴²⁵ MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., tomo VII, § 767, pp. 186-187; IBARGUREN, Federico, *Apuntes de derecho civil, Libro III*, cit., p. 328; LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo V, §2047, pp. 394-395; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit. tomo III, §2059, pp. 668-669; MARTÍNEZ, Zenón, “¿Es cesible la acción reivindicatoria?”, *Homenaje a Zenón Martínez*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1945, pp. 687 y ss.; FORNIELES, Salvador, “La prueba del dominio en el juicio de reivindicación”, *JA*, 1946-III, p. 11; GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *Prehorizontabilidad y boleto de compraventa*, La Ley, Buenos Aires, 1973, p. 62; PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho civil. Derechos reales*, TEA, Buenos Aires, 1973, tomo III, §2133, pp. 648-649; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, cit., tomo III, p. 405; AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON,

También era dominante el criterio que afirmaba que la cesión de la acción reivindicatoria podía acompañar implícitamente al título suficiente⁴²⁶. Salvat, en postura minoritaria, sostuvo la improcedencia de la cesión implícita por cuanto antes de la tradición de la cosa no se transmite el derecho real⁴²⁷.

La tesis mayoritaria fue adoptada por el fallo plenario de la Cámara Civil “Arcadini, Roque (suc.) c/Maleca, Carla” en el cual

Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, cit., tomo V-B, p. 525; ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo V, §2047 bis, p. 402 .

⁴²⁶ En la doctrina nacional: RUIZ MORENO, Isidoro (h), “Cesibilidad de la acción reivindicatoria”, *Rev. Fac. Der. Bs. As.*, año VII, N° 24, p. 534; LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo V, §2047, pp. 395 y ss.; SPOTA, Alberto G., “La reivindicación de la cosa antes de su tradición”, *La Ley*, 12, p. 860; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, Víctor P. de Zavalía, tomo I, Buenos Aires, 1976, p. 628, PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo III, §2136, pp. 651 y ss., BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo II, §1485, p. 482; MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, cit., tomo III, pp. 406 y ss. ; MUSTO, Néstor J., *Derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1989, tomo IV, p. 332; PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M, DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, cit. tomo II, § 302, pp. 380 y ss.; ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo V, §2047 bis, pp. 402 y ss.

Es también el criterio de la doctrina judicial: C. Apel. Civ. y Com., 7a Nominación de Córdoba, 29/06/1983, “García, Carlos c. Alvarez Alonso, Agustín”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ., Com. y Trabajo, Villa María, 18/11/1983, “Ochoa, Oscar M. c. Gallo, Omar E.”, *La Ley Online*; CSJN, 03/04/1986, “Club Comunicaciones c. Universidad Nacional de Buenos Aires”, *Fallos* 308:452 - *La Ley*, 1987-A, p. 273; C.N. Apel. Civ. y Com. Fed., Sala II, 02/08/1988, “Ventrucci, Edgardo A. c. Banco de la Nación Argentina”, *La Ley*, 1989-A, p. 107; CSJN, 05/05/1992, “Anzalaz, Dionisio Miguel - cesación (autos Anzalaz, D. M. c. Estado Provincial de La Rioja)”, *La Ley Online*; C. Fed. Apel., Resistencia, 18/11/1997, “González Osterode, Rafael A. c. Lomonaco, Héctor”, *LLLitoral*, 1998-2, p. 837; C. Apel. Civ. y Com., 6a Nominación de Córdoba, 03/03/2004, “Renella, Héctor E. c. Vázquez, Elsa A.”, *LLC*, 2004 (julio), p. 625; C. Apel. Civ. y Com., Posadas, Sala III, 09/03/2006, “Pereira, Carlos R. c. Morand, Jorge A.”, *LLLitoral*, 2007 (febrero), p. 88.

⁴²⁷ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, cit., tomo III, §2059, p. 669.

se declaró que “...el comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede, aun antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma”⁴²⁸.

Para arribar a esa posición era convincente la argumentación propiciada en el voto de Llambías, acerca de que la acción reivindicatoria sería un accesorio del objeto del contrato de compraventa (art. 1409, Código Civil derogado⁴²⁹):

“La acción reivindicatoria es sin duda un accesorio del inmueble cuya transmisión intentan realizar las partes del contrato de compraventa, por cuya razón debe entenderse que ha sido transmitida por el vendedor al comprador (...)”.

“Tal cesión de la reivindicación, por el efecto de la compraventa realizada, resulta corroborada por el art. 1409 del Cód. Civil que obliga a la entrega de todos los accesorios de la cosa vendida, entre los cuales están comprendidos, analógicamente, los medios jurídicos enderezados a la defensa del derecho que se transmite (...)”.

“Por ello es que el comprador, por efecto de la sucesión singular que el contrato opera, puede ejercer todos los derechos y acciones de su autor, con la sola excepción de los que sean inherentes a la persona de éste”.

López de Zavalía recordó que la regla del art. 1409 era similar a la que preveía el art. 575⁴³⁰: “La obligación de dar cosas ciertas comprende todos los accesorios de éstas, aunque en los títulos no se mencionen, o aunque momentáneamente hayan sido separados de ellas”.

⁴²⁸ CNCiv., en pleno, 11/11/1958, “Arcadini, Roque (sucesión) c/ Maleca, Carlos”, *La Ley*, 92, p. 463; *JA*, 1958-IV, p. 427.

⁴²⁹ Art. 1409: “El vendedor debe entregar la cosa vendida, libre de toda otra posesión, y con todos sus accesorios en el día convenido, y si no hubiese día convenido, el día en que el comprador lo exija”.

⁴³⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “La reivindicación por el comprador”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán*, 1958-3, pp. 283 y ss.

3.7.2 En el Proyecto de 1998

El Proyecto de 1998, en el art. 2200, propuso prohibir la cesibilidad de las acciones reales: “*Legitimación activa*. Las acciones reales sólo pueden ser promovidas por el titular de un derecho real. Está prohibida la cesión de las acciones reales”.

En el §293 de los Fundamentos se explica el porqué de la variación del criterio:

“Como el sistema proyectado es un corolario de la concurrencia del título y del modo, se imponía la prohibición de la cesión de las acciones reales, pues tal cesión hubiera agrietado la solidez del sistema y generado soluciones alejadas de la certeza”.

Efectivamente, la posibilidad del ejercicio de acciones reales por personas que no son titulares de los derechos reales afectados, significa un debilitamiento de la estructura de la teoría del título y del modo, pues si se parte del supuesto de que la acción real nace para tutelar el derecho real violado, la escisión entre la titularidad de la acción y la titularidad del derecho real distorsiona los cimientos del sistema.

Para resguardar el interés del acreedor al que no se le efectuó la tradición de la cosa, el art. 2198 del Proyecto de 1998 diseñaba una acción ágil para adquirir la posesión: “*Acción para adquirir la posesión*. El que tiene título suficiente para adquirir el dominio pero no se le ha hecho la tradición traslativa, tiene acción para adquirir la posesión contra quien posee la cosa sin derecho, la que debe tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado previsto en la ley local. La acción caduca en el plazo de un (1) año desde la fecha prevista en el título para la tradición traslativa del dominio, o en su defecto desde la fecha del título”.

3.7.3 En el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial no prohíbe expresamente la cesibilidad de la acción real reivindicatoria, motivo por el cual no puede dudarse que ella es factible de cesión expresa (arg. art.

1616). Debido a que el título suficiente para transmitir un derecho real inmobiliario, para revestir ese carácter, debe estar instrumentado en escritura pública (art. 1017, inc. a], Código Civil y Comercial), la cesión de acción reivindicatoria también debe formalizarse en escritura pública, ya que así debe hacerse “la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública” (art. 1618, inc. c], Código Civil y Comercial).

Por otra parte, también resulta aplicable la doctrina de la cesión implícita por considerar a la acción real como un accesorio del objeto del contrato-título suficiente⁴³¹. Ello debido a que el contrato-título suficiente determina una obligación de dar en favor del acreedor y para que ese débito sea satisfecha íntegramente es preciso que la cosa sea entregada “con sus accesorios” (arg. arts. 746 y 1140, Código Civil y Comercial).

4 OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA PARA RESTITUIRLA A QUIEN TENGA DERECHO A RECLAMARLA

4.1 Conceptos generales

La obligación de dar cosa cierta para “restituir” es aquella en la cual el deudor debe efectuar la tradición de ella a quien se la entregó.

Piénsese, verbigracia, en el supuesto en el cual el dueño de una cosa le transmite la tenencia a otro en virtud de un contrato de locación; extinguido el plazo de este último, el locatario (deudor) debe restituir la cosa al dueño (acreedor).

Ahora bien, ¿qué ocurre si el deudor de la obligación de dar para restituir se obligó a entregar la cosa a varios acreedores? El

⁴³¹ Véase COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo X (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 815 y ss.; KIPER, Claudio M., en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo X, pp. 286-288.

segundo apartado del art. 759 del Código Civil y Comercial se decidió en el siguiente sentido: “Si quien debe restituir se obligó a entregar la cosa a más de un acreedor, el deudor debe entregarla al dueño, previa citación fehaciente a los otros que la hayan pretendido”.

Es incorrecto que el texto legal indique el deudor en el caso de concurrencia de acreedores que reclaman la cosa deba entregársela al “dueño”, pues en el escenario técnico jurídico “dueño” es el titular del derecho real de dominio (art. 1940, Código Civil y Comercial), lo que excluiría a las restantes titularidades de derechos reales que se ejercen por la posesión. Por ello, hubiera sido más consistente que, en armonía con los arts. 1933 y 1940, se utilizara la fórmula “quien tenga derecho a reclamar”⁴³².

Con relación a la necesidad de la “previa citación fehaciente a los otros que la hayan pretendido”, se han postulado diferentes criterios.

Compagnucci de Caso no encuentra razón alguna que justifique la exigencia de la notificación, ya que si se planteara el conflicto judicial allí se resolvería el derecho de los acreedores, aun cuando no se los hubiera citado con anterioridad⁴³³. Otros piensan que la citación previa se impone para garantizar el derecho de defensa de todos los interesados⁴³⁴.

⁴³² ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), p. 171.

⁴³³ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores) y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo III, p. 82.

⁴³⁴ ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria, en ALFERILLO, Pascual E., BORDA, Alejandro y GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. (Directores), y KRIEGER, Walter F. (Coordinador), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, tomo II, p. 36; ALFERILLO, Pascual E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo II, p. 93.

Coincido con Cossari en que la exigencia de la notificación fehaciente hace al propio interés del deudor de preconstituir prueba en caso de controversia. La citación debe efectuarse con la antelación suficiente para que los reclamantes puedan tomar las medidas que crean oportunas para defender su derecho⁴³⁵.

4.2 Tradición del inmueble a quien no tenga derecho a reclamarlo

El art. 761 del Código Civil y Comercial, bajo la rúbrica “Entrega de la cosa a quien no es propietario. Bienes registrables”, establece: “Si la cosa es inmueble o mueble registrable, el acreedor tiene acción real contra terceros que sobre ella aparentemente adquirieron derechos reales, o que la tengan en su posesión por cualquier contrato hecho con el deudor”.

El vocablo “propietario” que se emplea en el epígrafe se contrapone con el de “dueño” que aparece en el contenido de la norma. Téngase presente que así como el dominio apunta tan solo a un determinado derecho real (art. 1941, Código Civil y Comercial), la propiedad es abarcativa de los distintos derechos reales, entre ellos el de propiedad horizontal, y de todos los otros derechos subjetivos patrimoniales; es clarísimo, en ese sentido, el art. 965 del Código Civil y Comercial.

También aquí, al igual que para el art. 759 del Código Civil y Comercial, hubiera tenido mejor sentido jurídico hacer tema con la mención a “quien tenga derecho a reclamarla”.

No se olvida que no solo las cosas son registrables, sino que incluso algunos bienes son también registrables. No obstante acudir en el art. 761 a la idea de “bienes registrables” induce a confusión, pues el ámbito del precepto es el de las cosas

⁴³⁵ COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 358.

registrables. Esta imprecisión es más notoria porque alcanza a la redacción de la rúbrica.

En cuanto a la parte preceptiva del art. 761, hubiera bastado una remisión al régimen de la acción real reivindicatoria (arts. 2255 y concordantes), máxime que ese encuadramiento hubiese evitado el error de pensar que los poseedores alcanzados por la acción real eran únicamente los que adquirieran esa relación real “por cualquier contrato hecho con el deudor”, pues su situación jurídica no variaría si hubieran adquirido la posesión por otro medio (arts. 1923 y ss.). Esa era la solución del art. 705 del Proyecto de 1998: “*Entrega de la cosa a un tercero*. En los casos en que el deudor debe restituir la cosa, y la entrega a un tercero se aplican las disposiciones del Libro Quinto”.

4.3 Cumplimiento de la sentencia que ordena la reivindicación inmobiliaria

El art. 2261 del Código Civil y Comercial, con relación a la acción real reivindicatoria, dispone: “Si se admite la demanda, el juez debe ordenar la restitución del objeto, parte material de él o sus restos. En cuanto a las reglas de cumplimiento de la sentencia, se aplican las normas del Capítulo 3 del Título II de este Libro. Si se trata de una cosa mueble registrable y media inscripción a favor del vencido, debe ordenarse la rectificación del asiento registral”.

La norma indica que ante una reivindicación triunfante, el demandado condenado a restituir deberá hacerlo de acuerdo a la reglas que se formulan en el Capítulo 3 “Efectos de la relaciones de poder” del Título II “Posesión y tenencia”. Esas directivas responden, fundamentalmente, a la distribución de las mejoras, los frutos, los productos y los riesgos.

Por otra parte, el artículo manda a rectificar el asiento registral para evitar una publicidad inexacta, pero lo hace únicamente cuando la acción real tiene por finalidad tutelar la existencia de un derecho real sobre una “cosa mueble registrable”. No se comprende la razón por la cual el Código omite ordenar la

rectificación registral cuando el derecho real lesionado recae sobre un inmueble. Considero que también aquí el juez deberá resolver la rectificación, por lo que el art. 2261 debió referirse directamente a las cosas registrables.

Ahora bien, frente a ese escenario surgen los interrogantes acerca de cuál es la obligación principal del vencido en una reivindicación y de cómo deberá cumplir el débito.

No cabe duda de que la principal obligación del condenado a restituir es la de efectuar la tradición del “objeto, parte material de él o sus restos”, para lo cual deberá desocupar el inmueble con el objeto de permitir que el actor triunfante pueda tomar la posesión. Téngase presente que la tradición debe realizarse por actos materiales, pero no es necesario que sean de las dos partes; basta que una de ellas los efectúe. Si el *tradens* desocupa el inmueble y el *accipiens* despliega actos posesorios sobre el objeto, la tradición estará cumplida⁴³⁶.

Tales consideraciones son plenamente aplicables con respecto al cumplimiento de la sentencia que declara la procedencia de la acción posesoria de despojo (art. 2241, Código Civil y Comercial).

4.4 Régimen de mejoras, frutos, productos y riesgos

4.4.1 Mejoras

El art. 1938 del Código Civil y Comercial hace tema con la problemática de las mejoras.

El titular de una relación real que es deudor de la obligación de restituir una cosa cierta no puede reclamar el pago de las mejoras de mero mantenimiento, ni las suntuarias a quien tenga derecho reclamar la cosa, pero esta última clase puede retirarlas de la cosa si ésta no se daña.

⁴³⁶ Véase Cap. II, §3.2.4.4.3.

Con relación a las mejoras necesarias, el deudor puede reclamar los gastos que debió afrontar para satisfacerlas, a menos que ellas se hubieran originado en una causa que le fuera imputable y el deudor se tratara de un titular de una relación real de mala fe (art. 1918, Código Civil y Comercial).

Tocante a las mejoras útiles, el Código posibilita al deudor a reclamarlas “hasta el mayor valor adquirido por la cosa”.

La última oración del art. 1938 señala que las mejoras naturales “en ningún caso son indemnizables”.

4.4.2 Frutos

La mecánica de la distribución de los frutos atañe, fundamentalmente, a la buena fe o mala fe de la relación real⁴³⁷ que ostenta el deudor de la obligación de dar cosa cierta para restituir. Si fuera de buena fe, hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos; en cambio, si fuera de mala fe debe restituir los frutos percibidos y los que por su culpa deja de percibir (art. 1935, segundo párrafo, Código Civil y Comercial).

Los frutos pendientes son atribuidos a quien tenga derecho a la restitución de la cosa (art. 1935, tercer párrafo, Código Civil y Comercial).

4.4.3 Productos

En materia de productos es intrascendente la calificación de la buena fe o mala fe del titular de la relación real, que a la vez es

⁴³⁷ El art. 1935 del Código Civil y Comercial hace tema únicamente con el poseedor, pero su regulación debe extenderse también al tenedor, pues de otro modo se incurriría en una incoherencia con el art. 1918 que alude a la buena fe en forma abarcativa, ya que comprende genéricamente al “sujeto de la relación de poder”, sin limitarse al poseedor (Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX [Director del tomo: Nelson G. A. Cossari], p. 342)

deudor de la obligación de dar para restituir, pues como ellos integran la estructura de la cosa debida, siempre deben restituírseles (art. 1935, segundo párrafo *in fine*, Código Civil y Comercial).

4.4.4 Riesgos

El asunto de los riesgos está gobernado por la buena o mala fe del deudor en la relación real⁴³⁸ con la cosa. Si fuera de buena fe, no responde por los riesgos (“destrucción total o parcial”) de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente⁴³⁹. En cambio, si fuera de mala fe responde por los riesgos, salvo que igualmente se hubieran producido en caso de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución (art. 1936, primer párrafo, Código Civil y Comercial).

Es sabido que el Código Civil y Comercial se apartó del Proyecto de 1998 al mantener la inconsistente y estéril categoría de la posesión viciosa⁴⁴⁰, para atribuirle un único efecto en materia de riesgos. Expresa el art. 1936 *in fine*: “Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución”. La solución es excesiva por injusta, pues no resulta de una derivación lógica de las reglas de la causalidad adecuada que imperan en nuestro ordenamiento (art. 1726, Código Civil y Comercial).

⁴³⁸ Lo que expresé anteriormente con relación al art. 1935 debe tenérselo por reproducido en ámbito del art. 1936.

⁴³⁹ Si una casa se destruyera, el titular de relación, por ejemplo un poseedor, no responderá siempre que fuera de buena fe. Sin perjuicio de ello, es absolutamente lógico que el poseedor no pueda enriquecerse, verbigracia, con la venta de los materiales y si así lo hiciera debería restituir a quien tenga derecho el valor obtenidos por ellos.

⁴⁴⁰ Véase ALTERINI, Jorge H., “Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLVIII, Segunda Época, Número 41, 2003, pp. 328 y ss.); “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2012-E, p. 898.

5 LA TRADICIÓN COMO PAGO LA OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA

5.1 Acepciones del vocablo “pago” y su caracterización legal

En el Derecho romano todo medio de extinción de las obligaciones era considerado pago y se lo denominaba *solutio*⁴⁴¹. Este vocablo deriva de *solvere*, lo que significa disolver. La *solutio* disolvía el *ligare* que suponía el vínculo obligacional.

Con diversa orientación, el Código Civil alemán reservó el término “pago” para referirse al cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero (§244 y §245 del BGB⁴⁴²).

El Código Civil y Comercial, siguiendo al Código Civil derogado⁴⁴³, define al pago como “...el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación”.

⁴⁴¹ Comp. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., §351, p. 404. “El cumplimiento de las obligaciones de *dare* se llama *solutio* y el de las obligaciones de *facere* se denomina por el contenido especial de cada caso (*tradere, vehere, opus facere, pati*, etc.) y de una manera general se la llama *satisfactio*”. Previene Di Pietro sobre los alcances del vocablo *solutio*: “A veces puede tener un sentido restringido al cumplimiento de las obligaciones de *dare* (así, pagar una suma de dinero), pero se terminó por darle un sentido muy amplio, de tal modo que significó directamente el cumplimiento de aquello a lo cual el deudor se obligó. 1. Así, según se atribuye a Paulo (D.46.3.54), *solutio* corresponde a ‘toda liberación hecha de cualquier modo’ (...). Igualmente, Ulpiano (D.50.16.176) entiende por *solutio* toda satisfacción de una *obligatio*, incluyendo también las de ‘hacer’ (en lenguaje clásico, para éstas se solía utilizar la expresión *satisfactio*)...” (DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, cit., §470, p. 277).

⁴⁴² §244: “Deuda en divisa extranjera. (1) Si una deuda que está expresada en una divisa distinta del euro debe pagarse en territorio nacional, se puede realizar su pago en euros a no ser que expresamente se haya pactado el pago en la otra divisa. (2) La conversión resulta del valor de cambio vigente en el momento y para el lugar de pago”. §245: “Deuda en moneda concreta. Si se debe pagar una deuda dineraria en un tipo de moneda que en el momento del pago ya no está en circulación éste se debe realizar como si el tipo de moneda no hubiera sido determinado”.

⁴⁴³ Art. 725: “El pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar”.

5.2 Cumplimiento de la prestación. Efectos

El art. 724 del Código Civil y Comercial define a la obligación como “...una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Esa caracterización legal destaca los dos perfiles clásicos que pone de resalto la obligación civil: la deuda y la responsabilidad. Sin embargo, no es lo suficientemente elástica para captar a las tradicionales obligaciones naturales, ahora denominadas “deberes morales”, ya que en ellas no existe sujeción del deudor al acreedor, sino que se presenta una situación de deuda sin responsabilidad⁴⁴⁴. Y el sustrato obligacional de las obligaciones naturales se trasluce en la imposibilidad de repetir el pago espontáneo (arg. arts. 728 y 2538, Código Civil y Comercial)⁴⁴⁵.

La directiva general es que el interés del acreedor y el débito del deudor son los dos rostros de la obligación. Mientras que el deudor no ejecute la conducta debida, o sea la prestación, y satisfaga el interés del acreedor, no alcanzará la liberación⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Si bien es posible la existencia de una deuda que no derive en responsabilidad frente a su incumplimiento, pienso que lo contrario no es posible de afirmarse categóricamente. Ello pues, en los clásicos ejemplos de responsabilidad sin deuda, como lo son los supuestos de fianza y cláusula penal, el tercero no responderá por la obligación principal, pero sí por la obligación accesoria que contrajo.

⁴⁴⁵ Véase ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), pp. 5 y 9.

⁴⁴⁶ Se afirma que “...ambos datos son inescindibles, por cuanto el interés del acreedor es determinado por la propia naturaleza y entidad que tiene el plan o proyecto de conducta futura comprometida por el deudor al tiempo de gestarse la obligación” (PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, cit, tomo 2, §310, p. 74).

Mediante el cumplimiento de la prestación debida se liquida el vínculo jurídico y el deudor consigue su liberación a través de la satisfacción del interés del acreedor.

5.3 Naturaleza jurídica del pago

5.3.1 Planteo

La naturaleza jurídica del pago es una de las temáticas del Derecho privado que más controversias han despertado en las doctrinas nacional y extranjera. La diversidad de enfoques trazados tiene máxima relevancia al momento de analizar ciertos aspectos, tales como la capacidad de los sujetos involucrados, el *animus solvendi*, la acreditación del cumplimiento, entre otros.

Por esas consideraciones, elaboraré un estado de la cuestión de los múltiples criterios que la doctrina ensayó sobre la naturaleza jurídica del pago, para luego desarrollar mi opinión con estricto apego a la letra del Código Civil y Comercial.

5.3.2 Estado de la cuestión

5.3.2.1 Acto debido

Es el criterio primitivamente expuesto por Carnelutti⁴⁴⁷, quien distinguía tres categorías de actos: a) los negocios jurídicos que son realizados para producir un efecto permitido por la ley; b) los actos ilícitos que son los prohibidos por la ley; y c) los actos debidos cuyo rasgo esencial sería que su efecto es dispuesto por la ley y sus ejecutores no tendrían la libertad de decidir si los configuran o no.

Con esa orientación, el pago sería un acto debido, pues el deudor no sería libre de pagar o de no hacerlo.

⁴⁴⁷ Véase del autor: “Prova testimoniale del pagamento”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, tomo II, p. 335; “Negozio giuridico, atto illecito e atto dovuto”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, tomo I, p. 356; *Lezione di diritto procesuale civile*, tomo III, pp. 190 y ss.

Para Galli: “El derecho positivo, no puede permitir, que el efecto de la obligación pendiente, dependa de la voluntad del deudor y no ocurran consecuencias si él resuelve no cumplirla”⁴⁴⁸; “la libertad del deudor no le da más posibilidad que la de obrar de mala fe, omitiendo o impidiendo el pago. Siendo así, es natural que no exista libertad jurídica de no pagar. El deudor que usa su libertad psicológica de no pagar, es pasible de sanciones de orden civil”⁴⁴⁹.

Más modernamente, Compagnucci de Caso⁴⁵⁰ y Zannoni adoptaron esta tesitura. Explica el último de los autores:

“...el pago, como acto debido, se desvincula de la ‘voluntariedad’, y es aprehendido exclusivamente como cumplimiento del contenido de la obligación que procura la satisfacción del interés del acreedor, en tanto en cuanto a través del cumplimiento el acreedor obtenga el bien o la utilidad que constituyen el objeto de la obligación (...). Y así, por ejemplo, hay pago cuando cumple un tercero –que, obviamente, no es el deudor ni por ende obligado–, pues este tercero realiza el contenido de la obligación, aunque a su respecto no se trata de un acto debido”⁴⁵¹.

Para Albaladejo el pago es siempre un acto debido por el deudor. No obstante, postula que ese acto puede tener carácter negocial, aunque no sea necesario para la configuración de la figura.

⁴⁴⁸ GALLI, Enrique V., “Naturaleza y prueba del pago”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Plata*, 1941, tomo XII, 2° parte, pp. 209 y ss.; especialmente, en pp. 255, 259 y 270.

⁴⁴⁹ GALLI, Enrique V., en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, cit., tomo II, §1047^k, p. 190, en nota 7.

⁴⁵⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Sobre la naturaleza jurídica del pago”, *JA*, 1986-II, pp. 749 y ss.: “Quien paga no puede elegir, no tiene libertad de optar entre pagar o no (...). Además de de ser un ‘acto debido’, el pago es ‘negocio jurídico’ cuando necesariamente el deudor debe manifestar una voluntad negocial”.

⁴⁵¹ ZANNONI, Eduardo A., *Elementos de la obligación*, Astrea, Buenos Aires, 1996, §61, p. 176.

“...el obligado a no hacer algo (...) *paga* absteniéndose; y no se puede decir que esa omisión suya sea un negocio jurídico, pues el cumplimiento se da incluso aunque falte la voluntad de realizar la conducta para extinguir la obligación (*animus solvendi*) (...). Ahora bien, frecuentemente la obligación se dirige a la realización de una prestación que, en sí, es un negocio. Entonces el pago, consistente en realizarla, es un negocio bien unilateral (por ejemplo, a cambio de una cantidad en metálico. A se comprometió con B a renunciar al usufructo que tiene sobre una finca de C; A paga renunciando: negocio unilateral), bien bilateral (A vendió a B una cosa, y cumple su obligación de transmitírsela, mediante la *traditio* (...): negocio bilateral)”⁴⁵².

5.3.2.2 Hecho jurídico

Un sector de doctrina nacional⁴⁵³, con cierta correspondencia con la extranjera⁴⁵⁴, considera que el pago es un hecho jurídico que no alcanzaría el status de acto jurídico por cuanto no sería preciso que la actividad del deudor sea voluntaria (*animus prestandi*), ni que esté dirigida a la extinción relación jurídica obligacional (*animus solvendi*).

Se expresa que en las obligaciones de no hacer el deudor extingue la obligación por su conducta negativa, aun cuando siquiera advierta la existencia de un débito; en las obligaciones de hacer ocurriría algo semejante, pues en la ejecución del hecho material podría estar ausente la finalidad extintiva (v.gr. el personal doméstico que realiza su tarea, ignorando el efecto cancelatorio de la misma).

⁴⁵² ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 12º edición, Edisofer, Madrid, 2004, tomo II “Derecho de las obligaciones”, p. 130.

⁴⁵³ SALAS, Acdeel E., “La naturaleza jurídica del pago”, *JA*, 1050-I, p. 25; TRIGO REPRESAS, Félix A., en CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4º edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo III, §1350, p. 21.

⁴⁵⁴ CATALÁ, Nicole, *La nature juridique du payment*, L.G.D.J., Paris 1961, p. 219; GIORGIANNI, Michele, voz: “Pagamento” en *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, tomo IX, p. 414

Trigo Represas, defensor de la categorización del pago como hecho jurídico, afirma:

“...desde el momento en que la ley no vincula el efecto extintivo del pago a la intención de pagar, sino a la adecuación objetiva de la conducta del deudor al contenido de la obligación, poco importa que en algunos supuestos pueda concurrir además el *animus solvendi* del deudor, circunstancia ésta de por sí indiferente y que mal puede variar la calificación de la esencia o naturaleza jurídica del pago”⁴⁵⁵.

5.3.2.3 Acto jurídico

Las doctrinas autoral y jurisprudencial nacionales mayoritarias se pronunciaron en el sentido de que la naturaleza jurídica del pago sería la de un acto jurídico, pues consistiría en un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato extinguir una relación jurídica obligacional (art. 259, Código Civil y Comercial).

El mensaje legal del Código Civil y Comercial, en seguimiento del art. 813 del Proyecto de 1998, es categórico; en su art. 866 dispone que: “Las reglas de los actos jurídicos se aplican al pago...”. Sin embargo, no existe acuerdo acerca de si el pago es un acto jurídico unilateral o bilateral, o bien puede adoptar una u otra naturaleza en función del débito que se procura aniquilar.

5.3.2.3.1 Acto jurídico unilateral

Quienes participan de esta tesitura postulan que para la configuración del pago solo se requeriría la voluntad del *solvens* y que el *accipiens* se limitaría a cooperar en la recepción del pago, pero no integraría el acto. Y afirman que la posibilidad del deudor de “consignar el pago” ante la renuencia del acreedor en aceptarlo probaría que la cooperación del acreedor desempeñaría un rol meramente pasivo. Para Llambías es:

⁴⁵⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A., en *Derecho de las obligaciones*, cit, tomo III, §1350, p. 22.

“...irrelevante para perfeccionar el pago la voluntad puramente pasiva del acreedor, quien no puede dejar de recibir la prestación ofrecida mientras exista identidad con el objeto debido. En tanto que el *solvens* desempeña un papel protagónico puesto que es el sujeto activo del pago, el acreedor es un simple destinatario del acto de aquél, que no puede objetar ni contrarrestar. Si quisiera hacerlo, su actitud sería ilegítima y quedaría removida en el subsiguiente juicio de consignación en pago que intentara el deudor. Esto, nos parece demostrativo de que supuesta la identidad del objeto en trance de pago y del objeto de la deuda, el pago sólo es obra del deudor, siendo incomputable la voluntad del acreedor, precisada a plegarse y conformarse a la iniciativa de aquél”⁴⁵⁶.

Con similar mirada, Pizarro y Vallespinos opinan:

“En las obligaciones en las que resulta necesaria la cooperación del acreedor para que el deudor pueda cumplir, no se quiere significar que tal asentimiento constituya un elemento integrativo del pago, como erróneamente lo sostiene la tesis del acto jurídico bilateral. Dicha actitud se orienta, simplemente, a facilitar el fluido ejercicio del derecho de cumplir del deudor, poniendo fin de tal modo al ciclo obligacional”⁴⁵⁷.

5.3.2.3.2 Acto jurídico bilateral no contractual

Otros advierten que es imprescindible que las voluntades del deudor y el acreedor confluyan para extinguir la deuda, lo que derivaría en considerar al pago como un acto jurídico bilateral.

López Mesa participa de este criterio y expresa:

“...no nos parece que puede ser unilateral un acto que realiza uno, pero que debe aceptar otro –sea el *accipiens* o el juez, en su reemplazo–. El argumento sobre la consignación en caso de negativa

⁴⁵⁶ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., tomo II-B, §1394, p. 109.

⁴⁵⁷ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, cit, tomo II, §312, p. 80. Véase, también, CALVO COSTA, Carlos A. *Derecho de las obligaciones*, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, tomo 1, p. 390.

del deudor nos parece débil, porque el juez suple al deudor y es quien, en definitiva, determina si la negativa de éste ha sido valedera o no”⁴⁵⁸.

5.3.2.3.3 Acto jurídico contractual

Etkin, en un primer momento, afirmó que el pago sería un contrato de cumplimiento de obligaciones, puesto que para haya pago se requeriría de un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor⁴⁵⁹. Sin embargo, en otro aporte rectificó su opinión y significó que el pago sería un acuerdo jurídico bilateral⁴⁶⁰.

López de Zavalía y Mosset Iturraspe, quienes participaron de una concepción amplia de contrato al examinar el art. 1137 del Código Civil derogado, también observaron que el pago tenía la naturaleza del contrato, pues en su visión este acto jurídico –ya en el régimen de Vélez Sarsfield– podía no solamente alumbrar derechos creditorios, sino también modificarlos y extinguirlos.

Esta tesis recibió severas críticas, las que Pizarro y Vallespinos⁴⁶¹ resumen del siguiente modo:

a) Las partes de un contrato tienen libertad para determinar el contenido del acuerdo y sus consecuencias; en cambio, en el pago carecen de esas facultades y deben cumplir la obligación constituida.

b) El pago puede realizarse eficazmente, y consecuentemente, liberar al deudor, sin la participación activa del acreedor, e incluso con su ignorancia o contra su voluntad. Ello no sería conciliable con la idea de contrato.

⁴⁵⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, BdeF, Buenos Aires, 2015, tomo I, pp. 199/200.

⁴⁵⁹ ETKIN, Alberto M., “Locación de servicios; prueba del pago”, *JA*, 57, p. 580.

⁴⁶⁰ ETKIN, Alberto M., “Pago”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XXI, pp. 368-369.

⁴⁶¹ Véase PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, cit, tomo II, §312, pp. 78-79.

c) En algunas obligaciones de hacer y de no hacer es intrascendente la conducta del acreedor en el cumplimiento de la prestación.

d) La conceptualización del pago como contrato conllevaría el inconveniente práctico de proyectar los límites probatorios de este acto jurídico a aquél.

e) La necesidad de un acuerdo entre el acreedor y el deudor para que se extinga la obligación conduciría a situaciones de irracionalidad e injusticia.

f) La recepción del pago no podría ser asimilada a la aceptación de la oferta contractual.

A esas observaciones podría replicárseles con las siguientes:

Es cierto que una de las bases del Derecho contractual es que las partes tienen libertad para celebrar un contrato y para determinar su contenido (art. 958, Código Civil y Comercial). Sin embargo, no es menos cierto que las partes pueden concertar un contrato que las obligue a celebrar un contrato futuro, con un contenido previamente determinado, como ocurre –por ejemplo– en los contratos preliminares (art. 994, Código Civil y Comercial).

También es correcto señalar que la posibilidad de pagar sin la participación del acreedor obstaría a la calificación como contrato del pago. No obstante, ello ocurriría únicamente en las obligaciones de no hacer y las de hacer sin resultado materializado. Considero que en ciertas obligaciones, como las de hacer materializadas y las de dar, el pago no puede efectuarse sin la participación activa del acreedor.

No es compartible señalar que la exigencia del consentimiento para efectuar el pago conllevaría a situaciones de irracionalidad e injusticia, ya que el ordenamiento jurídico confiere herramientas para el perjudicado ante la no concreción de ese acuerdo. Así, el acreedor podría ejecutar forzosamente la obligación (art. 730, Código Civil y Comercial) y el deudor tendría expedita la vía de la

consignación, ya judicial, ya extrajudicial, ante la renuencia del acreedor (arts. 904 y ss., Código Civil y Comercial).

Por otra parte, no se advierte óbice para pensar a la recepción del pago como aceptación; en la tradición con finalidad traslativa de derecho real: la recepción de la cosa, que significa el cumplimiento una obligación de dar preexistente y la transmisión del derecho real, configura también la aceptación de ese contrato que significa la tradición. Incluso, el mensaje del Código Civil y Comercial es claro al establecer que el acreedor se constituye en mora cuando el deudor efectúa una “oferta de pago” y se rehúsa injustificadamente a recibirlo (art. 886, segundo párrafo). Si se menta la posibilidad de una “oferta” de pago es porque se prevé, también, la alternativa de una “aceptación” de pago, y con ese mirar, en última instancia, se piensa que el pago puede vestirse de contrato.

5.3.2.3.4 Acto jurídico unilateral y bilateral

Desde una visión ecléctica, Neppi le asigna al pago diversa naturaleza jurídica de acuerdo a la clase de obligación de que se trate. Afirma:

“No parece conforme a verdad que el pago no requiera nunca, para su ejecución, nada más que la declaración de voluntad del deudor; ni tampoco resulta aceptable que la voluntad del acreedor nunca pueda desempeñar en aquel acto un papel cualquiera (...). En todas las obligaciones de hacer y de no hacer, no hay duda de que el cumplimiento siempre se efectúa, merced a la sola voluntad del deudor, ya que la utilidad inherente a la prestación correlativa es obtenible por el acreedor, sin que se necesite ninguna declaración de voluntad suya tendiente a realizarla (...). Mas, una situación diametralmente opuesta se nos ofrece en las hipótesis de obligación de dar, ya se trate de transferir la propiedad o el uso o la tenencia de una cosa determinada o la propiedad de una suma de dinero, ya de constituir sobre la cosa un derecho real (...). En todos esos

supuestos, no es concebible que el pago pueda verificarse sin que la voluntad del acreedor se junte a la del deudor, para integrarla”⁴⁶².

En síntesis, para el autor citado, en las obligaciones de hacer y no hacer el pago se presentaría como un acto jurídico unilateral; mientras que en las obligaciones de dar, concretaría un acto jurídico bilateral.

5.3.2.4 Hecho jurídico y acto jurídico de naturaleza compleja

Bustamante Alsina, al igual que Neppi, pero arribando a distintas conclusiones, opinó que la naturaleza jurídica del pago no es unívoca y ella responde a la clase de prestación debida.

En su pensar, en las obligaciones de hacer de pura actividad y de no hacer el pago importaría un hecho jurídico, por cuanto existiría una adecuación objetiva entre la conducta del deudor y la prevista en la obligación, con independencia de la voluntad y capacidad del sujeto, siempre que no se trate de una obligación *intuitu personae*. En cambio, en las obligaciones de hacer de actividad con resultado materializado, nos hallaríamos frente en una hipótesis similar a la de las obligaciones de dar y por tanto, el pago constituiría un acto jurídico bilateral. El pago de una obligación de dar es un acto jurídico bilateral, puesto que deben concurrir las voluntades del *solvens* de entregar y la del *accipiens* de recibir⁴⁶³.

5.3.2.5 Mi opinión: el pago es un acto jurídico de naturaleza bifronte

No es discutible que el pago es un acto debido, pero esa explicación no desentraña su naturaleza jurídica. Por otra parte,

⁴⁶² NEPPI, Víctor, “Naturaleza jurídica del pago”, *La Ley*, 33, p. 483; especialmente, §5.

⁴⁶³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Repetición del pago de lo que no se debe*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pp. 34-36.

no es cierto que no existiría libertad de no cumplir, pues quien optara por no satisfacer la obligación, asumiría la responsabilidad que emergería de su incumplimiento, pero nada obstaría a esa elección.

La tesis que cataloga al pago como hecho jurídico es observable por cuanto en las obligaciones de no hacer confunde el pago con la extinción de la obligación por la consecución del fin; en las obligaciones de hacer, aun cuando el deudor ignore el efecto extintivo del pago, sabe que debe ejecutar la prestación para obtener la contraprestación, si la hubiere. Es evidente que en el pago siempre existe, al menos, un *animus solvendi*. Igualmente es objetable la categorización como hecho jurídico porque excluiría del ámbito del pago a la eventual aplicación de los vicios de la voluntad (error, dolo y violencia), pues el campo de actuación de ellos es el de los actos voluntarios.

Pienso que si bien el pago en determinados supuestos se presenta como un acto jurídico unilateral, desborda ese encuadramiento. Repárese en que si el acreedor rechaza el pago al deudor solo le quedaría habilitada la consignación para no ingresar en morosidad, y pienso que esa consignación no tiene la naturaleza jurídica del pago⁴⁶⁴.

Por otro lado, tampoco es compatible que el pago siempre se presente como un acto jurídico bilateral. Basta con pensar en una obligación de no hacer para desechar esta alternativa hermenéutica. ¿Qué injerencia en la formación del pago tiene el acreedor cuando una persona se obliga a no realizar determinada conducta? Ninguna, el deudor es el absoluto protagonista.

Si bien coincido con el criterio que postula que en las obligaciones de no hacer el pago es un acto jurídico unilateral y que en las obligaciones de dar es genéricamente un acto jurídico bilateral, no concuerdo en que el pago en las obligaciones de hacer signifique siempre un acto jurídico unilateral; en mi criterio, debe

⁴⁶⁴ Véase Cap. III, §5.6.2.

distinguirse las obligaciones de hacer de acuerdo a si la actividad comprometida tiene en mira un resultado materializado o no, a lo que luego me referiré.

En cuanto a si se trata de un acto jurídico unilateral o bilateral, me parece que una respuesta única no es satisfactoria y no creo que el principio lógico de no contradicción sea invocable para desechar la naturaleza bifronte que exhibe el pago⁴⁶⁵, pues frente a diversas categorías de obligaciones no resulta ilógico que el pago asuma diversas naturalezas; si el presupuesto es distinto, la conclusión puede ser diversa.

No es dudoso que el pago de una obligación de dar es un acto jurídico bilateral, pues es menester que el acto se integre con las voluntades concurrentes del *tradens* y del *accipiens*. El primero es quien entrega y el segundo quien recibe (arg. art. 1924, Código Civil y Comercial). Concretamente, un contrato extintivo (arg. art. 957, Código Civil y Comercial).

Por el contrario, tampoco me parece discutible que en las obligaciones de no hacer el acto jurídico que las satisface es típicamente unilateral, ya que basta para consumarlo la voluntad de deudor a través de su omisión. Así, si se convino que no se establecería un negocio de determinada actividad para evitar la competencia con el acreedor, la omisión cumplidora dependería de la única voluntad del deudor.

Con lo dicho, ya queda exhibida la naturaleza de acto jurídico bifronte que sirvió de título a este comentario.

Que el pago es rebelde a un encasillamiento único dentro de las clasificaciones de los actos jurídicos, lo confirma la particular situación que exhiben las obligaciones de hacer. Si la obligación de

⁴⁶⁵ Véase ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, §185, p. 94: "...desde que se entiende que el pago es una figura única, no puede ser y no ser al mismo tiempo, porque de otro modo se pasaría por alto el principio lógico de no-contradicción".

hacer es, por ejemplo, el dictado de una conferencia pensada como una disertación oral, nos encontraremos con un acto jurídico unilateral, que solo y eventualmente necesitará deberes de colaboración meramente secundarios frente a la formación del acto jurídico, como la apertura del salón o la provisión del micrófono. En cambio, existen muchas obligaciones de hacer cuyo cumplimiento se traduce en un resultado materializado, como la pintura de un cuadro, una edificación o la producción de un dictamen profesional; allí, el pago asume la fisionomía de acto jurídico bilateral, específicamente, de contrato extintivo.

En síntesis, el pago de una obligación de dar es un contrato; el cumplimiento en una obligación de no hacer es un acto jurídico unilateral; y la *solutio* de una obligación de hacer ajustará su carácter unilateral o bilateral, en este caso será un contrato extintivo, a las respectivas particularidades de la prestación⁴⁶⁶.

5.4 Objeto de la tradición en cuanto pago

El pago como “cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación” (art. 865, Código Civil y Comercial) está sujeto al acatamiento de los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (art. 867, Código Civil y Comercial).

En última instancia, el pago es la observancia del deudor de la “calidad y magnitud de la prestación, en el lugar y tiempo debidos”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), pp. 415-417.

⁴⁶⁷ GRECO, Roberto E., “Objeto del pago”, *RDCO*, Buenos Aires, 1971, §21, p. 237.

5.4.1 Identidad

El problema de la identidad procura responder a la pregunta de acerca de qué debe pagar el deudor. La respuesta es simple; el deudor debe cumplir con la conducta debida.

El art. 868 del Código Civil y Comercial, que alude a la “identidad”, establece: “El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor”.

Esa exigencia legal se traduce en el ámbito de las obligaciones de dar en que, por un lado, el deudor no puede entregar un objeto distinto que el comprometido y, por el otro, el acreedor no puede exigir que se le entregue otro objeto.

La regla de la identidad encuentra su máxima expresión en las obligaciones que tienen la prestación absolutamente determinada, como por ejemplo las de dar cosas ciertas o de dar dinero; en cambio, ella se flexibiliza cuando existe algún grado de indeterminación en la prestación, como ocurre en las obligaciones de género (arts. 762 y 763, Código Civil y Comercial). En esta clase de obligación el principio de identidad del pago no se ve oscurecido si el deudor entrega una cantidad mayor de cosas, o de mejor calidad, que la debida.

Acaso, encuentre su excepción más ponderable en el supuesto de las obligaciones facultativas, en las que coexisten un prestación principal y otra accesoria, y el deudor puede liberarse cumpliendo cualquiera de ellas.

5.4.2 Integridad

Así como la regla de la “identidad” intenta solucionar la cuestión sobre qué se debe pagar, el problema de la “integridad” procura resolver cuánto se debe pagar. El deudor debe ejecutar la conducta íntegramente, es decir, está obligado a desarrollar toda la magnitud del débito a su cargo.

Con esa orientación, el art. 869 del Código Civil y Comercial regla: “*Integridad*. El acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida”; y el art. 870 aclara que “si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses”.

Obviamente, si bien el deudor no está constreñido a aceptar pagos que no sean íntegros, nada obsta a que así lo haga y extinga la obligación.

En el escenario de la tradición inmobiliaria, el *solvens* cumple integralmente si entrega el inmueble con sus accesorios⁴⁶⁸ (art. 746, Código Civil y Comercial).

5.4.3 Puntualidad

El deudor de la obligación debe pagar en la oportunidad en la cual esté constreñido a hacerlo. Para ello, ante todo, hay que estar a lo dispuesto en el título fuente de la tradición.

El art. 871 del Código Civil y Comercial, que se ocupa del “tiempo del pago”, prevé: “El pago debe hacerse: a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento; b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento; c) si el plazo es tácito, en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse; d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

Si la fuente de la tradición fuera una compraventa inmobiliaria, el art. 1139 dispone que “el vendedor debe entregar el inmueble inmediatamente de la escrituración, excepto convención en contrario”. La norma deja librada la cuestión a la voluntad de las partes, pero brinda una solución supletoria ante su

⁴⁶⁸ Véase Cap. III, §2.2.3.

silencio acerca de cuándo debe efectuarse la tradición: la obligación de entregar sería de exigibilidad inmediata.

5.4.4 Localización

El lugar de pago puede ser pactado por las partes, ya sea de manera expresa o bien tácita (art. 873, Código Civil y Comercial). Si nada se hubiera previsto, el art. 874 inc. a) del Código Civil y Comercial dispone para las obligaciones de dar cosa cierta que “el lugar de pago es donde la cosa se encuentra habitualmente”. Obviamente, en materia de inmuebles esa directiva no presenta dubitaciones; ante ausencia de pacto de las partes, el *solvens* debe pagar inexorablemente en la cosa.

¿Ello significa que el *accipiens* puede negarse, por ejemplo, a recibir las llaves fuera de la cosa? La respuesta afirmativa se impone, pues el *solvens* no estaría cumpliendo la exigencia de la localización del pago.

¿Qué ocurriría si ante la ausencia de estipulación el *accipiens* recibiera las llaves para acceder al inmueble en la escribanía en ocasión de la formalización del título suficiente? En ese supuesto la tradición estaría cumplida, ya que las partes habrían acordado en forma sobreviniente el lugar de pago y nada obsta a que así lo hagan porque se trata de una materia esencialmente disponible por ellas.

5.5 Prueba de la tradición

La carga de la prueba del pago en las obligaciones de dar le incumbe al deudor, o sea, al *tradens* (art. 894, Código Civil y Comercial). El sujeto activo del pago deberá demostrar que efectuó la tradición del inmueble con sujeción a las circunstancias de la obligación.

A tal efecto el *solvens*, en principio, podrá valerse de cualquier medio de prueba. ¿Qué debe demostrar? La realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes involucradas orientados a que el *accipiens* adquiera el *corpus* de la cosa.

El art. 896 del Código Civil y Comercial se ocupa del recibo y lo caracteriza como “un instrumento público o privado en el que el acreedor reconoce haber recibido la prestación debida”. El recibo es una suerte de “reconocimiento” o “confesión”⁴⁶⁹ en el que el acreedor manifiesta que el deudor satisfizo su obligación.

Téngase presente que en la tradición la mera declaración del *accipiens* de recibir la cosa es inoponible frente a terceros, pero eficaz entre las partes (art. 1924, Código Civil y Comercial). Por otra parte, si el acreedor extendiera el recibo sin reservas se presumiría que el inmueble fue entregado con sus accesorios, sin perjuicio de que esa presunción puede ser desvirtuada mediante aportación en contrario (art. 899, inc. c], Código Civil y Comercial).

5.6 El denominado “pago por consignación”

5.6.1 Fundamento y concepto

En la dinámica de las relaciones obligacionales lo habitual es que el acreedor esté propenso a recibir el pago. No obstante, en ocasiones, el acreedor puede estar obstaculizado para recibir el pago o bien tener la deliberada intención de postergar el cumplimiento, lo que tiene como consecuencia que la obligación no pueda ejecutarse, pese a la voluntad del deudor. Incluso, puede presentarse la hipótesis en la cual el acreedor quiere y puede recibir el pago, pero el deudor puede no efectuar un cumplimiento seguro por causas que le son ajenas.

Bajo esas circunstancias sería injusto que el deudor permanezca vinculado con el acreedor y que el incumplimiento material de obligación le sea imputable. Por ello, el ordenamiento jurídico le otorga la posibilidad ejercer su derecho de pagar y satisfacer forzosamente el débito, a través del denominado “pago

⁴⁶⁹ Véase COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), p. 541; y sus citas.

por consignación”. Así, como el acreedor tiene el derecho a ejecutar forzosamente la obligación (art. 730, Código Civil y Comercial), el deudor tiene el derecho a obtener la liberación coactiva a través de la consignación.

De acuerdo al Código Civil y Comercial, la consignación puede realizarse judicialmente o extrajudicialmente, pero esta última modalidad se circunscribe a las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 910, Código Civil y Comercial). En atención al objeto de la tesis, circunscribiré el análisis a la consignación judicial.

El pago por consignación judicial es un modo de extinción de las obligaciones mediante el cual el legitimado activo del pago, en ejercicio de su derecho de liberación, requiere de la intervención del tribunal para suplir la falta de cooperación del acreedor o para obtener certidumbre para lograr un pago eficaz.

5.6.2 Naturaleza jurídica

El art. 905 del Código Civil y Comercial establece: “El pago por consignación está sujeto a los mismos requisitos del pago”, lo que podría llevar a pensar a que tiene la naturaleza jurídica de pago.

Para desentrañar esa duda interpretativa, es menester tener presente que el “pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación” (art. 865, Código Civil y Comercial), y que la prestación es la conducta comprometida por el deudor. Así, para dilucidar si la consignación es propiamente pago es preciso analizar en un caso concreto cuál es la prestación debida y si ella se identifica con la consignación efectuada por el deudor.

Greco estudia la problemática en las obligaciones de dar dinero y dice:

“...para que haya pago, aparte de los principios de identidad e integridad deben concurrir los de localización y puntualidad (...). Si opta por esta vía [léase, la consignación], no lleva el dinero al lugar de pago, lo lleva al banco que corresponda; no lo entrega al acreedor,

llena la boleta y lo entrega al cajero del banco (...) el comportamiento obrado no es idéntico al comportamiento debido⁴⁷⁰.

Considero, siguiendo al autor citado, que es suficiente para desechar una asimilación plena del típico pago con el calificado como pago por consignación, afirmar que en la consignación no se satisface el requisito de la localización del pago. El cumplimiento por consignación se acerca mucho al pago, pero en tanto no es asimilable a él y solo en sentido impropio puede considerárselo un verdadero pago; estamos en presencia de un modo de extinción con notas características que justifican ubicarlo como autónomo⁴⁷¹.

5.6.3 Caracteres

Existe un consenso generalizado en la doctrina acerca de que el denominado pago por consignación es un mecanismo excepcional y facultativo del deudor.

La consignación es “excepcional” porque lo habitual es que deudor se libere a través del cumplimiento de la prestación debida en el marco de la actividad privada, con la única participación del acreedor. De allí, que el deudor que demanda la consignación deba acreditar la razón por la cual accede a la instancia judicial⁴⁷², por

⁴⁷⁰ GRECO, Roberto E., *Extinción de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 124-126.

⁴⁷¹ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), pp. 571-572.

⁴⁷² C. Paz, Santa Fe, 26/07/1978, “Martini de Di Paolo, Rosa A. c. Pujato, María y otros”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala G, 20/08/1981, “Prezza, Pedro c. Braun, Arón s/repetición de pago y daños y perjuicios, Kanmar, S. A. c. Braun, Arón s/consignación”, *La Ley*, 1981-D, 419; CNCiv., Sala B, 09/12/1983, “Cendon, Gregorio y otros c. Bosio, Alejandro A.”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala A, 19/06/1986, “Krabbe King y Cía., S. R. L. c. Ayamendi, Soc. en Com. por Accs. y otra”, *La Ley* 1986-E, p. 37 - *DJ*, 1987-1, p. 64; CN. Apel. Civ. y Com. Fed., Sala III, 21/05/1996, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. Instituto Municipal de Obra Social”, *La Ley*, 1996-D, p. 476 - *DJ*, 1996-2, p. 534.

lo que no basta con probar la resistencia del acreedor sino que es preciso demostrar que ella es injustificada⁴⁷³.

La posibilidad de consignar judicialmente constituye, por regla⁴⁷⁴, un derecho del *solvens* y, en ese sentido, se postula que es “facultativo” del deudor⁴⁷⁵. Podría pensarse que el deudor debería consignar lo debido para evitar caer en mora; sin embargo, corresponde tener presente que si el deudor efectuara una “oferta de pago” y ella fuera rechazada injustificadamente por el acreedor, éste estaría incurso en mora y obstaría la configuración de ese estado de incumplimiento en cabeza del deudor⁴⁷⁶.

La consignación judicial debe canalizarse a través de un proceso contencioso, cuyo juez competente es el del lugar donde debía efectuarse el pago. Se entiende que el mero depósito judicial no es suficiente para configurar el llamado pago por consignación,

⁴⁷³ C. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, Sala II, 26/02/2004, “Marinetto, Rodolfo V. y/o v. Lodeira, Patricia B. y/o s/pago por consignación”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com. de San Martín, Sala I, 08/09/2004, “Hernandez Bonaro, Mónica v. Consorcio copropietarios Amadeo Sabattini n° 4792/96 s/ Consignación”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala C, 18/05/2007, “Garber, Ricardo Elías c. Kazez, Ester Bienvenida”, *La Ley Online*.

⁴⁷⁴ Esa directiva se ve exceptuada cuando, por ejemplo, una persona toma conocimiento del embargo del crédito de su acreedor efectuado por un tercero. Bajo esa circunstancias, el deudor debe consignar la deuda a la orden del juez que decretó el embargo (ALTERINI, Atilio A. AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, cit., §882, p. 385).

⁴⁷⁵ CN. Apel. Esp. Civ. y Com., Sala IV, 28/06/1978, “Wiben, S. R. L. c. Consorcio de propietarios Acevedo 240/242”, *La Ley Online*; C. 2a Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala III, 16/10/1979, “Gaurie, Juan C. c. Kremer e Hijo, S. A., Simón”, *La Ley Online*; C. 2a Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala III, 28/02/2008, “L. de S., R. C. v. V., O. A. y otros s/ Desalojo Falta de Pago”, *La Ley Online*.

⁴⁷⁶ Durante la vigencia del Código Civil derogado, la Cámara Nacional de Apelaciones de Paz produjo la siguiente doctrina plenaria: “Mediando ofrecimiento de pago hecho por el locatario al acreedor y la negativa injustificada de éste a percibirlo, no precisa el deudor acudir al pago por consignación a los efectos de no caer, por el simple transcurso del tiempo, en situación de deudor moroso de la obligación que procuró cancelar” (CN Paz, 18/09/1963, “Richmond Hotel, S.R.L. c. Argentina Nueva, Cía. Gral. de Navegación”, *La Ley*, 112, p. 175)

pues se precisa de una demanda judicial que confiera vida al proceso.

5.6.4 Presupuestos

5.6.4.1 Precisión conceptual

El art. 904, bajo el equívoco epígrafe “casos en que procede”, regula los presupuestos que deben presentarse para que este sucedáneo del pago pueda ser articulado por el deudor.

La norma dispone: “El pago por consignación procede cuando: a) el acreedor fue constituido en mora; b) existe incertidumbre sobre la persona del acreedor; c) el deudor no puede realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable”.

5.6.4.2 Mora del acreedor

El acreedor ingresa en el estado de morosidad cuando el deudor le efectúa una “oferta de pago” adecuada a los requisitos en cuanto al objeto de la obligación y aquél se niega injustificadamente a recibirlo (art. 886, Código Civil y Comercial).

En una obligación de dar cosa cierta para transmitir derechos reales, el acreedor incurriría en mora si el *tradens* pusiera a su disposición el *corpus* de la cosa y se negara en aceptarlo. Por ejemplo, el tradente le quiere entregar las llaves para acceder a un inmueble y al acreedor no las recibe.

Como sostendré más adelante, el cumplimiento por consignación solo es posible en las obligaciones de dar o de hacer de actividad con resultado materializado y el pago de ellas conforma un contrato extintivo. Con esa óptica, la expresión “oferta de pago” significa un renovado argumento para la tesis que sostengo, pues el contrato no es más que una oferta aceptada.

5.6.4.3 Incertidumbre sobre la persona del acreedor

Cuando el deudor tiene incertidumbre sobre quién se encuentra legitimado para recibir el pago, o bien tiene inseguridad

sobre la persona del legitimado pasivo del pago, puede acudir a la consignación judicial.

5.6.4.4 En general, cuando media incerteza sobre la eventual eficacia del pago

Colmo acusó al art. 757 del Código Civil derogado⁴⁷⁷ de ser excesivamente casuista y defectuoso por prescindir de diversas situaciones jurídicas. Planteó que debía entenderse que la consignación procede “en todos los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido”, en seguimiento del art. 372 del Código Civil alemán (BGB).

“Tal es la situación: el deudor quiere liberarse, y halla que circunstancias de hecho (la negativa o la ausencia del acreedor, etc.) o de derecho (incapacidad del acreedor, etc.) se lo impiden. Como no es posible que esa situación perdure, pues redundaría en su daño (se ve obligado a cargar con lo debido, cuyos riesgos siguen de su cuenta, etc.), es menester echar mano de un recurso que haga efectivo el derecho que tiene de «de obtener la liberación correspondiente»...”⁴⁷⁸.

La propuesta de Colmo fue seguida por la mayoría de la doctrina autoral, con el objeto de dotar de suficiente amplitud al instituto.

Acaso sea más correcto aludir a la imposibilidad de efectuar un pago “eficaz” y no únicamente “válido”, pues ésta es una expresión muy acotada que podría mover a pensar en supuestos

⁴⁷⁷ Art. 757: “La consignación puede tener lugar: 1° Cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por deudor; 2° Cuando el acreedor fuese incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quisiera hacerlo; 3° Cuando el acreedor estuviese ausente; 4° Cuando fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago, y concurrieren otras personas a exigirlo del deudor, o cuando el acreedor fuese desconocido; 5° Cuando la deuda fuese embargada o retenida en poder del deudor, y éste quisiera exonerarse del depósito; 6° Cuando se hubiese perdido el título de la deuda; 7° Cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, quisiera redimir las hipotecas con que se hallasen gravados”.

⁴⁷⁸ COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, §626, p. 444.

que urgidos por la consignación no encuentren cobertura legal suficiente.

5.6.5 Procedencia

Como ya se advirtió, el art. 904 no hace tema con los “casos en que procede la consignación”, sino únicamente con los presupuestos para hacerla efectiva.

Ese vacío puede completarse con reglas muy simples que ya aparecían en el art. 840 del Proyecto de 1998: “*Procedencia*. En las obligaciones de dar, y en las obligaciones de hacer en las que el deudor debe procurar al acreedor cierto resultado concreto consistente en una cosa, el deudor, o quien tiene derecho a pagar, está facultado a hacerlo por consignación judicial...”.

Dicho con otras palabras, y de manera coherente con la naturaleza jurídica bifronte que le adjudiqué al pago, la consignación es posible cuando el pago reviste el carácter de acto jurídico bilateral, concretamente contractual (obligaciones de dar o de hacer de actividad con resultado materializado) y carece de sentido si el pago asume las características de un acto jurídico unilateral (obligaciones de hacer de pura actividad y obligaciones de no hacer). ¿O acaso puede consignarse una pura actividad o una mera abstención?

En el decir de Colmo:

“...la consignación no se concibe sino donde quepa la entrega de algo, de una cosa u objeto, en que no encuadran ni el hacer ni el no hacer”⁴⁷⁹.

5.6.6 Requisitos

El art. 905 preceptúa: “El pago por consignación está sujeto a los mismos requisitos del pago”. Es cierto que los elementos atinentes a los sujetos de pago deben satisfacerse para que la

⁴⁷⁹ COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, cit., §644, p. 456.

consignación alcance viabilidad, pero ello no ocurre con respecto a los requisitos referidos al objeto.

Las directivas sobre la identidad y la integridad del pago⁴⁸⁰ deben satisfacerse ineludiblemente; la puntualidad si media mora no podrá plasmarse; y la localización nunca se alcanzará, pues el deudor consignará la prestación ante el juez.

5.6.7 Forma

El art. 906 del Código Civil y Comercial se ocupa de la forma de la consignación y norma: “El pago por consignación se rige por las siguientes reglas: a) si la prestación consiste en una suma de dinero, se requiere su depósito a la orden del juez interviniente, en el banco que dispongan las normas procesales; b) si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y éste es moroso en practicar la elección, una vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla; c) si las cosas debidas no pueden ser conservadas o su custodia origina gastos excesivos, el juez puede autorizar la venta en subasta, y ordenar el depósito del precio que se obtenga”.

El artículo, cuya fuente es el art. 799 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, omite cómo se satisfacen por consignación las de obligaciones de dar cosas ciertas.

En cambio, el Código Civil derogado sí contenía disposiciones al respecto. El art. 764 preceptuaba: “Si la deuda fuese de un cuerpo cierto, que deba ser entregado en el lugar en que se encuentre, el deudor deberá hacer intimación judicial al acreedor para que lo reciba; y desde entonces la intimación surte todos los efectos de la consignación. Si el acreedor no lo recibe, la cosa debida puede ser depositada en otra parte con autorización

⁴⁸⁰ Con relación a la integridad del cumplimiento por consignación, el art. 908 indica: “Deudor moroso. El deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación”.

judicial”; y el art. 765 reglaba: “Si la cosa se hallase en otro lugar que aquel en que deba ser entregada, es a cargo del deudor transportarla a donde debe ser entregada, y hacer entonces la intimación al acreedor para que la reciba”.

Un sector extendido de la doctrina interpretaba que si bien el art. 764 se refería a las cosas muebles, la solución era analógicamente aplicable a los inmuebles⁴⁸¹.

El Proyecto de 1998 contenía una disposición genérica referida a la consignación de las cosas ciertas, sin matizaciones. El art. 844 señalaba que para que proceda la consignación judicial era necesario el previo depósito de lo debido y, en su inc. b), aclaraba: “Si se trata de una cosa cierta, en manos del deudor o de un tercero, poniéndola a disposición del acreedor. El tribunal puede resolver el cambio del depositario y, si no es posible conservar la cosa debida, o su depósito origina gastos excesivos, ordenar su venta en subasta, cuyo producido subroga a la cosa”.

La ausencia de una norma expresa en el Código Civil y Comercial acerca de cómo se consigna cuando la obligación implica dar una cosa cierta, no significa que el deudor de esa obligación no pueda liberarse coactivamente. Considero que el *solvens* tiene dos alternativas que armonizan con lo legislado en la materia: a) presentar una demanda de consignación para que se intime al acreedor a recibir la cosa; b) transmitir el *corpus* de la cosa al tribunal, por ejemplo, a través de la entrega de las llaves del inmueble.

En última instancia, lo que el deudor debe procurar es poner el inmueble a disposición del acreedor, ya que ello basta para que

⁴⁸¹ BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1955, tomo V, p. 631; TRIGO REPRESAS, Félix A., en *Derecho de las obligaciones*, cit, tomo III, §1553, p. 242-243; AMEAL, Oscar J., en *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1981, tomo 3, p. 570; Véase CNCiv., Sala C, 08/08/1986, “Martínez, Carlos c. Almagro Construcciones, S. A.”, *La Ley* 1987-A, p. 66: “Nada impide que el art. 764 del Cód. Civil, dictado para el caso de cosas muebles, sea aplicado analógicamente a los inmuebles”.

la tradición se tenga por configurada. Recuérdese que la tradición es la entrega del *corpus* de la cosa y una de las vías para alcanzarlo es la posibilidad física de establecer el contacto con el objeto (art. 1922, inc. b), Código Civil y Comercial).

5.6.8 Actitudes que puede asumir el acreedor

El acreedor demandado por consignación puede: a) allanarse a la pretensión del deudor accionante; b) no presentarse al juicio; o c) controvertir los fundamentos que se invocan en la demanda para optar por la vía de la consignación.

El allanamiento del acreedor a la demanda del deudor implica un reconocimiento de los derechos de este último y ello determina que la consignación deba ser declarada procedente.

En cambio, si el acreedor no se presentara al proceso y fuera declarado rebelde, la doctrina se divide entre quienes interpretan que ese estado procesal implica una aceptación tácita de la consignación y quienes sostienen que solo crea una presunción en favor del demandante.

Por último, el acreedor podría presentarse al juicio y controvertir los hechos que el demandante invocara, negar su estado de morosidad, o el derecho a consignar del deudor. Frente a estos supuestos, no es necesario que espere al resultado del juicio para recibir el objeto consignado; puede retirar lo consignado y continuar con el proceso judicial.

5.6.9 Desistimiento del deudor

El deudor puede desistir de la acción planteada con anterioridad a la aceptación del acreedor o a la sentencia que declare la procedencia de la demanda, pues hasta esas oportunidades el objeto consignado por el deudor permanece en su patrimonio.

Pasados esos momentos, el deudor únicamente puede desistir de la acción con la conformidad expresa del acreedor, “quien en ese

caso pierde la acción contra los codeudores, los garantes y los fiadores” (art. 909, Código Civil y Comercial)⁴⁸².

5.6.10 Efectos

Para determinar desde cuándo se extingue la obligación cuya prestación es consignada, el Código Civil y Comercial distingue dos escenarios. El art. 907 norma: “La consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda. Si la consignación es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite”.

Dicho de otro modo, si el acreedor se allana a la pretensión del deudor, o bien la controvierte pero la consignación es declarada válida por reunir los extremos exigibles, la obligación se extingue desde la notificación de la demanda; en cambio, si la demanda presentada fuera defectuosa, pero luego fuera subsanada por el accionante, la extinción de la obligación se producirá cuando se notifique la sentencia que acoge el reclamo.

La primera parte del art. 907 del Código Civil y Comercial tiene como antecedente al art. 800 del Proyecto del Ejecutivo de 1993⁴⁸³, y se aparta de su principal fuente inmediata el Proyecto de 1998. Este último antecedente, proponía en la primera parte del art. 842: “La consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se la efectúa”.

⁴⁸² No se comprende la razón de la ambivalencia “garantes y fiadores”, ya que nadie duda que en el Código Civil y Comercial la fianza es una garantía; la más clásica y clara de las garantías personales.

⁴⁸³ Art. 800: “La consignación no impugnada por el acreedor o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extinguirá la obligación desde el día de la notificación de la demanda”

Lamentablemente, el Código Civil y Comercial –como en tantos otros temas– siguió el criterio minoritario⁴⁸⁴ y desechó el mayoritario, que propiciaba el art. 842 del Proyecto de 1998. El criterio de Código mueve a pensar qué ocurriría ante el supuesto de que el deudor consignara el objeto y posteriormente éste se destruyera. La respuesta legal indicaría que sería el deudor quien debería soportar con las consecuencias dañosas si todavía no se hubiera llevado a cabo la notificación de la demanda. Similar razonamiento podría trazarse con los intereses, los que seguirían corriendo hasta la notificación de la demanda. Claramente, el criterio adoptado no es valioso.

6 DERIVACIONES DE LA TRADICIÓN EN LOS DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS CON INTERVENCIÓN DE COSAS “RIESGOSAS”

6.1 Planteo

En los apartados anteriores abordé al contrato de tradición en su faz extintiva de derechos personales y sus vicisitudes. Ahora me ocuparé de las implicancias de la tradición en el encuadramiento del deber de responder frente a daños causados por inmuebles a terceros extraños a ella.

Si bien la cuestión referida a los daños causados por las cosas, cuantitativamente, se encuentra especialmente vinculada a los muebles, la experiencia muestra que también tiene importantes resonancias prácticas en materia inmobiliaria.

Así, jurisprudencialmente se han resuelto litigios referidos a daños causados por vicios en la construcción⁴⁸⁵; desmoronamiento

⁴⁸⁴ COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, cit., §635, p. 448-450; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., tomo I, §784, p. 583.

⁴⁸⁵ C. Apel. Civ. y Com. de 8a Nominación de Córdoba, 20/11/2003, “Bruno, César M. y O. c. Empresa Constructora Delta”, *LLC*, 2004 (diciembre), p. 1231; C. Apel. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 26/09/2006, “Basabe, Horacio y otra c. Miodyk, Dino y otros”, *LLBA*, 2007 (febrero), p. 67.

de edificios y de mamposterías⁴⁸⁶; mal estado de conservación de inmuebles⁴⁸⁷; demolición de construcciones⁴⁸⁸; pisos resbaladizos⁴⁸⁹ o con pozos⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ C. Apel. Civ. y Com. de Resistencia, Sala III, 20/11/1995, “Galarza, Irma E. y otro c. Supercemento S.A. y otros”, *LLLitoral*, 1997, p. 262 con nota de Luis O. Andorno; C. 1ª Apel. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala II, 02/05/2006, “Espinoza Ross, Juan I. c. Damiani, María E. y otra”, *La Ley*, 2006-D, p. 355 con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi (H.) – *LLBA*, 2006, p. 634 – *RCyS*, 2006-VI, p. 121 - *LLBA*, 2006, p. 863 con nota de Jorge Adolfo Mazzinghi (H.); CNCiv., Sala L, 26/11/2008, “Cian, Martha Ramona y otro c. Empresa Technicals S.R.L. y otros”, *La Ley Online*.

⁴⁸⁷ C. 1ª Apel. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala II, 25/03/1997, “Verdinelli, Emilio c. Consorcio de Propietarios Monoblock G. calle Newton 1125 Barrio Tiro Federal”, *LLBA*, 1998, p. 623; CNCiv., Sala B, 25/10/1999, “Consorcio de propietarios 2625/53 c. Millet y Company Libertad”, *La Ley*, 2000-C, p. 924; CNCiv., Sala L, 05/07/2011, “Cons. de Prop. Avda. Rivadavia 3033 c. Leven S.A. y otros s/ daños y perjuicios derivados de la vecindad”, *La Ley Online*.

⁴⁸⁸ CNCiv., Sala C, 26/04/1983, “Bloomfield, J. A. c. Autopistas Urbanas, S. A. y otros”, *La Ley Online*; C.N. Apel. Esp. Civ. y Com., Sala V, 21/04/1987, “Roldán, Aparicio c. Guarnaccia, Liberato y otro”, *La Ley*, 1989-B, p. 618 – *La Ley*, 1989-C, p. 631 – *DT*, 1987-B, p. 1127 (voto en disidencia del doctor Polak).

⁴⁸⁹ CNAT, Sala VIII, 11/09/1992, “Alegre de Pereyra, Cécica N. c. Pizzería Ogi's”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala E, 13/09/2005, “Torres, Martín O. c. Supermercados Ekono S.A.”, *DJ*, 11/01/2006, p. 80; CNCiv., Sala L, 29/08/2006, “Balsarini, Angela D. c. Lubrimax y otro”, *RCyS*, 2006, p. 1327; CNCiv., Sala F, 02/06/2014, “L. L., A. A. c/ A. D. Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, *La Ley*, 2014-F, p. 486 con nota de Eduardo Néstor Balián – *RCyS*, 2015-I, p. 59; CNCiv., Sala J, 08/04/2015, “Bonzoni, Luisa c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Bs. As. Hospital Ita. y otro s/ daños y perjuicios”, *La Ley Online*.

⁴⁹⁰ C. Apel. Civ. y Com. de Morón, Sala II, 18/05/2000, “C., C. R. c. Comcenter S. A.”, *LLBA*, 2001, p. 1052 con nota de Carolina Martínez Garbino; CNCiv., Sala E, 26/04/2006, “Brenelli, Oscar J. B. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otro”, *DJ*, 04/10/2006, p. 377; CNCiv., Sala J, 09/03/2007, “Peralta, Petrona c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley Online*; CNCiv., Sala C, 14/11/2013, “Chiozza, María Cristina c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *RCyS*, 2014-IV, p. 116; CNAT, Sala VI, 17/03/2015, “Silveti, Jorge Ricardo c. Industria Papelera Sudamericana S.A. y otro s/ accidente - acción civil”, *RCCyC*, 2015 (julio), p. 287.

6.2 Responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas

6.2.1 Naturaleza

El art. 1757 del Código Civil y Comercial dispone que “toda persona” debe responder objetivamente por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas; sin embargo, la amplitud de esa legitimación inicial es contradicha por la norma inmediatamente siguiente, el art. 1758, que atribuye únicamente el deber de responder al “dueño o guardián”⁴⁹¹.

Que la responsabilidad sea objetiva implica que el legitimado pasivo podrá únicamente liberarse del deber de responder si media una causa ajena con aptitud suficiente para fracturar en el nexo causal entre la acción u omisión antijurídica y el daño sufrido por el damnificado, es decir, caso fortuito, hecho de un tercero por el cual no debe responder o hecho del damnificado (arts. 1722, 1729, 1730, 1731, Código Civil y Comercial)⁴⁹².

Para evitar dubitaciones, el Código aclara que no revisten calidad de eximentes “la autorización administrativa para el uso de la cosa (...) ni el cumplimiento de las técnicas de prevención” (art. 1757).

6.2.2 Riesgo o vicio de la cosa: precisiones

Una cosa es riesgosa cuando por su naturaleza, por los medios empleados en su utilización o por otras circunstancias determina el peligro de causar daños.

La peligrosidad de la cosa puede ser estática o dinámica, pues el peligro puede ser propio del accionar de ella o bien puede

⁴⁹¹ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII (Directores del tomo: Pascual Alferillo, Osvaldo Gómez Leo y Fulvio Santarelli), p. 378.

⁴⁹² Quien debe acreditar, por regla, la presencia de una causa ajena es quien la invoca (art. 1734, Código Civil y Comercial).

desencadenarse por un factor externo⁴⁹³. Explica Bustamante Alsina:

“El peligro es una calidad accidental de las cosas. Lo estático es el peligro que la cosa puede llevar en sí, pero no la cosa misma. Las cosas inertes pueden tener normalmente un peligro estático como la pólvora, o no tenerlo, por excepción, si la pólvora estuviese húmeda (...). Lo dinámico es el peligro que las cosas pueden tener en acción, pero no las cosas mismas. Además una cosa normalmente destinada al movimiento (no inerte) puede tener también un peligro estático en el vicio de fabricación o de conservación, que cuando se ponga en movimiento puede manifestarse y ocasionar el daño”⁴⁹⁴.

Por otra parte, una cosa es viciosa cuando presenta un vicio de fabricación, funcionamiento, conservación o información, que la tornan impropia para su destino.

Se polemiza acerca de si el riesgo y el vicio de la cosa son categorías del deber de responder diferentes⁴⁹⁵ o si tienden a coincidir⁴⁹⁶. Pienso con Trigo Represas que si bien los vocablos

⁴⁹³ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5° edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, §1041 y ss., pp. 359 y ss.; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo II, p. 121.

⁴⁹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., §1045, pp. 360-361.

⁴⁹⁵ ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970, §75, pp. 201-203. Para el autor en la responsabilidad por vicio de la cosa, a diferencia de la proveniente por riesgo de la cosa, existe un trasfondo de factor de atribución subjetivo, y piensa que son distintos los efectos que una y otra categoría producen. Ver también: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “Daños con las cosas y por el riesgo o vicio de la cosa”, en *JA*, 1983-IV, p. 642.

⁴⁹⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., §1048, p. 361; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de las obligaciones*, cit., tomo IV-A, §2636, p. 613; BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981, p. 270, en nota 18; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (Director) y ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., tomo 5, pp. 459-460; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, cit., tomo II, p. 126; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil por

“riesgo” y “vicio” son gramaticalmente distintos, el “riesgo” desde el punto de vista técnico jurídico es una noción genérica que comprende al “vicio”.

“...habría bastado con aludir en el texto legal a la responsabilidad por el ‘riesgo’ de la cosa; riesgo consistente en incorporar al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización (...) será peligrosa por su naturaleza, la cosa que presente un ‘vicio’ apto o idóneo para provocar por sí solo situaciones de peligro de daños para terceros”⁴⁹⁷.

6.2.3 Dueño o guardián: delimitación conceptual

La doctrina en general sostuvo que el concepto de “dueño” no ofrece mayores dificultades, pues se trataría del titular del derecho de dominio sobre una cosa⁴⁹⁸.

Sin perjuicio de la rectitud de ese pensamiento, considero que esa conceptualización resulta estrecha, ya que no es descartable que quien resulte finalmente responsable sea titular de otro derecho real sobre objeto total o parcialmente propio (condominio, propiedad horizontal, cementerio privado y superficie cuando

riesgo o vicio de la cosa”, *La Ley*, 1989-E, p. 8; ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII (Directores del tomo: Pascual Alferillo, Osvaldo Gómez Leo y Fulvio Santarelli), p. 381; CALVO COSTA, Carlos A. *Derecho de las obligaciones*, cit., tomo 2, p. 304.

⁴⁹⁷ TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa”, op. y loc. cit.

⁴⁹⁸ Así, por ejemplo, se dice: “La figura del dueño no exhibe mayores dificultades y revestirá esa condición el titular del derecho real de dominio, según las disposiciones general del Código (...) o las normas especiales, por ejemplo en materia de inscripción de automotores (arts. 1° y 2°, decreto 6582/58, t. o. ley 22.977) o de propiedad de otros muebles registrables, como los propietarios de caballos de pura sangre (art. 1°, ley 20.378) (GALDÓS, Jorge M., en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo VIII, p. 592).

recae sobre lo construido, plantado o forestado⁴⁹⁹). Excluyo del análisis a los titulares de derechos reales sobre objeto ajeno, pues ellos podrán encuadrarse bajo la noción de guardián. De allí que considero que el vocablo “dueño” –en esta temática– debe captarse con el alcance de titular de derecho real sobre objeto total o parcialmente propio.

Con relación a la guarda, el art. 1758 cuando menciona “el uso” se ubica en la noción de “guarda material”; cuando alude a “la dirección y el control” endereza la atención a la “guarda jurídica”; y al apuntar a “quien obtiene un provecho” aparece la “guarda provecho”⁵⁰⁰.

La titularidad del derecho real sobre objeto total o parcialmente propio (“dueño”) y la guarda pueden reunirse en la misma persona, pero es posible que esas calidades se encuentren esparcidas en diferentes personas, incluso entre diversos titulares de derechos reales. De allí la importancia de las categorizaciones. Piénsese, por ejemplo, en la constitución de un derecho real de

⁴⁹⁹ Excluyo al tiempo compartido como derecho real sobre objeto propio, a pesar de la calificación legal del art. 1888, en atención a las siguientes reflexiones que emití con Jorge H. Alterini: “La afectación a tiempo compartido debe ser realizada por el titular del dominio (art. 2090) o por extensión los condóminos actuando en conjunto, y tal afectación no los priva de la titularidad de los objetos que integran el derecho (art. 2088), pues esa titularidad no se traslada a los adquirentes usuarios del tiempo compartido. Tal derecho tiene como contenido las facultades de usar, gozar y disposición jurídica (ver glosa al art. 2095). En ese contexto no se configura ningún derecho real sobre objeto propio, ya que recaerá sobre los objetos de titularidad de quien realice la afectación” (en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo X [Director del tomo: Nelson G. A. Cossari], p. 79).

⁵⁰⁰ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo VIII (Directores del tomo: Pascual Alferillo, Osvaldo Gómez Leo y Fulvio Santarelli), p. 391. Sobre las diferentes conceptualizaciones del guardián, véase TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo III, pp. 373 y ss.

usufructo; el nudo propietario será responsable en virtud de su calidad de “dueño” y el usufructuario lo será debido a su calidad de “guardián”.

6.2.4 Obligación concurrente de reparar el daño

Los legitimados pasivos son obligados concurrentes de reparar el daño (art. 1758, Código Civil y Comercial), pues si bien el acreedor le puede reclamar “el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente” (art. 851, inc. a], Código Civil y Comercial), las fuentes del deber de responder de ellos reconocen diferentes realidades (art. 850, inc. b], Código Civil y Comercial)⁵⁰¹.

6.3 La tradición contribuye en la determinación del responsable

Es sabido que la entrega del *corpus* es indispensable para integrar el derecho real sobre inmueble total o parcialmente propio que se ejerce por la posesión, pues antes de la tradición no se provoca la mutación jurídico real. Por otra parte, también la tradición cumple un rol relevante en la determinación de la guarda material de la cosa.

Por esas consideraciones, no es suficiente que una persona invoque el título del derecho real (por ejemplo, una compraventa) o del derecho personal (por ejemplo, una locación) para demostrar que transmitió la titularidad del derecho sobre la cosa o la guarda de ella. Antes de la tradición, que posibilita la relación real con la cosa, no habrá transmisión de derecho real ni de guarda.

⁵⁰¹ El criterio de la fuente de la obligación es la nota fundamental para distinguir a las obligaciones concurrentes de las solidarias, pues mientras estas últimas responden a una “causa única” (art. 827, Código Civil y Comercial), en las concurrentes el deber de responder de los deudor es en virtud de “causas diferentes” (art. 850, Código Civil y Comercial).

¿Quién deberá demostrar que se efectuó la tradición de la cosa? La definición legal es clara, quien estaba obligado a efectuarla, es decir, el *tradens*⁵⁰².

Un supuesto que puede suscitar alguna dubitación es el siguiente: se otorga un título suficiente para transmitir un derecho real, por ejemplo el de dominio, y ese título se inscribe en el registro para su oponibilidad a terceros interesados y de buena fe, pero no se realiza la tradición de la inmueble y se produce un daño a un tercero por el riesgo de la cosa.

Si bien el derecho real todavía no se habría transmitido corresponde preguntarse si el damnificado podría accionar contra quien aparece como dueño en el registro, pero que en rigor no lo es. Pienso que no debe extenderse la responsabilidad a quien no es titular del derecho real aunque la realidad registral lo desmienta, simplemente porque desde la técnica jurídica no reviste la calidad de “dueño”. En definitiva, el registro se encontraría publicitando un derecho real que nunca nació en cabeza del titular registral. El art. 1893 del Código Civil y Comercial menta que la adquisición o transmisión de derechos reales “...constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código [léase, cumplimiento del título y el modo suficientes] no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.” Es decir, la publicidad sirve a la oponibilidad de las mutaciones jurídico reales. Difícilmente pueda oponerse al tercero, o ser invocada por éste, una mutación que no ha ocurrido.

Acaso pueda pensarse que quien figurara en el registro ostentará, en este caso, legitimación pasiva procesal, mas no sustancial.

Por otra parte, puede imaginarse la situación en que la concurrencia del título y el modo suficientes sí se presenta, pero no se exterioriza registralmente la mutación jurídico real.

⁵⁰² Véase Cap. III, §5.5.

Ahora bien, ¿el damnificado podrá demandar a quien todavía aparece en el registro como titular del derecho aunque no lo sea?

Recordemos que el art. 1893 dispone que las mutaciones jurídico reales son inoponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no adquieran publicidad suficiente. Y por publicidad suficiente entiende a "... la inscripción registral o la posesión, según el caso." Además dispone *in fine*: "No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real."

Es decir que, a menos que exista publicidad suficiente (ya registral, ya posesoria), o el damnificado fuera de mala fe, por conocer o deber conocer, esa transmisión le sería inoponible y, por tanto, podría endilgarle responsabilidad al subsistente titular registral (art. 1893, Código Civil y Comercial).

Obviamente, que el titular registral condenado podrá repetir lo pagado contra el titular "real", pero esa relación interna le es intrascendente a la víctima⁵⁰³.

Entiendo que aunque tal mutación no le sea "oponible" al damnificado (salvando los supuestos mencionados), no quiere decir que ésta no sea "invocable" por él.

El Proyecto de 1998 era claro al disponer en su art. 2157, bajo el epígrafe "invocabilidad", que "los terceros interesados de buena

⁵⁰³ Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (Director) y ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador), *Código Civil y leyes complementarias*, cit., tomo 5, p. 464; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, cit., tomo II, p. 80. Este último autor señala: "Tratándose de inmueble, debe ser considerado dueño, a los fines de responder frente a la víctima por los daños causados por la cosa, quien figure inscripto como titular registral (...). Este no puede pretender exonerarse de responsabilidad civil frente a la víctima aduciendo que ha enajenado el bien a un tercero, en virtud de una escritura pública no inscripta, seguida de la correspondiente tradición, dado que dicha transmisión es inoponible al damnificado". Es, también, el criterio de la jurisprudencia: CNCiv., Sala D, 06/02/2003, "Sánchez, Lidia y otro c. Torrez Sierra, Joaquín y otros", *RCyS*, 2004, p. 780.

fe pueden invocar contra su titular la adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, aunque no se las haya inscripto”. Lógicamente al invocar la mentada mutación, estaría reconociendo la falta de responsabilidad de quien figura en el registro, pues le desconocería la calidad de titular del objeto.

CAPÍTULO IV

INTEGRACIÓN DEL DERECHO REAL

1 DUALISMO ENTRE LOS DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS LOS REALES

1.1 Concepción clásica: origen histórico

En el derecho romano primitivo no se visualizaron distintas categorías de derechos, ya que únicamente existía el poder del *pater familias* sobre todas las personas y cosas que le estaban sometidas. Así como cuando alguien tenía un derecho sobre una cosa se dirigía directamente a ella para ejercitarlo, de igual manera lo hacía directamente sobre la persona del deudor en virtud del *nexum*, en razón del cual el deudor quedaba sometido al acreedor⁵⁰⁴.

Con la sanción de la ley *Poetelia Papiria* (326 o 313 A.C.), la cual abolió el régimen contractual del *nexum*, aparece el germen del deslinde conceptual entre los derechos reales y personales. La ejecución, que durante la vigencia del *nexum* se entablaba contra la persona, comenzó a promoverse contra el patrimonio.

Sin embargo, la clasificación de los derechos reales y personales no aparece explícitamente en Roma, pero sí implícitamente a través de la regulación de las acciones.

En el marco del procedimiento formulario se patentizó la distinción entre las acciones reales y las personales, y esta

⁵⁰⁴ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 22.

clasificación respondía a los diversos perfiles que podía asumir la *intentio*, que era el derecho pretendido por el demandante. En las acciones personales se individualizaba una persona determinada y en las acciones reales no se particularizaba a nadie⁵⁰⁵.

Sin embargo, el pensar que detrás de una acción real había un derecho real, y detrás de una acción personal existía un derecho personal, no era romano, pues esta dicotomía apareció recién en la Edad Media con los glosadores, quienes postularon el *ius ad rem* (derecho a la cosa) y el *ius in re* (derecho sobre la cosa)⁵⁰⁶.

Mientras que los romanos escindieron conceptualmente el derecho de la acción, de manera que una persona podía tener un derecho, pero carecer de una acción para hacerlo valer, o podía exhibir una acción sin correspondencia con un derecho, los glosadores dedujeron que, si el ordenamiento jurídico le otorgaba una acción a una persona, era porque tenía un derecho, ya real, ya personal⁵⁰⁷.

Las denominaciones *ius in personam* (derecho personal) y *ius in rem* (derecho real) no aparecen en los textos romanos, sino que han sido encontradas por primera vez en el *Brachylogus* o *Corpus Legum*, respecto del cual se dice que fue redactado en Lombardía entre los siglos XI y XII⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Enseñó Gayo que la *actio in personam* "...es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir cuando reclamamos 'QUE SE NOS DEBA DAR, HACER O PRESTAR ALGO'" (IV, 2), y que la *actio in rem* "...es aquella por la cual reclamamos que una cosa corporal es nuestra, o que nos compete un 'ius' determinado (...)" (IV, 3) (GAYO, *Institutas*, cit., IV. 2 y IV.3, en pp. 623-624).

⁵⁰⁶ Véase DI PIETRO, Alfredo, en *Institutas*, cit., p. 624.

⁵⁰⁷ Véase ALTERINI, Jorge H., "Supervivencia del dualismo derechos reales y derechos personales", *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, VIII-16 – enero-junio de 1966– pp. 123 y ss.

⁵⁰⁸ Véase RIGAUD, Luis, *El derecho real*, trad. por J. R. Xirau, Madrid, Reus, 1928, p. 60. Dice el autor: "No parece, en fin, que fuesen los glosadores los primeros en emplear la expresión de «jus in re» (...). Se encuentra empleada en un sentido muy general en una obra que de ordinario se considera anterior a los trabajos de los glosadores, y que se cree del final del oncenio o al principio del

Desde las enseñanzas romanas teorizadas por los glosadores se consideró al derecho real como un poder jurídico que supone una relación directa entre un titular y un objeto, y al derecho personal como una relación jurídica entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), quien debe realizar determinada prestación (objeto) en favor de aquel.

1.2 Doctrinas negatorias del dualismo

1.2.1 Introducción

Ante la concepción dualista clásica se elaboraron diversas doctrinas con la finalidad de difuminar el distingo entre los derechos reales y los derechos personales, ya sea por considerar que todos los derechos son personales (teoría unitaria personalista), o bien por pensar que todos los derechos son reales (teoría unitaria realista).

1.2.2 Teoría unitaria personalista

Los partícipes de la teoría unitaria personalista señalan que el derecho siempre importa una relación entre personas. Para esta tesis, los derechos reales no serían más que derechos personales cuya prestación se concretaría en un deber de abstención a cargo de todos los miembros de la comunidad: respetar los derechos de los otros.

Si bien se le suele atribuir la paternidad de esta teoría a Planiol, lo cierto es que ya en el año 1797 Kant, en su obra “Principios metafísicos del derecho”, sostuvo que el derecho implica siempre una relación entre personas y que a todo derecho le corresponde un deber. El filósofo calificó de “absurdo” apreciar una relación jurídica entre una persona y una cosa. Concretamente, postuló:

“Cuando declaro (de palabra á de hecho) que una cosa exterior sea mía, advierto *ipso facto* á todo el mundo que debe respetar el objeto de mi arbitrio; obligación que nadie tendría sin este acto

doceno siglo; se trata se del famoso «Corpus legum sive Brachylogus juris civiles»”.

jurídico por mi parte. Pero esta pretensión implica al mismo tiempo el reconocimiento de la obligación en que recíprocamente me encuentro de abstenerme de la cosa exterior de los demás; porque esta obligación resulta de una regla general de la relación jurídica exterior. No tengo, pues, obligación de respetar lo suyo jurídico exterior de otro, si no tengo garantía suficiente de que él se abstendrá igualmente y por el mismo principio de tocar á lo que me pertenece. Pero esta garantía no necesita ningún acto de derecho particular; va ya comprendida en la noción de una obligación jurídica exterior, á causa de la universalidad, y por consiguiente también de la reciprocidad de la obligación en virtud de una regla general (...). Es, pues, absurdo suponer la obligación de una persona respecto de una cosa y recíprocamente, aunque sea muy admisible hacer sensible una relación jurídica mediante esta imagen (...). Es claro (...) que un hombre que existiera completamente solo sobre la tierra no podría propiamente tener ni adquirir nada exterior como suyo, porque entre él como persona, y todas las otras cosas exteriores como cosas, no cabe la menor relación de obligación. No hay, pues, propiamente hablando, ningún derecho (directo) á una cosa; pero se llama así lo que corresponde á uno respecto de una persona que está en comunidad de posesión (en estado de sociedad) con todas las demás”⁵⁰⁹.

Ideas semejantes fueron expuestas por Ihering, Warkönig, Ahrens, Merkel, Dernburg, Thon, Windscheid, Ortolán, Mackeldey, Marcadé y Roguin. Este último autor señaló que toda relación jurídica se configura entre personas y que, mientras el sujeto activo siempre está individualizado, el pasivo puede estarlo (derecho relativo) o bien estar conformado por todos los integrantes de la comunidad (derecho absoluto)⁵¹⁰.

Esta teoría fue luego desarrollada en el año 1900 por Michas, discípulo de Planiol, en su tesis: “El derecho real considerado como

⁵⁰⁹ KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, traducción de G. Lisarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1873, pp. 77-78, 86-87.

⁵¹⁰ Véase ALTERINI, Jorge H., “Supervivencia del dualismo derechos reales y derechos personales”, op y loc. cites.

una obligación pasiva universal”⁵¹¹. La tesis propone concebir al derecho real como un derecho personal en el que los sujetos pasivos serían los integrantes de la comunidad, quienes estarían obligados a la satisfacción de una prestación consistente en un no hacer.

Puig Brutau alerta que, a diferencia de lo que ocurre en los países de tradición romanista, en el derecho anglosajón la teoría personalista se manifiesta espontáneamente, y cita a Morris Cohen cuando dice:

“...un derecho de propiedad no constituye una relación entre un dueño y una cosa, sino entre el dueño y los demás individuos con referencia a las cosas. Un derecho siempre se da contra uno o varios individuos”⁵¹².

Acaso haya sido Freitas en su “Consolidación de las leyes civiles” de 1857 quien con mayor vigor estudió y contrarrestó la teoría cuya paternidad fue erróneamente atribuida a Planiol, incluso con anterioridad a que este autor la expusiera⁵¹³.

⁵¹¹ Ya Vélez Sarsfield en el Código Civil derogado aludía a una “obligación pasiva general”. Así, en su nota al art. 2507, al referirse al dominio internacional, postuló: “Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales, es exactamente aplicable al dominio internacional, o propiedad de Estado a Estado. No consiste en una relación especial de acreedor y de deudor entre una nación y otra, sino en una obligación general de todas las naciones, obligación pasiva, como toda la que es relativa a los derechos reales, obligación de inercia, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno”.

⁵¹² PUIG BRUTAU, José *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., tomo III, Vol. I, 1971, pp. 10-11.

⁵¹³ Dice Freitas: “La condición distintiva de los derechos absolutos es que su correspondiente obligación [aclara que no se refiere a la obligación del derecho civil], afecta la masa entera de las personalidades con las cuales el agente de derecho pueda estar en contacto. La cualidad propia de los derechos relativos, a la inversa, es la de recaer su peculiar obligación sobre personas ciertas y determinadas. En el primer caso la obligación es negativa, consiste en la inacción, esto es, en la abstención de cualquier acto que pueda estorbar al derecho. En el segundo caso, la obligación es positiva y consistente en un hecho o prestación necesaria de la persona obligada [aclara que no se refiere a la obligación del

Los postulados de la teoría unitaria personalista se pueden replicar con los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, la imposibilidad de la existencia de una relación entre una persona y una cosa, con independencia de la existencia de otras personas, no significa que el ordenamiento jurídico no pueda garantizar el ejercicio de ciertas facultades de la persona sobre una cosa, pues el derecho real no consiste únicamente en la posibilidad de excluir interferencias extrañas, sino que se concretiza fundamentalmente en la obtención de las ventajas directamente del objeto. El deber de abstención de la comunidad está orientado a esa finalidad⁵¹⁴.

b) La mentada obligación pasiva universal no es una obligación en sentido técnico. Si bien se advierte la necesidad jurídica de respetar los derechos de los otros, la obligación no sería la expresión técnica. Savigny señaló que reconocer el derecho real de otro es lo opuesto a la obligación y sostuvo que esta teoría “es errónea y censurable”⁵¹⁵.

En rigor, la apuntada obligación pasiva universal no es más que un reflejo del principio general del no dañar a otro, indispensable

derecho civil]. Ese hecho o prestación puede ser también como en el primer caso una abstención pero con una notable diferencia. La inacción indispensable a la efectividad de los derechos absolutos nunca induce a la privación de un derecho de parte de aquellos a quienes la obligación incumbe; esa inacción es necesaria para la coexistencia de los derechos de todos, o de otro modo, es el justo límite de los derechos de cada uno. Cuando, pues, los derechos personales corresponden a una obligación de no hacer, o de abstención, la persona obligada se priva del ejercicio de un derecho que tenía y que voluntariamente renunció en favor del agente del derecho” (cits. por GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit., pp. 38-39).

⁵¹⁴ LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de derecho civil*, cit., tomo III, Vol. I, p. 10.

⁵¹⁵ SAVIGNY, *Le droit des obligations*, deuxième édition, traducido del alemán y con notas de C. Gerardin y Paul Jozon, Paris, tomo I, 1873, pp. 14-16.

para que en la vida en comunidad gobierne el debido respeto por los derechos de los semejantes⁵¹⁶.

Repárese en que en la aludida obligación pasiva universal los pretendidos sujetos pasivos no se privan de nada, sino que únicamente deben respetar los derechos ajenos sin entrometerse en esas órbitas. En cambio, en la obligación de no hacer en sentido técnico, el deudor sí se priva de un derecho que —de no existir la relación obligacional— podría ejercitar.

c) Por otra parte, corresponde tener presente que el deber de respeto de los derechos de los demás integrantes de la comunidad no se presenta únicamente con relación a los derechos reales y a los demás absolutos, sino que también en los personales.

El deudor en una relación jurídica obligacional también tiene derecho a satisfacer la prestación debida sin que terceros extraños al vínculo puedan impedirlo. Piénsese, por ejemplo, en un empresario que induzca a incumplir un contrato que liga a un competidor suyo con un proveedor común.

Significa que en los derechos creditorios convive el deber de respeto de los sujetos extraños a la relación jurídica con una obligación en sentido técnico a cargo del sujeto pasivo determinado o determinable.

1.2.3 Teoría unitaria realista

También con criterio unitario se postula que todos los derechos patrimoniales son derechos reales. Se ha pretendido aludir a los derechos personales como una relación entre patrimonios y no como un vínculo entre personas. Así como el derecho real implica una relación de una persona con un objeto, generalmente una cosa, para este criterio, el derecho personal importaría una relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor. Se suele invocar a favor del este

⁵¹⁶ ALTERINI, Jorge H., “Supervivencia del dualismo derechos reales y derechos personales”, op. y loc. cit.

criterio la regla según la cual el patrimonio del deudor constituye la garantía común de sus acreedores.

El fundamento de este criterio se asienta en las ideas de Saleilles acerca de la pretendida despersonalización del crédito, en el sentido de que en las obligaciones sería más importante la prestación en sí que las condiciones personales de los sujetos vinculados.

Gaudemet postula que el derecho personal ya no es un derecho sobre la persona, sino un derecho sobre los bienes de la persona, y que la única diferencia con el derecho real es que no recae sobre una cosa determinada, sino que involucra la totalidad de un patrimonio. Jallu, al objetar la tesis que sostiene que los sucesores son la continuación de la persona del causante, insiste en que los derechos creditorios son derechos sobre las cosas, con fundamento en que se habría desplazado el centro de gravedad de la obligación: del sujeto al objeto. Para Gazín el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto sobre el que recae⁵¹⁷.

Estas ideas no tuvieron gran suceso. Ni siquiera quienes advirtieron la posibilidad de que todos los derechos en cierto sentido fuesen reales estaban demasiado convencidos de ello. Rigaud en su obra “El derecho real” trató las opiniones expuestas, y al criticarlas les brindó una gran difusión.

Con posterioridad a esa obra pocos autores se mostraron permeables a estas ideas. Sí las receptaron Rocco, para quien el derecho de crédito constituiría sustancialmente un derecho real de prenda, y Pacchioni, quien sostuvo que el derecho personal sería un derecho real de garantía *sui generis*⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Véase RIGAUD, Luis, *El derecho real*, cit., pp. 331-333.

⁵¹⁸ Véase PENA LÓPEZ, José M., *Concepto del derecho real*, Tórculo ediciones, 1998, pp. 216-257. Este autor explica que Rocco y Pacchioni, “...guiados por esta concepción puramente material del derecho de crédito, radican su esencia en los poderes que se proyectan sobre objetos que permiten su realización material: los que en el crédito se vierten, no sobre el comportamiento del deudor, sino sobre su patrimonio; cuya sujeción a aquellos constituye lo que estos autores entienden

El criterio es objetable por diversas razones:

a) Únicamente considera el momento anormal de la obligación: su incumplimiento⁵¹⁹.

Los bienes que integran el patrimonio del deudor cumplen una función de garantía potencial de los créditos de los acreedores, la que se materializa frente al incumplimiento del deudor (arts. 242 y 743, Código Civil y Comercial).

Sin embargo, la regla es que el deudor ejecute voluntariamente la prestación a su cargo y, en este caso, esa potencialidad de contacto del deudor con los bienes del acreedor no se efectivizaría.

Frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede agredir su patrimonio por las vías ejecutivas y embargar sus bienes, pero este derecho real procesal que sobreviene no significa que la relación originaria sea propia de un derecho real.

Por otra parte, si un tercero satisface la deuda del deudor de una relación obligacional, el acreedor tampoco llegará a contactarse con los bienes del deudor, quien estará ahora vinculado con el tercero que ejecutó la obligación, con sus reglas propias (art. 882, Código Civil y Comercial).

b) El patrimonio del deudor no se encuentra especialmente afectado al cumplimiento de la obligación. Si el patrimonio del deudor fuera el objeto del derecho creditorio, la experimentación de deterioros patrimoniales que determinen la insolvencia del deudor debería significar la extinción del derecho; sin embargo, el crédito subsiste aun frente la impotencia patrimonial del deudor.

En cambio, en los derechos reales, la destrucción del objeto, por regla, significa la extinción del derecho (art. 1907, Código Civil y Comercial).

por responsabilidad patrimonial (...) la que hace referencia a la realización del valor" (p. 258).

⁵¹⁹ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit, p. 43.

c) No es admisible la despersonalización del derecho creditorio sobre cuya base se fundamenta la doctrina unitaria realista. Hace a la esencia de los derechos creditorios la persona del deudor, que, lejos de ser indiferente al acreedor, es de cabal importancia para él, y a menudo el elemento decisivo para dar nacimiento a la relación jurídica.

Las condiciones personales del deudor tienen su máxima gravitación en las obligaciones de hacer y de no hacer, y se convierten en determinantes en las denominadas obligaciones *intuitu personae*, que excluyen el cumplimiento por terceros (art. 881, Código Civil y Comercial).

Por otro lado, no lograría explicar la razón por la cual la cesión de deudas precisa del consentimiento del acreedor para la liberación del deudor.

1.2.4 Otras teorías

Demogue, pretendiendo diluir la distinción entre derechos reales y derechos personales, advierte que únicamente puede aludirse a derechos que en su ejercicio son más cómodos o menos cómodos. Bajo esa concepción, los derechos reales, al exigir solamente el cumplimiento del deber genérico de no dañar de los terceros en general, serían más cómodos que los personales, en los que también requerirían de la colaboración activa del deudor para satisfacer la prestación. Además, califica a los derechos en fuertes o débiles. Los derechos reales serían fuertes por su oponibilidad generalizada, en tanto que los personales serían débiles pues serían eficaces contra persona o personas determinadas⁵²⁰.

La teoría institucionalista inspirada en Hauriou y Renard, y a propósito de los derechos reales, también por Rigaud, sostiene que por imperio de intereses superiores de la comunidad existen ciertos ámbitos institucionales que están sometidos a la autoridad del

⁵²⁰ DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales de droit privé*, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1911, pp. 401-443.

Estado, debiendo los particulares sujetarse a sus designios (relaciones de subordinación). Y que habría otro ámbito reservado a la autonomía de la voluntad (relaciones de coordinación). Con esas premisas, los derechos reales se ubicarían en el ámbito institucional y los derechos personales estarían fuera de él⁵²¹.

Para Ginossard todos los derechos que componen el patrimonio de una persona son derechos de propiedad. Señala que los bienes que integran el patrimonio pueden ser corporales o incorporeales y que en esta última especie se encontrarían los derechos relativos e intelectuales. Y dentro de los derechos relativos, dice el autor, se hallarían los derechos reales, personales y los mixtos. Asimismo, reserva la designación “derecho real” para aquellos que son sobre objeto propio del titular, pues en los denominados “derechos reales sobre objeto ajeno” la cosa no sería el objeto del derecho, sino el medio para determinar la persona del sujeto pasivo. En síntesis, la teoría de Ginossard reposa sobre dos ideas centrales: por un lado, la generalización del derecho de propiedad, incluso sobre bienes incorporeales, y, por el otro, la noción de derecho real sobre cosa ajena entendido como derecho relativo, en razón de que el titular del derecho real puede exigir un prestación determinada⁵²².

1.2.5 Inexistencia de un sujeto pasivo determinado en los derechos reales

Debe ponderarse la desviada interpretación de algún sector de la doctrina que sostuvo la posibilidad de la existencia de un sujeto pasivo determinado en los derechos reales.

Así, postuló que en los derechos reales sobre objeto ajeno sería sujeto pasivo determinado el titular del dominio gravado con alguno de esos derechos; verbigracia, en el usufructo, el sujeto pasivo

⁵²¹ Véase por todos RIGAUD, Luis, *El derecho real*, cit., pp. 246 y ss.

⁵²² GINOSSARD, S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, Librairie générale française, 1960, pp. 185-190.

determinado sería el nudo propietario⁵²³. Incluso, se ha dicho que aun para el dominio es captable ese sujeto pasivo determinado, representado por el anterior titular en virtud de la garantía de evicción, y en el caso de la adquisición de una *res nullius*, por el Estado⁵²⁴. Hasta se procuró encontrar al sujeto pasivo determinado en “los que viven más próximos” al objeto sobre el que recae el derecho⁵²⁵.

La alusión a la existencia de un sujeto pasivo determinado en los derechos reales sobre objeto ajeno es objetable con fundamento en que el titular de ese derecho real sobre objeto propio es un integrante más de la sociedad que debe respetar la titularidad ajena, y bien se ha postulado con relación al titular del derecho real gravado que “...si por su peculiar situación está más expuesto a soportar o en su caso violar el derecho real sobre cosa ajena, ello obedece a una valoración extrajurídica, más propia del orden moral o psicológico”⁵²⁶.

Similar argumentación puede desplegarse para refutar la doctrina que ve al sujeto pasivo determinado en “los que viven más próximos”, ya que, si el titular de un objeto gravado con un derecho real sobre objeto ajeno no se concibe como un sujeto pasivo con mayor determinación que los restantes integrantes de la comunidad, no puede pensarse que sí lo serían las personas que se encuentran próximas al objeto del derecho

⁵²³ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1952, p. 195; DE BUEN, Demófilo, *Derecho civil español común*, 2ª edición, Madrid, 1930/31, tomo I, p. 150; ATARD, Rafael, en el apartado XIV del “Preliminar” al *Tratado de derecho hipotecario alemán*, de Arthur Nussbaum, Madrid, 1929; LEGÓN, Fernando, *Tratado de los derechos reales en el Código y en la Reforma. Tomo V*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1942, p. 67; S. GINOSSAR, *Droit reel, propriété et créance. Elabotarion d'un Systeme rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960, § 45 y sigs., pp. 121 y sigs.).

⁵²⁴ LEGÓN, Fernando, *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma*, cit., tomo V, p. 67

⁵²⁵ ATARD, Rafael, en el apartado XIV del “Preliminar”, op y loc. cit.

⁵²⁶ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit., p. 48.

Tampoco persuade la tesis que percibe el sujeto pasivo determinado en el anterior titular del dominio a través de la garantía de evicción, pues ella deriva del acto jurídico (título suficiente) que integra el proceso de mutación jurídico real, pero nada tiene que ver con el derecho real. Incluso, debe tenerse presente que la garantía de evicción encuentra su cauce cuando el derecho real no fue transmitido, o bien no se lo hizo de acuerdo con lo acordado.

1.3 Concepción moderna del derecho real

La concepción moderna del derecho real procura armonizar la doctrina clásica enraizada en el derecho romano con la teoría unitaria personalista. Esta visión ecléctica, sin prescindir del “aspecto interno” del derecho, que apunta al poder jurídico entre el titular y el objeto, destaca también un “aspecto externo” consistente en el deber de respeto de cada uno de los integrantes de la comunidad, que se traduce en el deber genérico de no dañar.

Es claro que esta visión quiso superar la objeción que se le reprochaba a la teoría clásica: desconocer que las relaciones jurídicas solo se entablan entre personas.

El “aspecto externo” del derecho real permite captar una relación jurídica en *sentido amplio*, pero la relación jurídica en *sentido estricto* recién nacerá cuando el deber jurídico de los terceros de respetar el derecho, o sea del deber genérico de no dañar, sea violado⁵²⁷. Infringido ese deber genérico, nace la obligación resarcitoria que por

⁵²⁷ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 19-20. Comp. GATTI, Edmundo, *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 133- 134; dice el autor: “El objeto de la relación jurídica es la conducta que debe observar el sujeto pasivo con respecto al sujeto activo. Cuando la relación jurídica es relativa, la conducta a observar por el sujeto pasivo puede ser activa o pasiva, pues puede consistir en un hecho positivo o negativo, en una acción o en una omisión. En cambio, cuando la relación jurídica es absoluta, la conducta del sujeto pasivo (sujeto pasivo general o universal) sólo puede ser pasiva, es decir, sólo puede consistir en un hecho negativo, en una inacción u omisión”.

definición supone una relación jurídica entre el causante del daño y la víctima de él.

El reconocimiento de un “aspecto externo” del derecho real no debe perder de vista la vital importancia de su “aspecto interno”, pues —como bien señala Lacruz Berdejo—, si se ponderara exclusivamente al aspecto externo del derecho real, consistente en el deber de abstención de los demás, se haría imposible distinguir un derecho real de otro, dado que “...no sirve para individualizar los diferentes derechos reales, porque caracteriza de igual modo a todos ellos”⁵²⁸.

Por ello, la concepción moderna alcanza una síntesis entre los perfiles interno y externo para que el titular del derecho logre extraer las utilidades del objeto sin intermediación de otro sujeto y para que pueda evitar que los demás interfieran en su relación con el objeto⁵²⁹.

1.4 Comparación

1.4.1 Introducción

Los derechos reales y los derechos personales, en cuanto a su contenido, conforman derechos subjetivos patrimoniales⁵³⁰. Frente a

⁵²⁸ LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de derecho civil*, cit., tomo III, Vol. I, p. 10.

⁵²⁹ Véase ALTERINI, Ignacio E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo VI, pp. 15-16.

⁵³⁰ Existen supuestos que desbordan los moldes clásicos de la patrimonialidad del derecho real. Me refiero a los derechos sobre el cuerpo humano y a la propiedad indígena: Un supuesto muy particular se presenta en materia de derechos sobre el cuerpo humano, ya que su situación desborda las categorías clásicas (...). Otro caso pleno de singularidades es el de la propiedad indígena, pues la relación espiritual y cultural que tienen los Pueblos Indígenas con la tierra, en particular con la tradicionalmente ocupada, deriva en que la lesión a su uso y goce no implique la afectación de derechos exclusivamente patrimoniales, antes bien, se genera necesariamente daño a la persona, más propiamente a su identidad. Ello ha llevado a que se afirme que el aborigen sin tierra no es aborigen. La ubicación del tema dentro del régimen de los derechos reales, de contenido exclusivamente patrimonial, sería antitética con la

esa solitaria semejanza inicial, son múltiples las diferencias que los distinguen y alejan.

1.4.2 Esencia

El derecho personal se configura como una relación jurídica en virtud de la cual una persona (acreedor) tiene la facultad de exigir a otro (deudor) el cumplimiento de una prestación (art. 724, Código Civil y Comercial); en cambio, el derecho real consiste en un poder jurídico, es decir, un complejo de facultades que se ejercen directamente sobre su objeto (art. 1882, Código Civil y Comercial)⁵³¹.

1.4.3 Elementos

La concepción clásica del derecho creditorio se construye sobre la base de tres elementos: sujeto activo (acreedor), sujeto pasivo (deudor) y el objeto (prestación)⁵³²; por el contrario, el derecho real —

naturaleza de la propiedad indígena. La incompatibilidad no es circunstancial, es visceral. Son diferentes las visiones estrictamente patrimoniales e individualistas si se las compara con la profunda relación espiritual de los pueblos indígenas con la tierra; allí consagraron sus vidas los antepasados y los descendientes aspiran a alcanzar su realización humana en un plano esencialmente inmaterial, porque la posesión de la tierra por el indígena preserva su cultura, sus valores, su estilo de vida, siempre con la iluminación de la profunda devoción a la Pachamama. Los indígenas más que sentir que son poseedores de la tierra, desde su concepción es la tierra la que los posee a ellos...” (ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX [Director del tomo: Nelson G. A. Cossari], pp. 21-22).

⁵³¹ Véase Cap. IV, §3.4.1.

⁵³² Ante la disparidad de criterios acerca de cuáles son los elementos de la obligación, expuse con Jorge H. Alterini: “Nada externo al ‘ser’ puede considerarse como elemento; en esa línea de ideas, la fuente u origen de la obligación hace a su nacimiento, pero de ninguna manera a su conformación. La respuesta al interrogante con respecto a cómo se gesta la obligación (fuente), es ajena a los elementos de la obligación. La contestación a cuáles son los elementos de la obligación, nos conecta con la composición de la obligación, o sea con sus partes ordenadas que constituyen ese todo. Las piezas ordenadas implicadas son los sujetos activo (acreedor) y pasivo (deudor), y el objeto (prestación). Aunque la asimilación de objeto con prestación pueda despertar réplicas autorales, esa identificación, que concebimos como adecuada, encuentra decisiva apoyatura en

en su aspecto interno— tiene solamente dos elementos: el titular y el objeto.

1.4.4 Objeto

El objeto en los derechos personales es la prestación, es decir, una determinada conducta que el deudor debe realizar en beneficio del acreedor, la que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer (art. 725, Código Civil y Comercial). El objeto de los derechos reales son principalmente las cosas; los derechos pueden ser objeto de los derechos reales cuando la ley expresamente lo permite (art. 1883, Código Civil y Comercial)⁵³³.

el Código Civil y Comercial. Así, entre otros, los arts. 725 y 865; se ocupan, según sus propias palabras, de la 'prestación que constituye el objeto de la obligación'. La relación jurídica (o vínculo jurídico [ver art. 1092]) no es tratada como un elemento de la obligación porque a través de ella se expresa la esencia de la obligación, o sea el 'qué es' o '*quididad*' de la obligación, tema que trasciende de los elementos constitutivos de la obligación. Así, como la obligación por esencia es una relación jurídica (o vínculo jurídico), por contraposición un derecho real es un poder jurídico (art. 1882). El haz de derechos y débitos jurídicos (obligaciones) que nacen de la relación jurídica (o vínculo jurídico) refleja esa esencia y no hace a la estructura de la obligación. Con ese alcance, que podría identificarse con el 'contenido' de la obligación, el mentado haz de derechos y débitos determina la operatividad de la relación jurídica (o vínculo jurídico). También debe excluirse de los elementos de la obligación lo atinente al para qué de ella (finalidad), que se conecta con el que en este ámbito se denomina 'interés del acreedor'. El para qué de la obligación, o el interés del acreedor, no es más que otra manera de exhibir la teleología de la fuente de la obligación. Ya en la primera edición explicitamos nuestra creencia de que la finalidad no es propiamente un elemento de la obligación, sino simplemente un aspecto de la fuente de dicha obligación (...). Si la finalidad hace a la fuente de la obligación y a esta última la descartamos como elemento de la obligación, con mayor razón la finalidad debe ser excluida de los elementos de la obligación." (en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV [Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso], pp. 20-21).

⁵³³ Véase Cap. IV, § 3.4.3.4.

1.4.5 Obtención de la ventaja

En el derecho personal se requiere la colaboración activa del deudor para satisfacer el interés del acreedor. El titular de un derecho real obtiene la ventaja directamente del objeto⁵³⁴.

1.4.6 Fuente

El derecho personal nace con un hecho idóneo que active alguna de las fuentes previstas por la ley (art. 726, Código Civil y Comercial). En cambio, el derecho real requiere, en el ámbito de las adquisiciones derivadas por acto entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión, la concurrencia de concausas: título y modo suficientes⁵³⁵ (art. 1892, Código Civil y Comercial).

1.4.7 Régimen legal y número

Los derechos personales están gobernados por el principio de la autonomía de la voluntad, con el único límite de no afectar el orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 12, 958, Código Civil y Comercial). Inversamente, en la regulación de los derechos reales impera la idea de orden público, con una mínima participación de la autonomía de la voluntad (art. 1884, Código Civil y Comercial)⁵³⁶.

Como consecuencia del distinto régimen legal, el número de los derechos personales es ilimitado y los particulares pueden configurar tantos derechos creditorios como sean necesarios para regular sus intereses (*numerus apertus*). Por el contrario, en los derechos reales la iniciativa de los particulares es limitada: únicamente se puede dar nacimiento a aquellos derechos que la ley autoriza (*numerus clausus*)⁵³⁷.

⁵³⁴ Véase Cap. IV, § 3.4.3

⁵³⁵ Las adquisiciones originarias se manifiestan solamente a través de un modo. La ley, también, puede ser fuente de derechos reales (arts. 1894 y 1895, Código Civil y Comercial) y, excepcionalmente, la sentencia (art. 1896, Código Civil y Comercial).

⁵³⁶ Véase Cap. IV, § 3.4.2.2.

⁵³⁷ Véase Cap. IV, § 3.4.2.3.

1.4.8 Oponibilidad

En cuanto al alcance de la eficacia, el derecho personal tiene una oponibilidad relativa (*inter partes*); en cambio, el derecho real exhibe una oponibilidad absoluta (*erga omnes*).

Debe prevenirse que, si un derecho real no resulta oponible a un grupo acotado de personas, concretamente a los terceros interesados de buena fe (art. 1893, Código Civil y Comercial), por no haber desplegado un medio publicitario suficiente, no por ello pierde el carácter de absoluto, pues su oponibilidad es igualmente muy generalizada.

“El concepto de absolutez nace por contraposición a la relatividad propia de los derechos personales, y como pertenece al campo de los conceptos jurídicos, no puede captárselo cual si fuera un postulado de las ciencias físicas. Así, en el régimen jurídico argentino, un derecho real sobre cosas inmuebles no inscripto y por tanto inoponible a terceros interesados de buena fe, no queda enervado en su absolutez, pues no lo pueden desconocer los centenares de millones de personas que componen la comunidad universal”⁵³⁸.

1.4.9 Ejercicio

El derecho real se ejercita a través de la posesión, salvo la hipoteca y la servidumbre negativa⁵³⁹. La idea de posesión es extraña al derecho personal; las obligaciones se ejercitan a través de la facultad del acreedor de exigir el pago, o sea el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación (art. 865, Código Civil y Comercial), y, frente al incumplimiento, el acreedor puede ejecutar forzosamente la obligación para satisfacer su interés en el vínculo (art. 730, Código Civil y Comercial).

⁵³⁸ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §17 bis, p. 35.

⁵³⁹ Sobre el ejercicio a través de la posesión de las servidumbres positivas, véase Cap. IV, §5.3.1.

1.4.10 Virtualidad de la tradición

En las obligaciones de dar y en las de hacer de actividad con resultado materializado, la tradición funciona como un contrato extintivo. En el derecho real, cuando la tradición se apoya en un título suficiente, no solo significa pago de las obligaciones, sino también un contrato que provoca la mutación jurídico real⁵⁴⁰.

1.4.11 Prescripción

En el ámbito de los derechos personales, la prescripción opera como un modo de extinción de la acción que habilita la ejecución forzada, subsistiendo únicamente una obligación natural (arg. arts. 728 y 2538, Código Civil y Comercial). En cambio, por regla⁵⁴¹, los derechos reales principales que se ejercen por la posesión se pueden adquirir por prescripción (arts. 2565, 1891, 1897, Código Civil y Comercial).

1.4.12 Permanencia

El derecho personal se extingue indefectiblemente con el cumplimiento de la prestación destinada a satisfacer el interés del acreedor (art. 724, Código Civil y Comercial). En contraste, el titular de un derecho real obtiene las utilidades del objeto durante toda la vida del derecho.

1.4.13 Duración

El derecho personal es siempre temporal; el derecho real puede ser temporal, perdurable o perpetuo.

1.4.14 Exclusividad

Los derechos personales admiten, tanto en su faz activa, como en la pasiva, la concurrencia de sujetos sobre un mismo objeto. Los

⁵⁴⁰ Véase Cap. II, §2.3.4.

⁵⁴¹ Sorprendentemente, el art. 2119 establece con relación al derecho de superficie que “no puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

derechos reales pueden ser exclusivos o no exclusivos, dependiendo de que admitan o no la concurrencia de titulares.

1.4.15 Inherencia

A diferencia de los derechos personales, los derechos reales son inherentes a sus objetos; se adhieren a ellos. La inherencia tiene como corolario las dos ventajas típicas de los derechos reales: el derecho de persecución y el derecho de preferencia⁵⁴² (art. 1886, Código Civil y Comercial).

1.4.16 Extinción

El derecho personal subsiste aun frente a la insolvencia del deudor. El derecho real se extingue con la destrucción total de la cosa, salvo en los casos en que la ley autoriza su reconstrucción (art. 1907, Código Civil y Comercial)⁵⁴³.

1.5 Conexiones

No debe pensarse que, frente a esas importantes diferencias, los derechos reales y los derechos personales no tienen puntos de conexión en el escenario jurídico.

En ocasiones, el derecho personal se presenta como el medio para concebir al derecho real. Así, la regla es que, para las adquisiciones derivadas por actos entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión, se requiere la concurrencia de título y modo suficientes (art. 1892, Código Civil y Comercial), que comportan actos jurídicos contractuales unidos por la finalidad económica común: la transmisión del derecho real⁵⁴⁴. El acto jurídico que sirve de título suficiente (por, ejemplo una compraventa) es fuente de obligaciones (verbigracia, obligación de entregar la cosa) encaminadas a constituir el derecho real. Cuando el modo es la tradición por actos materiales,

⁵⁴² Véase Cap. IV, §3.4.4.

⁵⁴³ Véase Cap. IV, §4.2.3.3.1.

⁵⁴⁴ Véase Cap. II, §5.2.2.3.

esta es un contrato que extingue un derecho personal y da nacimiento al derecho real⁵⁴⁵.

En ciertos derechos reales, como los de garantía, el derecho personal es el único camino para alcanzar el derecho real, pues el Código Civil y Comercial no los admite con otra fuente que la convencional (art. 2185, Código Civil y Comercial). Incluso, los derechos reales de garantía cumplen una función accesoria de derechos personales (arts. 1889 y 2186, Código Civil y Comercial).

También, en ocasiones la ley establece que el derecho personal puede ser objeto del derecho real (art. 1883, Código Civil y Comercial); por ejemplo, la prenda de créditos (arts. 2232 y ss., Código Civil y Comercial); el usufructo de acciones (art. 2130, inc. b], Código Civil y Comercial, art. 218, ley 19.550).

Por otra parte, la titularidad del derecho real puede ir acompañada de obligaciones que nacen, se transmiten y se extinguen con él, es decir, que ambulan con la mutación jurídico real⁵⁴⁶.

La interacción de los derechos reales y personales se observa, igualmente, frente a la violación del deber de respeto que pesa sobre todos los integrantes de la comunidad con relación a la titularidad del derecho real⁵⁴⁷. Frente a esa antijuridicidad, nacerían los derechos personales para prevenir la causación de un daño, procurar su mitigación o su no agravamiento (arts. 1710 y ss., Código Civil y Comercial), o para alcanzar la reparación de los perjuicios sufridos por el titular del derecho real (arts. 1716 y ss., Código Civil y Comercial).

En función de consideraciones semejantes a las que aquí se produjeron, Dassen y Vera Villalobos razonan:

⁵⁴⁵ Véase Cap. II, §2.3.4.

⁵⁴⁶ Véase Cap., IV, §1.7.3.

⁵⁴⁷ Freitas, luego de afirmar en el art. 868 del Esbozo que no hay obligación que se corresponda a derecho real, en el art. 869 dispone: “Pero, si los derechos fueren violados, ya sean derechos personales o derechos reales, hay siempre una obligación que les corresponde”.

Estas vinculaciones entre derechos reales y creditorios no son sino manifestaciones de un fenómeno más general: la interdependencia de todas las normas e instituciones que integran el orden jurídico⁵⁴⁸.

1.6 La dimensión tiempo en los derechos subjetivos patrimoniales

Se ha encontrado en la dimensión tiempo un matiz diferencial entre los derechos creditorios, cuando importan obligaciones de dar o restituir cosas, y los derechos reales, cuando su objeto son las cosas. Jorge H. Alterini postula:

“Si en cierto momento detenemos el desarrollo de la vida jurídica y nos encontramos con un poder de una persona sobre una cosa, que se ejercita en relación directa con la misma, sin necesidad de la colaboración activa de otra persona determinada, estaremos en presencia de un derecho real. Lo precedente no significa que la relación con personas individualizadas no pudiera surgir en el futuro, si pusiéramos nuevamente en marcha el mecanismo del derecho, pues la identificación de los sujetos pasivos surgirá en el momento en que violen su deber de respeto de los derechos reales de los semejantes”.

“Paralelamente, si paralizamos un derecho personal, el acreedor no llegará a conectarse con las cosas que componen el patrimonio del deudor, ya que no alcanzará a ejercer su poder de agresión. No obstante, ese deudor dibujado con claros perfiles, estará denunciando la existencia del derecho personal de aquél”.

“En suma, pensamos con Cicu, que a quienes niegan las diferencias entre los derechos reales y los personales, les resultará difícil explicar por qué un titular de un derecho real puede afirmar: ‘tengo’, y por qué el acreedor de un derecho personal debe contentarse con decir: ‘he de tener’”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, *Manual de derechos reales*, cit., pp. 10-11.

⁵⁴⁹ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 17 ter, p. 36.

La relación directa en los derechos reales que se ejercen por la posesión está posibilitada por la tradición. De allí que si se detiene el tiempo y ella no se efectuó, aunque sí se hubiera otorgado el título suficiente, se estará en presencia de un derecho personal; en cambio, si ella sí se materializó, se habrá alumbrado el derecho real.

1.7 Pretendidos supuestos de situaciones intermedias entre los derechos reales y los derechos personales

1.7.1 Derechos reales *in faciendo*

En la concepción clásica, con raigambre en el derecho romano, se presenta al derecho real como un poder que se ejerce directamente sobre su objeto, el que está constituido generalmente por una cosa. Con orientación opuesta, el derecho creditorio se presenta como la facultad de exigir a una persona la satisfacción de determinada prestación.

Frente a ese escenario dicotómico, la expresión “derechos reales *in faciendo*” encierra una contradicción insalvable: la existencia de un supuesto derecho real cuyo contenido es el propio de un derecho creditorio.

La titularidad de un derecho real nunca puede consistir en la facultad de exigir a otro un comportamiento positivo, pues ello implicaría una obligación de hacer.

El derecho romano previno acerca de la imposibilidad referida mediante la introducción de la máxima *servitus in faciendo consistere nequit*, es decir, que la servidumbre no puede consistir en un hacer; en otras palabras, que el titular del fundo sirviente no puede quedar obligado a satisfacer una conducta positiva (un hacer) a favor del titular del fundo dominio y obviamente este último tampoco puede exigir que aquel despliegue esa conducta.

Ese principio romano estaba expresamente consagrado por el art. 3010 del Código Civil derogado: “No pueden establecerse servidumbres que consistan en cualquiera obligación de hacer...”. Y

si bien no existe una norma paralela en el Código Civil y Comercial, la conclusión no debe variar, pues solo se permite que la servidumbre consista en un soportar o en una abstención a favor del titular del fundo dominante (art. 2164, Código Civil y Comercial), y es sabido que —por el orden público que impregna la regulación de los derechos reales—, todo lo que no está permitido, está prohibido.

Se piensa que ese principio debió ser formulado en tiempos en que la servidumbre era el único derecho real distinto del dominio, pero que puede y debe generalizarse a la totalidad de los derechos reales; en síntesis: “El derecho real no puede consistir nunca en que alguien haga algo en beneficio de su titular”⁵⁵⁰.

1.7.2 Derecho a la cosa

La denominación *ius ad rem* (derecho a la cosa) parece encontrar su origen en el derecho canónico durante el siglo XIII, bajo la influencia del canonista Sinibaldo dei Fieschi, que fuera Sumo Pontífice bajo el nombre de Inocencio IV.

Es sabido que el oficio eclesiástico está, normalmente, unido a un conjunto de bienes que permiten el desarrollo de su gestión a través de rentas. El beneficiario tiene sobre esos bienes un *ius in re* (derecho real) que se transmite por la colación, pues recién desde ese momento obtiene la posesión de ellos.

Ahora bien, en el interregno entre la designación y la colación, el beneficiario de los bienes tiene una expectativa de derecho a ellos. Esa potencialidad de derecho a los beneficios unidos al cargo que recién se obtendrían con la colación se designó como *ius ad rem* (derecho a la cosa).

Se dice que la concepción canónica del *ius ad rem* se propagó rápidamente al derecho feudal para expresar la posesión jurídica de vasallo a quien se le entregaba la investidura formal del derecho, pero que no tenía la posesión de la cosa. La investidura formal

⁵⁵⁰ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit., p. 66.

revelaba un *ius ad rem*, y únicamente se configuraba el *ius in re* con la posesión efectiva⁵⁵¹.

Antiguamente se utilizó la denominación *ius ad rem* para hacer referencia al derecho creditorio en contraposición derecho real, pues no existe ningún derecho intermedio entre ellos⁵⁵².

Mayor precisión se le imprime a la noción de *ius ad rem* cuando se refiere al derecho personal en el supuesto de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales. Así, es posible calificar de “derecho a la cosa” al que tiene una persona respecto de ella contra otra que se obligó a entregarla y aludir a un “derecho sobre la cosa” después de su entrega (art. 750, Código Civil y Comercial). Obviamente, esta concepción únicamente es predicable en aquellos sistemas de mutación jurídico real por título y modo suficientes, y no, verbigracia, cuando la transmisión es provocada únicamente por el contrato, pues en este supuesto la constitución del derecho sería concomitante con el nacimiento de la obligación de efectuar la tradición de la cosa.

Atard pregonó por la restauración de la noción del *ius ad rem*, que, a su juicio, se concretaría en una suerte de “vocación” o “llamada” al derecho⁵⁵³.

La necesidad de la concurrencia de título y modo suficientes para provocar la mutación jurídico real permite describir un “tránsito” de un derecho personal (contrato-título suficiente) a un derecho real (una vez efectuada la tradición). Durante ese tránsito y hasta el nacimiento del derecho real, hay una vocación de derecho, que, si es garantizada mediante una anotación preventiva en el registro (anotación de *litis*, embargo), da fundamento a esa tesitura⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ RIGAUD, Luis, *El derecho real*, cit., p. 67.

⁵⁵² RIGAUD, Luis, *El derecho real*, cit., p. 69.

⁵⁵³ Véase CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., tomo II, Vol. I, p. 50.

⁵⁵⁴ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit., p. 70.

También se verificará un *ius ad rem* en situaciones análogas a la prevista por el art. 1171 del Código Civil y Comercial, el que menta que son oponibles al concurso o quiebra del vendedor los boletos de compraventa inmobiliaria de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe que hubieran pagado el veinticinco por ciento del precio, y le impone el deber al juez de otorgar la escritura pública.

La excepcionalidad de los casos enunciados, claro está, no autoriza a categorizar a los *ius ad rem* como una situación intermedia entre los derechos personales y los reales, pues no son más que una expresión de los derechos creditorios.

1.7.3 Obligaciones reales

Ciertas prestaciones de dar, hacer, o no hacer son debidas a alguien en virtud de una particular relación de hecho o de derecho con una cosa⁵⁵⁵. A estas obligaciones se las califica como “reales” (igualmente, como “*propter rem*”, “ambulatorias” o “cabalgantes”) y es de la esencia propia de ellas el nacer y transmitirse en cabeza de los sujetos que se encuentran por lo menos en alguna relación real con una cosa. Esta relación real no debe encontrar necesariamente apoyatura en un derecho real, sino que la obligación puede configurarse también por la mutación del estado de hecho con la cosa.

Un típico ejemplo de obligación real es la consistente en pagar el crédito proveniente de la medianería. El art. 2014 establece que el que construye el muro de cerramiento tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del muro, de los cimientos y del terreno ocupado por el muro en el caso de construirse de forma contigua. El sujeto pasivo de la obligación está aquí constituido, indeterminadamente, por quien ostente la titularidad del inmueble colindante.

⁵⁵⁵ Véanse los fallos plenarios de la CNCiv., 11/05/1977, “Dodero, Hipólito C. c. Consorcio de propietarios Neuquén 566/88/90 y/u otro”, *La Ley*, 1977-B, p. 424 - ED, 73-276, y CNCiv., 18/02/1999, “Servicios Eficientes S.A. c. Yabra, Isaac”, *La Ley*, 1999-B, p. 384.

La particular vinculación entre los sujetos de la obligación y la cosa ha determinado que se las denomine como “obligaciones reales”. Estas obligaciones no implican una situación intermedia entre los derechos reales y los personales. Son derechos personales, cuyo único elemento “real” está constituido por la particular relación con una cosa, que hace nacer el crédito y el débito, y determina que tanto uno como otro “ambulen” o “cabalguen” adheridos a la cosa y a través de sus sucesivas traslaciones.

Por lo dicho, se excluye terminantemente la posibilidad de vislumbrar en las obligaciones *propter rem* uno de los contenidos del derecho real. Este solo da motivo para el nacimiento de la obligación (derecho personal), pero esa obligación no forma parte de su esencia, la cual supone una relación directa entre el titular y la cosa, con miras a extraer de ella su utilidad.

La fuente de estas obligaciones es exclusivamente la ley; son obligaciones *ex lege*. Así, en el claro ejemplo de la medianería, el crédito y la deuda surgen con la adquisición de la titularidad del inmueble respectivo, por la mera virtualidad de la ley.

El principio general en materia de responsabilidad es el de que el obligado *propter rem* responde por el incumplimiento de la obligación, no solo con la cosa en cuya virtud nació el crédito, sino —como todo deudor— con la totalidad de su patrimonio, que es garantía común de los acreedores. Tal extensión de la responsabilidad es aplicable tanto a las deudas originadas durante la relación del sujeto con la cosa, como también a aquellas ya existentes antes de efectivizarse esa relación. Esta conclusión parece clara si se repara en que la calidad de obligaciones “cabalgantes” quedaría desvirtuada si la extensión de la responsabilidad se modificase según quien fuera el titular de la relación con la cosa.

En un caso especial el Código Civil y Comercial se aleja de esta construcción. Lo hace en el art. 1937, al tratar las que llama “obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa”, en el dispone lo siguiente: “Transmisión de obligaciones al sucesor. El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la

posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal”. En este supuesto, el antecesor responde con todo el patrimonio, mientras que el sucesor particular únicamente con la cosa.

En tanto que el crédito y la deuda nacen con la relación con la cosa, la transmisión de ambos sobreviene también con el cambio de titularidad de la relación. De manera que, sin dependencia de cesión alguna, el vínculo obligacional queda trabado entre el antiguo acreedor (o deudor) y aquel que accede a la relación.

Cuando la relación con la cosa cesa, como regla general, y en consonancia con el funcionamiento característico de la obligación *propter rem*, el crédito y el débito se extinguen para aquel que termina su relación con la cosa, y pasan al que accede a ella. Las típicas obligaciones reales se extinguen siempre con el abandono de la cosa y la extinción alcanzará incluso a los supuestos en que se responda globalmente con el patrimonio, garantía común que subsistirá integralmente mientras no medie el abandono⁵⁵⁶ (véanse, por ejemplo, los arts. 2028 y 2029 del Código Civil y Comercial referidos al crédito *propter rem* de medianería).

Con relación a la naturaleza jurídica del crédito por expensas comunes, ante todo, no es discutible que se trata de una obligación inherente a la relación real, lo que surge del art. 2050, donde se generaliza la condición de sujeto pasivo a “los que sean poseedores por cualquier título”.

En cambio, la obligación por expensas no es una obligación real, al menos por dos razones fundamentales:

a) Es argumento decisivo para descartar ese encuadramiento es que la obligación por expensas no “cabalga” o “ambula” con la cosa, ya

⁵⁵⁶ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso), pp. 18-20.

que, a tenor del art. 2049, mediante el abandono, “los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición”.

b) El adquirente de la unidad funcional tampoco puede liberarse de las expensas, “aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición”, lo que quiere decir que el abandono tampoco es liberatorio para él, por lo cual, ni siquiera estamos en presencia de un sucesor particular que “responde solo con la cosa” como el que menta el art. 1937, lo que significa que en todos los casos está ausente la posibilidad del abandono liberatorio⁵⁵⁷.

2 RECEPCIÓN DEL DISTINGO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial dedica el Libro Tercero a los “Derechos personales”, en donde regula a las “Obligaciones en general” (Título I); a los “Contratos en general” (Título II); a los “Contratos de consumo” (Título III); a los “Contratos en particular” (Título IV); y a “Otras fuentes de las obligaciones” (Título V).

En el Libro Cuarto regula a los “Derechos reales” y, en seguimiento de su principal fuente inmediata, establece disposiciones de carácter general aplicables a todos los derechos reales, como también lineamientos genéricos para algunos de ellos⁵⁵⁸.

En los Fundamentos del Proyecto de 1998 se explicó el porqué de la adopción de una metodología distinta a la seguida por Vélez Sarsfield en el Código Civil derogado:

⁵⁵⁷ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 902-903.

⁵⁵⁸ En los Fundamentos del Anteproyecto de 2012 que diera origen al Código Civil y Comercial, se reconoció la adopción de la metodología propuesta por el Proyecto de 1998, al decir que “...se ha tomado el criterio como propio, pues es de buena metodología y ofrece claridad, ahorrando a su vez el exceso de preceptos repetitivos”.

“La ausencia de directivas generales en el lugar adecuado, o sea antes del tratamiento particular de las distintas instituciones propias de los derechos reales, tuvo como contrapartida la indiscutible desviación metodológica de que en reiteradas ocasiones las normas atinentes al dominio hicieran las veces de las disposiciones generales omitidas, o que en otras, se reiteraran en cada uno de los institutos regulaciones que no eran singulares, sino que importaban nuevas resonancias hasta redundantes de pautas que debieron extenderse a un universo de situaciones, para evitar repeticiones e incluso contradicciones. No es comprensible que el otro eje de los derechos patrimoniales, el mundo de los contratos, esté precedido de previsiones generales y que no se inicie con ellas el régimen de los derechos reales. Sólo un legislador prisionero del quietismo o adocenado podría explicar el mantenimiento de semejante disparidad, que obviamente no se justificaría por la dificultad para proyectar normas aplicables a los distintos derechos reales”⁵⁵⁹.

El Libro cuarto exhibe la siguiente ordenación: Título I “Disposiciones generales; Título II “Posesión y tenencia”; Título III “Dominio”; Título IV “Condominio”; Título V “Propiedad horizontal”; Título VI “Conjuntos inmobiliarios”; Título VII “Superficie”; Título VIII “Usufructo”; Título IX “Uso”; Título X “Habitación”; Título XI “Servidumbre”; Título XII “Derechos reales de garantía”; Título XIII “Acciones posesorias y acciones reales”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Véase § 280 de los Fundamentos del Proyecto de 1998.

⁵⁶⁰ La omisión de incorporar la registración inmobiliaria al Código, como sí lo hacían los Proyectos de la Comisión Federal de 1993 y el de 1998, es metodológicamente observable, pues ese régimen interactúa con todo el sistema de los derechos reales. Esa necesaria coherencia legislativa es la que consagra el más calificado derecho comparado.

Tampoco es compartible la destinación metodológica del dominio fiduciario, ya que se lo legisla en el Capítulo 31, Título IV “Contratos en particular”, del Libro tercero “Derechos personales”. Hubiera sido adecuado que fuera regulado en el Capítulo 3 “Dominio imperfecto”, del Título III “Dominio”, del Libro cuarto “Derechos reales”.

La clasificación dicotómica de los derechos subjetivos patrimoniales se ve reforzada en el Código Civil y Comercial a través del Libro Sexto “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”, en donde se regula a la “Prescripción y caducidad” (Título I); a los “Privilegios” (Título II); al “Derecho de retención” (Título III); y las “Disposiciones de derecho internacional privado” (Título IV).

No es discutible que la prescripción y la caducidad atañen a ambas categorías de derecho, como también los privilegios y el derecho de retención.

En cambio, las “disposiciones de derecho internacional privado” incorporadas como Título IV del Libro Sexto, en muchas de sus estructuras metodológicas son extrañas al dualismo derechos personales y derechos reales. Así, desbordan a los derechos reales y personales las llamadas “disposiciones generales”, “jurisdicción internacional” y son extrañas, al menos, a aquéllos, las “personas humanas”, el “matrimonio”, la “unión convivencial”, los “alimentos”, la “filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”, la “adopción”, la “responsabilidad parental e instituciones de protección”, la “restitución internacional de niños”.

Párrafo aparte sugiere la circunstancia de que no se trata en el Título IV la situación de las personas jurídicas, y hubiera sido éste el lugar indicado. El Código se ocupa de la ley aplicable para las personas jurídicas públicas en el art. 147 y para las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero, el art. 150, *in fine*, remite a lo “dispuesto en la ley general de sociedades”⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo XI (Directores del tomo: Francisco Ferrer, Fulvio Santarelli y Alfredo Soto), pp. 984-985.

3 DEFINICIÓN DE DERECHO REAL

3.1 Código Civil derogado

Vélez Sarsfield, en la nota al Título IV del Libro III del Código Civil derogado, aludía a que en su glosa al art. 497 había definido el derecho real. Lo cierto es que el codificador se había limitado a transcribir las siguientes reflexiones de Ortolán:

“Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O, en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor”.

Cuando se alude que el derecho real “es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho”, parecería no descartarse la teoría unitaria personalista, según la cual no habría diferencias substanciales entre los derechos reales y personales, pues en los primeros también existirían sujetos pasivos: cada uno de los integrantes de la comunidad.

Sin perjuicio de ello, Vélez, en dicha nota al Título IV del Libro III, efectuó una caracterización distinta:

“...diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”⁵⁶².

⁵⁶² “...el Código define a los derechos reales. En efecto, el art. 497 (Libro II, Sección I) dice: ‘a todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales’. Por elemental que parezca, está claro que se trata de un concepto definitorio. El derecho real es aquel que no tiene el derecho personal, con lo que se afirma la división dicotómica que domina todo el método del Código” (PAPANO,

3.2 Doctrina autoral

En la doctrina nacional se han ensayado diferentes caracterizaciones del derecho real.

Para Allende:

“El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius preferendi*”⁵⁶³.

En el sentir de Molinario:

“El derecho real es el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado, para cuyo ejercicio no es necesario el concurso de ningún otro sujeto, cuya existencia, plenitud y libertad puede ser opuesta a cualquiera que pretenda desconocerla o menoscabarla con el fin de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan, en virtud de la cual puede utilizarse económicamente el bien en provecho propio, dentro del ámbito señalado por la ley, y que, en caso de concurrencia con otros derechos reales de igual o distinta naturaleza que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior”⁵⁶⁴.

Gatti y Jorge H. Alterini afirmaron:

“El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener

Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A. , y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, cit, tomo 1, § 3, p. 13).

⁵⁶³ ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de los derechos reales*, cit., p. 19.

⁵⁶⁴ MOLINARIO, Alberto D., *Derecho patrimonial y derecho real*, La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 43.

directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades, con exclusión de injerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado”⁵⁶⁵.

3.3 Proyecto de 1998

El art. 1815 del Proyecto de 1998 proponía el siguiente texto: “*Definición.* El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

3.4 Definición legal: análisis exegético

El art. 1882 de Código Civil y Comercial, bajo el equívoco epígrafe “concepto”⁵⁶⁶, y en seguimiento del art. 1815 del Proyecto de 1998, norma: “El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”.

Repárese en que la única diferencia que exhibe el art. 1882 con relación a su antecedente inmediato es la referencia acerca de que el ejercicio del poder jurídico se efectúa “en forma autónoma”.

En los próximos apartados analizaré exegéticamente la definición transcrita.

3.4.1 “...poder jurídico...”

El derecho real es un poder jurídico porque no se trata de una facultad aislada, como es la esencia de los derechos personales, sino de un conjunto de facultades que tienen un tratamiento unitario. Se ha dicho que:

⁵⁶⁵ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general* cit., p. 133.

⁵⁶⁶ Véase ALTERINI, Jorge H., “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, op. y loc. cits.

“El ‘poder jurídico’ es un derecho subjetivo cuya ‘esencia’ consiste en un señorío de la voluntad, sobre personas o cosas, que se ejerce de propia autoridad, en forma autónoma e independiente de toda otra voluntad, mediante cuya actuación es posible obtener el efecto propuesto no obstante la existencia de cualquier voluntad contraria y ello, inclusive, mediante la justicia privada”⁵⁶⁷.

Desde un punto de vista idiomático, el vocablo “poder” significa “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”, y la palabra “expedita” expresa “desembarazado, libre de todo estorbo”.

3.4.2 “...de estructura legal...”

3.4.2.1 Introducción

El régimen de los derechos reales está dominado por el orden público y, por ello, es la ley la que los organiza en su número (*numerus clausus*), elementos (titular y objeto), contenido (esencia) y mutaciones jurídico reales (adquisición, modificación y extinción).

La estructura del derecho real solo puede regularse por la ley (art. 1884, Código Civil y Comercial).

3.4.2.2 Carácter de las normas

La importancia económica, social y política de los derechos reales determina que su régimen esté gobernado por la noción del orden público⁵⁶⁸. Explica Lafaille:

⁵⁶⁷ GATTI, Edmundo, *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, cit., p. 155.

⁵⁶⁸ Sobre el particular, se ha juzgado lo siguiente: “Sabido es que la importancia política, económica y social de los derechos reales determina que su regularización legal esté presidida por la acción del orden público, que viene a ser una connotación dominante. No hay duda que son de orden público las normas estatutarias, que hacen a la esencia del derecho real. Tales las que enumeran taxativamente las figuras o tipos, como las que reglamentan su contenido” (CNCiv., Sala C, 06/12/1983, “Miranda, Rubén, F. C. Municipalidad de la Capital”, , *La Ley Online*).

Con esa orientación, se postuló que “...el régimen legal de los derechos reales sobre bienes inmuebles que abarca el de su adquisición, constitución,

“La distribución y explotación de los bienes envuelven problemas económicos de la mayor trascendencia, trátense de muebles o de inmuebles. Acerca de estos últimos principalmente, se han trasladado al orden político y social, determinado a menudo, la formación de clases y hasta el régimen gubernativo de los pueblos o la calidad de sus instituciones (...)”.

“La existencia y el crecimiento de la riqueza privada han gravitado generalmente en la paz interior de las sociedades (...)”.

“Añádase que todos esos valores desenvuelven el crédito en grande escala, con la seguridad que representan para el mutuante, bajo la forma de hipoteca, prenda, u otras garantías menos difundidas (...)”.

“Son innumerables las contiendas civiles e internacionales, que han reconocido por lo menos, como una de sus causas, la mala repartición de la riqueza o el abuso de los detentadores (...)”.

“El legislador ha debido pues, desde muy temprano vigilar estas relaciones jurídicas, a fin de encauzarlas, de crear o adaptar figuras adecuadas y de protegerlas con defensas suficientes (...). Es que tales conflictos hacen a la entraña misma de las sociedades, a cuanto integra el concepto de “orden público”. Por ello, cada nación se ha reservado celosamente reglamentar los derechos reales...”⁵⁶⁹.

Como lo expresara Vélez en su nota al art. 2828 del Código Civil derogado: “...la naturaleza de los derechos reales en general (...) está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares”.

Los derechos reales están regulados con la mira puesta en intereses superiores a los meramente particulares; en cambio, los derechos creditorios se encuentran sometidos al principio de la autonomía de la voluntad y son extraños —por regla— a la idea del

modificación, transmisión y extinción, está comprendida en el concepto de orden público” (SCBA, 03/05/2005, “Banco Municipal de La Plata c/ Glasman, Sergio s/ejecución hipotecaria”, *La Ley Online*).

⁵⁶⁹ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 26-28, pp. 54-56.

orden público, que obra tan solo como un vallado que impide los desvíos en la autorregulación de los intereses⁵⁷⁰.

La presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no exclusiva. Coexisten dos planos normativos que es menester distinguir⁵⁷¹.

Por un lado, las “normas estatutarias”, que son exclusivamente de orden público, siendo las que indican cuáles son los derechos reales, los alcances de su contenido (esencia), elementos (titular y objeto) y mutaciones jurídico reales (adquisición, modificación y extinción) (art. 1884, Código Civil y Comercial)⁵⁷²; por el otro, las “normas reglamentarias”, que pueden ser dejadas de lado por la manifestación de voluntad en contrario expresada en el título constitutivo.

Allende coincide en que las normas que rigen los derechos reales son “substancialmente” de orden público y aprecia también la existencia de leyes meramente supletorias, en donde la voluntad de los particulares es decisiva⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Tradicionalmente se concibió que, además de los derechos reales, la regulación de las relaciones de familia se caracterizaba por el carácter de orden público de sus normas. Si bien el régimen de las relaciones familiares en el Código Civil y Comercial ha perdido su dominante carácter de orden público y así es posible que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes (arts. 505 a 508), prescindiendo de la aplicación supletoria del sistema de comunidad de ganancias (art. 463), otros planos muestran la coexistencia de órbitas dominadas por la autonomía de la voluntad con sectores teñidos de normas imperativas. Buen ejemplo de esta dualidad es el de los “pactos de convivencia”, que, si se dirige la mirada al epígrafe del art. 513 —“Autonomía de la voluntad de los convivientes”—, pertenecerían a la esfera de la autorregulación de los intereses, pero ya ese mismo precepto da la tónica de la existencia de disposiciones indisponibles (arts. 519 a 522).

⁵⁷¹ Véase GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit., pp. 73 y ss.

⁵⁷² Para una matización de las normas estatutarias en “rígidas” y “flexibles”, véase PEPE, Marcelo A. y MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, *La Ley*, 2009-D, p. 871.

⁵⁷³ ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de los derechos reales*, cit., pp. 19 y 69-70.

En cambio, para Molinario todos los derechos reales son “creados y organizados exclusivamente por la ley” y la “regulación total de los derechos reales es de orden público”⁵⁷⁴, por lo que no deja espacio alguno para la actuación de la autonomía de la voluntad.

No puede negarse la existencia de preceptos en la regulación de los derechos reales que tienen naturaleza meramente reglamentaria, o sea, de aplicabilidad supletoria.

Así, en materia de dominio revocable, el principio general de que la revocación opera con efecto retroactivo al día de la adquisición del dominio, puede soslayarse si de la ley o del “título de adquisición” surge lo contrario (art. 1967, Código Civil y Comercial).

En el condominio, las alícuotas se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan lo contrario (art. 1983, Código Civil y Comercial).

El titular de derecho real de superficie puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terrero del propietario, excepto que en el título se hubiera pactado lo contrario (art. 2120, Código Civil y Comercial).

La obligación del futuro usufructuario de otorgar garantía suficiente por la conservación y restitución de los bienes es dispensable (art. 2139, Código Civil y Comercial).

Así, en el título del derecho real de uso se establecen su extensión y sus límites (art. 2154, Código Civil y Comercial).

En la servidumbre, el título originario puede determinar las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio de ese derecho real (art. 2181, Código Civil y Comercial).

Los derechos reales de garantía demuestran nítidamente la coexistencia de normas de orden público (estatutarias) con normas disponibles (reglamentarias). En ocasiones se prohíbe expresamente

⁵⁷⁴ MOLINARIO, Alberto D “La enseñanza de los derechos reales que integran el derecho civil”, Separata de los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, tomo XVIII, 1959, pp. 27-28.

la voluntad contraria de lo preceptuado por la ley (art. 2198, Código Civil y Comercial), y en otras se la permite expresamente (arts. 2191, *in fine*, 2216, 2223, *in fine*, 2225, 2226, 2229, 2235, Código Civil y Comercial).

Por la incidencia del orden público en los derechos reales, es posible afirmar que todo lo que no está expresamente permitido por la ley, está prohibido.

3.4.2.3 Configuración de derechos reales. Sistema de número cerrado

Cuando el art. 1884 del Código Civil y Comercial norma que “la regulación de los derechos reales (...) es establecida sólo por la ley” y que “es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley”, adopta el sistema del número cerrado (*numerus clausus*), por oposición al del número abierto (*numerus apertus*).

Téngase presente que el Código Civil y Comercial, en seguimiento del art. 1817 del Proyecto de 1998⁵⁷⁵, sustituye el vocablo “creación” del art. 2502 del Código Civil derogado⁵⁷⁶ por el de “configuración”, pues el crear se nutre de divinidad y el plano en que nos movemos es netamente humano⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Art. 1817: “Estructura. La estructura de los derechos reales es reglada sólo por la ley. Es inválida la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

⁵⁷⁶ Art. 2502: “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

⁵⁷⁷ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 39-40.

El derecho romano se pronunció en contra de la configuración de derechos reales por los particulares y no reconoció sino un número acotado de derechos⁵⁷⁸.

El Código Civil español no establece criterio alguno, pero, a tenor de la legislación hipotecaria que autoriza la inscripción tanto de los derechos reales regulados especialmente, como de “cualesquiera otros derechos reales” (art. 2º), se sostiene que se enrola en el sistema del número abierto. También, tendrían el sistema de número abierto Noruega, Dinamarca, Islandia, Sudáfrica y Cuba⁵⁷⁹.

El sistema del número cerrado, que es dominante en el derecho comparado, además de suponer la configuración legal del derecho real, exige que el legislador ejercite esa facultad con extrema prudencia, pues de otra manera el resultado sería similar al del número abierto. La tesis replica en la idea de que no existan muchos derechos reales, que los estructure el legislador y no el particular, pero paralelamente el legislador debe actuar con especial moderación al incorporar nuevos derechos reales⁵⁸⁰.

Este principio, si bien posibilita la consagración legislativa de nuevos derechos reales, impone, al mismo tiempo, que ello ocurra

⁵⁷⁸ Si bien se reconoce que en el derecho romano no existió la dicotomía clásica derechos reales y derechos personales, tal como en la actualidad se conoce, se ha sostenido que “(...) lo que aparece claramente en las fuentes romanas es que mientras las relaciones jurídicas que generan derechos personales pueden tener múltiples y atípicos contenidos en relación al reconocimiento de una dudosa figura general de contrato, los denominados derechos reales que aparecen como típicos son pocos, y bien definidos (...). Constituyen un elemento cerrado y limitados: son aquellos reconocidos como tales y no otros (ROMAN GARCÍA, Antonio, *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, Montecorvo, 1994, pp. 23 y sigs., la transcripción consta en p. 29).

⁵⁷⁹ Véase PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales. Numerus apertus y numerus clausus*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 428-429.

⁵⁸⁰ Véase ALTERINI, Jorge H., “Previsiones normativas contenidas en el Proyecto de Unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales”, *Revista del Notariado*, N° 903, p. 197.

solamente ante la imposibilidad estructural de encuadrar una nueva situación en las categorías existentes.

En ese sentido, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009, celebradas en Córdoba, concluyeron: “Debe ratificarse lo declarado por las XI Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus* y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes”.

Debe recordarse la opinión de Vélez Sarsfield vertida en su nota al art. 2502 del Código Civil derogado: “La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos sin poderse dividir la cosa asiento de ellos”. Con relación al codificador clásico, se expresó:

“Vélez le temía al descontrol, por ello hasta redujo el catálogo romano, suprimió la superficie, la enfiteusis y prohibió la propiedad horizontal. Esta última prohibición fue por demás polémica, pero, de persistir, hubiera evitado fomentar una distribución poblacional concentrada en las grandes urbes, desequilibrio al que ciertamente contribuyó la propiedad horizontal. Vélez era tan escueto en la enunciación que enumeraba en el inciso 1 del art. 2503 el dominio y el condominio, lo que indujo a pensar a algunos que se presentaba al condominio como un dominio plural y no como un nuevo derecho real”⁵⁸¹.

En consonancia con el parecer del codificador clásico, Kiper invoca que las razones del número cerrado son fundamentalmente económicas, en función de que su utilización fue útil para el sistema de producción y comercialización de bienes. Piensa que es una

⁵⁸¹ ALTERINI, Jorge H., “Previsiones normativas...”, op y loc. citis.

solución meramente instrumental que se ajusta a las necesidades de la época⁵⁸².

3.4.2.3.1 Sobre la conveniencia del sistema de número cerrado

Los detractores del sistema de *numerus clausus* lo han calificado como una “contingencia histórica desafortunada”, que sería socialmente hipócrita y propiciatoria del fraude, pues los particulares forzarían la utilización de la estructura de los derechos reales⁵⁸³. Para Albaladejo, la tesis del *numerus apertus* no solo hay que aceptarla en el derecho vigente español, sino que “...es preferible también en abstracto”, pues en su pensar es preciso defender la libertad de cada persona de imponer sobre sus bienes los derechos que desee⁵⁸⁴.

⁵⁸² KIPER, Claudio, “El análisis económico del derechos y los derechos reales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 21, p. 222.

⁵⁸³ “Es una tontería deducir del sistema de *numerus clausus* ninguna [léase: alguna] consecuencia en cuanto a la potencia de los efectos protectores que produce sobre la seguridad de las transacciones. Porque el sistema de *numerus clausus* no ha nacido como un ‘designio’ para la producción de determinados efectos, en el conflicto posible o imaginado entre la seguridad actual de los títulos y la seguridad del tráfico. El sistema de *numerus clausus* es una contingencia histórica desafortunada que se produce, como catástrofe normativa, por la coinfluencia de dos particularidades de la doctrina alemana del Derecho común. Primero, el sistema requiere una puerta de entrada idiosincrásica e inútil, que es el ‘contrato real de alcance dispositivo’ (...). Segundo, la propuesta de *numerus clausus* requiere de una poderosa jurisprudencia de conceptos en la construcción de los tipos de derechos sobre cosa ajena, como la que era capaz de deparar el pandectismo alemán. Y requiere una buena hipocresía en el uso residual de la propiedad en formas fiduciarias” (CARRASCO PERERA, Ángel, “Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil Español”, en *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, coordinado Gabriel de Reina Tartière, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 77).

⁵⁸⁴ ALBALADEJO, *Derecho Civil, cit.* tomo III., Vol I, pp. 31-33. En contra: LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de derecho civil, cit.*, tomo III, Vol. I, p. 17: “Yo pienso que, en nuestro sistema, admitir como derecho sobre la cosa a cualesquiera influencias que puede inventar el arbitrio humano, requeriría una regla que así lo dijera (...). A falta de un texto semejante, hemos de limitarnos al elenco de derecho aceptado por las leyes o por la costumbre”.

Sin perjuicio de ello, el sistema de número cerrado es conveniente por múltiples razones⁵⁸⁵:

a) La autonomía privada no es idónea para regular los intereses de los terceros, por lo que se la propicia para el ámbito de los derechos personales, los que por definición cuentan con una oponibilidad relativa, pero no en los derechos reales, cuya eficacia se proyecta sobre todos.

En el ámbito de los derechos personales, la autonomía de la voluntad no podría tener efectos adversos a los terceros, dado el principio *res inter alios acta* consagrado en el art. 1021 del Código Civil y Comercial

En cambio, los derechos reales, dada la eficacia *erga omnes* que los caracteriza, son oponibles a todos, e incluso a terceros interesados y de buena fe en caso de existir publicidad suficiente (art. 1893, Código Civil y Comercial).

Si la estructura de los derechos reales no estuviera reglada por la noción de orden público, la ley no contribuiría eficazmente para tutelar los intereses de los terceros.

b) No es dudoso que el número cerrado contribuye al conocimiento de los derechos reales.

Los derechos se moldean con mayor precisión que en un sistema abierto, se reduce la incertidumbre de los adquirentes y, en ese sentido, facilita las operaciones económicas sobre los objetos de derecho.

Piénsese en que la posibilidad indiscriminada de constituir derechos reales sobre objeto ajeno necesariamente instauraría conflictos entre los distintos intervinientes del devenir de las transacciones. La incertidumbre de los adquirentes se vería incrementada incluso en las ejecuciones forzadas, por la gran dificultad que traería la valuación del objeto pertinazmente gravado.

⁵⁸⁵ Véase PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales. Numerus apertus y numerus clausus*, cit., pp. 475 y ss.

Al facilitarse las operaciones económicas se obstruye la posibilidad de conflictos entre sujetos, lo que concibe que la sociedad transite el camino conducente a la paz social.

c) El *numerus clausus* instituye la medida social conveniente del disfrute de los bienes.

Coadyuva a que los titulares de derechos reales gocen de seguridad en cuanto al disfrute de los bienes, siempre dentro de ciertos límites.

Además, si los derechos reales configurados por ley fueran impotentes para satisfacer determinadas necesidades, siempre quedaría latente la posibilidad de que los particulares regulasen sus intereses a través de un derecho personal.

d) Tutela al débil jurídico en la contratación que origina al derecho real, pues el “fuerte” ve limitada la posibilidad de imponer derechos desfavorables para el aprovechamiento de los bienes.

Se impiden así gravámenes que sean desfavorables para la economía de los bienes, derivados de la falta de igualdad de las partes e impuestos por quien ostenta una posición que le permite dar preeminencia a su voluntad por sobre la ajena, configurando una situación de desequilibrio. El sistema de número cerrado ataca el problema de raíz: es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley o la modificación de su estructura (art. 1884, Código Civil y Comercial).

e) Facilita el funcionamiento de los registros de la propiedad y evita que la calificación acerca de la naturaleza real o personal del derecho que accede a la registración sea importante competencia del registrador.

El número abierto conspira contra la destreza del sistema registral, y exige acudir a un mecanismo como el de transcripción de títulos (y no la mera inscripción) u otro que permita extraer la trascendencia real del derecho. La practicidad sería expatriada del sistema.

Es de notar que, en países en que se ha adoptado el sistema de número abierto, como España, se han presentado dificultades para discernir, al momento de su registración, si se estaba frente a un derecho real o un derecho personal. Esa dificultad es casi impensable en un sistema de número cerrado con la suficiente claridad normativa como para cerrar las puertas a posibles casos dudosos.

f) A guisa de síntesis, si existe un interés del Estado en la regulación de los derechos reales es porque la explotación de los bienes no tiene únicamente consecuencias económicas, sino también sociales y políticas. Por ello, no es conciliable con esos valores superiores que el Estado quiere resguardar que los particulares puedan configurar derechos reales según sus propios intereses y sí es adecuado que ellos acomoden sus iniciativas a los derechos que legalmente se configuraron, pues —en última instancia— lo que se procura tutelar con el sistema de *numerus clausus* es el bien común y no exclusivamente el bien de los particulares.

3.4.2.4 Carácter de la ley que configura al derecho real

La configuración de los derechos reales es exclusivamente legal (art. 1884, Código Civil y Comercial). El interrogante que se suscita es el atinente a qué carácter debe tener la ley para poder configurar esos derechos.

En un primer acercamiento al tema, podría pensarse que únicamente el Congreso de la Nación tiene competencia para regular los derechos reales, pues, de acuerdo con el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, a él le corresponde dictar la legislación de fondo.

Desde ese punto de partida, no obstaría a la caracterización como derechos reales que las normas que los rijan sean de vigencia local, pues no sería atacable por inconstitucional la legislación local que no

hiciera más que introducir en su esfera de aplicación una modalidad especial de un derecho real configurado por la legislación fondo⁵⁸⁶.

Repárese en que, en ocasiones, las leyes locales directamente configuran derechos reales. Así, por ejemplo, los códigos de procedimiento estructuran al embargo que, en tanto es transmisible con el objeto, se postula que es una suerte derecho real procesal⁵⁸⁷.

3.4.2.5 La configuración no atañe a la fuente del derecho real

Es menester distinguir los conceptos de “configuración” y “fuente” de los derechos reales. Que la configuración de los derechos reales sea exclusivamente legal (art. 1884, Código Civil y Comercial), implica que los particulares no puedan constituir otros derechos reales que los expresamente configurados por la ley en virtud del sistema de número cerrado, sin pretender acotar la importancia que tiene la voluntad de ellos en la faz constitutiva del derecho.

Los derechos reales se configuran exclusivamente por la ley, pero su fuente puede ser la voluntad de las partes o la ley. Esta última actúa muy excepcionalmente como fuente de esos derechos (arts. 1894 y 1895, Código Civil y Comercial; art. 75, inc. 17, C.N.)⁵⁸⁸; es la voluntad de los particulares la fuente fundamental que origina los derechos reales, por el juego de la teoría del título y modo suficientes (art. 1892, Código Civil y Comercial). Incluso, en ciertos supuestos peculiares puede pensarse en la sentencia como fuente del derecho real⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ CNCiv., Sala C, 08/09/1977, “Salomón de Bichara, María F. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, *ED*, 75-239.

⁵⁸⁷ Véase ALTERINI, María Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, op. y loc. cits.

⁵⁸⁸ Véase Cap. IV, §4.2.1.1 y Cap. V, §5.3.3.2.1.

⁵⁸⁹ Así, el juez puede imponer la postergación de la partición del condominio por un plazo que no puede exceder de cinco años, cuando fuera nociva (art. 2001, Código Civil y Comercial). También, puede verse una suerte de constitución judicial cuando por la articulación de una acción real de deslinde el juez delimita inmuebles contiguos. El art. 2268, *in fine*, del Cód. Civ. y Com., establece: “Si no

En los derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis y prenda), el contrato es la única fuente posible (art. 2185, Código Civil y Comercial).

3.4.2.6 Tipicidad

Se polemiza acerca de si la “tipicidad” y el “número cerrado” son expresiones jurídicas sinonímicas o si, por el contrario, denotan realidades distintas, aunque no opuestas. Es compartible la tesis que sostiene que la tipicidad y el número cerrado, aunque circunstancialmente sean utilizadas en forma indistinta, pueden distinguirse.

Repárese en que “distinción” no significa “oposición”, puesto que ambas realidades se hallan correlacionadas entre sí⁵⁹⁰.

El número cerrado refiere a la determinación del elenco de derechos reales y a su “contenido en abstracto”, determinando la amplitud de la utilidad que otorgan los diferentes derechos reales; así, por ejemplo, el dominio se configura como el derecho real que confiere a su titular la mayor cantidad de facultades: usar, gozar y disponer jurídica y materialmente de la cosa (art. 1941, Código Civil y Comercial).

En cambio, la tipicidad apunta al “contenido en concreto” de los derechos reales, y por ello existen derechos que tienen contenidos especiales o típicos⁵⁹¹. Así, por ejemplo, se legisla a los conjuntos inmobiliarios como un derecho real de propiedad horizontal especial (art. 2075, Código Civil y Comercial); también se regula con tipicidad

es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado”

⁵⁹⁰ Véase PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales. Numerus apertus y numerus clausus*, cit., pp. 201 y ss.

⁵⁹¹ Véase GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, cit., pp. 82-83; ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 29 ter, p. 60. Gatti luego abandona esa tesis y señala que *numerus clausus* y tipicidad son expresiones equivalentes (*Teoría general de los derechos reales*, cit., p. 122).

propia al usufructo constituido sobre un conjunto de animales (arts. 2141, inc. *a*, y 2153, Código Civil y Comercial).

3.4.2.7 Suerte de la configuración de un derecho real no permitido o de la modificación de los previstos

La configuración de un derecho real no previsto por la ley, o la modificación de su estructura, está sancionada con la nulidad (art. 1884, Código Civil y Comercial)

El Código Civil y Comercial, en seguimiento del Proyecto de 1998, abandona el errático criterio del Código Civil derogado, que en el art. 2502 mentaba lo siguiente: “Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

Esa norma fue severamente objetada por la doctrina porque si las partes pretendían constituir un derecho real, no correspondía que la ley distorsionase su voluntad y diera nacimiento a un derecho personal, el que mantiene diferencias estructurales e insalvables con el derecho real⁵⁹².

Con esa orientación, *de lege ferenda* se consideró que era preferible que la conversión del derecho real prohibido se realizara en un derecho real permitido cuya amplitud de contenido fuese semejante⁵⁹³.

⁵⁹² Véase ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Buenos Aires, 1964, pp. 70 y ss. Sobre la dinámica de la conversión de un derecho real prohibido en uno permitido, se ha dicho: “Las partes, pues, frente a la nulidad pueden impetrar de los jueces que el derecho real creado sea mantenido en calidad de personal, para el caso y en la medida en que ello sea jurídica y económicamente posible (...). Es necesario que en el derecho real que se desvanece, esté como embebido el derecho personal que debe subsistir. De los escombros del derechos real, surgirá menos esbelto y menos visible, pero lozano, el derecho personal” (VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales, cit.*, Tomo I, p. 24).

⁵⁹³ GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general, cit.*, p. 87.

Respecto del Código Civil y Comercial, Mariani de Vidal y Abella sostienen que, frente a la configuración de un derecho real no previsto o la modificación de su estructura, será el juez quien decida si importa un derecho personal o deviene en un derecho real próximo permitido⁵⁹⁴.

Molina Quiroga, por su parte, considera que el art. 1884 del Código Civil y Comercial reproduce la regla del art. 2502 del Código Civil derogado⁵⁹⁵, por lo que parecería sostener la subsistencia del instituto de la conversión sustancial en este ámbito.

Nelson G. A. Cossari entiende que “...en definitiva se tratará de desentrañar la voluntad de las partes más allá del *nomen juris* al que hayan recurrido, pero solo cuando ello quede meridianamente claro se podrá —ante la falta de acuerdo de los interesados— proceder a la conversión en otro derecho diverso del que se tentó constituir”⁵⁹⁶.

La conversión de un derecho real en uno personal es ontológicamente imposible, y la de un derecho real prohibido en otro permitido está claramente obstaculizada por la tesis que descarta la conversión frente a la nulidad absoluta, y es de nulidad absoluta la constitución de un derecho real prohibido, por contrariar el orden público propio de los derechos reales (art. 387, Código Civil y Comercial)⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalía, 2016, p. 42; “Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes”, *JA*, 2012-IV, *AP Online*.

⁵⁹⁵ MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Manual de derechos reales*, cit., pp. 18-19.

⁵⁹⁶ COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 44.

⁵⁹⁷ ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 44.

3.4.3 “...que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma...”

3.4.3.1 Introducción

El titular del derecho real obtiene las ventajas del objeto sin intermediación de persona alguna; en cambio, en el derecho personal, el acreedor satisface su interés a través de la conducta de otro, el deudor.

La norma descarta la expresión habitual en diversas definiciones de la doctrinas nacional y extranjera acerca de que el derecho real establece una “relación directa e inmediata” con el objeto. Ello pues, la referencia a la inmediatez podría derivar en equívocos que nos alejen de la esencia del derecho real, ya que ese vocablo hace referencia a una cuestión temporal que nada tiene que ver con su esencia⁵⁹⁸. Por esta razón, es preferible aludir solamente a una relación directa.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se reconoce que “se ha tomado del Proyecto [de 1998] la definición de derecho real, aunque a fin de complementar el concepto (...) se agregó que el poder jurídico se ejerce en forma autónoma”.

Se dice que el agregado efectuado le ha conferido mayor precisión a la definición⁵⁹⁹.

Pensamos, sin embargo, que la referencia a la autonomía del poder es notoriamente redundante a poco que se analice qué significa el vocablo “poder”. Como ya se dijo, en el concepto de poder jurídico, por propia definición, está comprendida la idea de autonomía⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ El vocablo “inmediato”, según la segunda acepción del *Diccionario* de la Real Academia Española significa “que sucede enseguida, sin tardanza”. Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 7 bis, p. 18.

⁵⁹⁹ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Principales reformas en materia de derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (noviembre), 17/11/2014, 165.

⁶⁰⁰ Véase Cap. IV, §3.4.1.

3.4.3.2 La regulación del objeto en el Código Civil derogado: ficciones y dubitaciones

El pensamiento clásico ciñó el objeto de los derechos reales a las cosas, es decir, a los objetos materiales susceptibles de tener valor económico. Esa fue la concepción que Vélez Sarsfield le imprimió al Código Civil derogado; en la nota al Título IV del Libro tercero “De los derechos reales” apreció:

“Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos a una prestación, es decir, a un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción (...)”.

“El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo e inmediato, y no puede haber un derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada, no exige necesariamente la existencia actual de la cosa, a la cual ese hecho deba aplicarse”.

Si bien el Código derogado adoptó como punto de partida que únicamente las cosas podían ser objeto de los derechos reales, lo hizo con fundamento en ciertas regulaciones que configuraban “descripciones fictas alejadas de la realidad”⁶⁰¹.

Vélez reguló al usufructo de créditos y la prenda de créditos, pero en la dogmática del Código el “crédito” no era el objeto de esos derechos, sino que asumía ese lugar el “instrumento” en el que el crédito constaba (arts. 2838 y 3212)⁶⁰².

⁶⁰¹ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 8 ter, p. 21; “Objeto de los derechos reales”, *Anuario del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tomo I*, Buenos Aires, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, pp. 89 y ss.

⁶⁰² Véase ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de los derechos reales*, cit., p. 165; con relación al usufructo de créditos sostuvo: “Aquí el objeto ‘actual’ sería el instrumento, que es una cosa, cosa corporal ¿Y cuando no hubiera instrumento? Entonces tendríamos un derecho real sin cosa, mas sin objeto, y recién cuando el

El Código derogado utilizaba la categoría de cosas por carácter representativo para mantener incólume la ilusión acerca de que el único objeto posible de los derechos reales eran las cosas (arts. 2313, 2317 y 2319, *in fine*).

“El instrumento cartular es una cosa como papel, pero es difícil admitir que se convierta en un inmueble por representación; el sistema de Vélez se queda con la ficción, pero es contraproducente, por disvalioso, prescindir de la realidad”⁶⁰³.

Incluso, el Código Civil derogado permitía que el derecho de usufructo recayese sobre un patrimonio, concepto jurídico que exorbita notoriamente a la noción de cosa. El art. 2827 reglaba: “El usufructo es universal, cuando comprende una universalidad de bienes, o una parte alícuota de la universalidad. Es particular cuando comprende uno o muchos objetos ciertos y determinados”.

Durante la vigencia del Código Civil derogado existió una mirada inexacta que visualizó que las partes materiales de una cosa no podían ser objeto de derechos reales, sino únicamente podía serlo la cosa en su integralidad.

Lo cierto es que, por el ejemplo, el art. 2821 permitía que el usufructo conjunto a favor de varios usufructuarios se ejerciese “por partes separadas o indivisas”. La conjunción disyuntiva “o” denotaba un objeto alternativo y la denominación “partes separadas” debía

deudor cumpla su obligación aparecería el objeto, la cosa soporte del derecho real”. También Cornejo apreció: “No hay posibilidad de derechos reales que, en cuanto a su relación interna, no tenga por objeto una cosa. Los llamados derechos reales sobre créditos (...) tienen por objeto el instrumento que los representa que es cosa por carácter representativo (2317 y 2319); si no existe el instrumento, no hay derecho real por falta de objeto. Cuando se habla del usufructo de un patrimonio (2827) se está frente a una expresión cómoda que sintetiza un conjunto de relaciones entre las que y respecto a cosas, constituyen usufructo. Tampoco pueden ser objeto los derechos reales (arts. 2842 y 3120), sin perjuicio de la posibilidad de ceder su ejercicio (art. 2870) y menos aún podría ser objeto un derecho personal” (Américo A. CORNEJO, “El objeto de los derechos reales”, *La Ley*, 1989-D, p. 985).

⁶⁰³ Ídem.

entenderse que se correspondía con partes materiales⁶⁰⁴, puesto que es incongruente pensar que sería nada más que otra manera de designar a las partes indivisas, o mejor alícuotas⁶⁰⁵.

Ello encontró recepción en el VII Congreso Nacional de Derecho Registral de 1988, reunido en Córdoba, cuyo despacho mayoritario concluyó:

“1. Respecto de determinados derechos reales, nuestro Código Civil admite la posibilidad de su constitución sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. 2. La constitución de tales derechos sobre diversas partes materialmente determinadas de un inmueble en favor de titulares distintos, no implica que entre ellos se establezca una cotitularidad de esos derechos...”.

3.4.3.3 Proyecto de 1998 y Jornadas Nacionales de Derecho Civil

El Proyecto de 1998 procuró no prescindir de la realidad y evitar las ficciones que mantenía el Código Civil derogado en cuanto al objeto del derecho real. Eliminó la categoría de cosas por su carácter representativo y en el art. 1816 propuso la siguiente norma: “*Objeto*. Son objeto de los derechos reales: a) Las cosas que están en el comercio. Se ejercen sobre la totalidad de ellas, o sobre una parte material, o por una alícuota. b) Los derechos en los casos previstos especialmente”.

Esa norma del Proyecto de 1998 mereció las siguientes consideraciones de Vázquez:

“No conocemos códigos del derecho comparado, ni proyectos o anteproyectos nacionales que se pronuncien de manera expresa en una norma sobre el objeto de los derechos reales. Éste ha sido un tema de abordaje estrictamente doctrinario”.

⁶⁰⁴ JNCiv., N° 25, firme, 20/05/1974, “Megna de Pagano, María J. c/ Pagano, Rosario J. s/escritura de usufructo”, sentencia de Jorge Horacio Alterini.

⁶⁰⁵ Véase Cap. IV, § 3.4.3.4.3.

“En este aspecto, el Proyecto es explícito, porque hay un artículo que determina concretamente cuál es el objeto de los derechos reales (...).”

“Así, en el marco normativo del Proyecto de Código Civil de 1998, encontramos la prenda de crédito. Es decir, aquí el crédito viene a ser el objeto del derecho de prenda; también aparece el usufructo de derechos, cuando la ley especialmente lo autoriza; el usufructo del patrimonio de origen testamentario y, asimismo, el derecho real de superficie. En todos estos supuestos, el objeto del derecho real en el Proyecto es un derecho y no una cosa”.

“En este aspecto, creemos que el Proyecto exalta lo que llamamos la cultura de la verdad en el marco legislativo. ¿Cuál sería el motivo por el cual debería conservarse a toda costa y a cualquier precio a la cosa como objeto exclusivo del derecho real? Si la realidad, de la cual hemos hablado mucho, nos pone frente a la verdad, que es distinta, ¿cómo podemos declarar que el objeto de la prenda de crédito es el instrumento que documenta el crédito y no el crédito mismo?”⁶⁰⁶.

Lo expuesto encontró recepción en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2001, reunidas en Buenos Aires, que concluyeron, que “...los derechos reales tienen por objeto: a) Las cosas. b) Las partes materiales de las cosas. c) Los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece”. Tal conclusión, fue reafirmada con posterioridad en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007, celebradas en Lomas de Zamora.

3.4.3.4 Código Civil y Comercial

3.4.3.4.1 Introducción

El Código Civil y Comercial sigue en esta temática a la tendencia doctrinaria iniciada por el Proyecto de 1998; elimina la categoría de cosas por su carácter representativo y regla en el art. 1883: “*Objeto*. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la

⁶⁰⁶ VÁZQUEZ, Gabriela A., “Objeto de los derechos reales”, *Anuario del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tomo I*, Buenos Aires, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, pp. 89 y sigs.

cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”.

3.4.3.4.2 Cosa (totalidad o parte material)

El objeto principal de los derechos reales son las cosas, pues los derechos solo pueden serlo cuando la ley lo indique expresamente. Las cosas son objetos materiales susceptibles de valor económico (art. 16, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, un derecho real puede recaer sobre la totalidad de la cosa o solamente involucrar una parte material de ella⁶⁰⁷. Esta última alternativa debe conectarse con la posibilidad de que la cosa sea divisible, es decir, cuando pueda ser dividida sin que sea destruida (divisibilidad física) y su fraccionamiento no convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento (divisibilidad jurídica) (art. 228, Código Civil y Comercial).

La posibilidad de que los derechos reales puedan recaer sobre una parte material de la cosa es de suma relevancia. Piénsese en un campo de miles de hectáreas: ¿por qué no permitir, verbigracia, que se constituya un usufructo sobre una determinada cantidad de hectáreas? El criterio permisivo es de toda lógica.

Si el derecho real se constituyera sobre una parte material de la cosa y se tratara de aquellos que se ejercitan a través de la posesión, esta relación real también se proyectaría solamente sobre esa parte material (art. 1912, Código Civil y Comercial).

3.4.3.4.3 Ejercicio por una alícuota

El objeto del derecho real, ya la totalidad de una cosa, ya una parte material de una cosa, puede ejercerse a través de una alícuota.

⁶⁰⁷ Véanse algunas expresiones particulares de que la parte material de una cosa puede ser objeto de los derechos reales en los arts. 2130, 2154, 2158, 2163, 2251, 2252 y 2261 del Código Civil y Comercial.

Frente a una comunidad de derechos reales, la titularidad de estos derechos no se fracciona materialmente, sino que se extiende a la totalidad del objeto de acuerdo con la medida de la alícuota.

Es que la mitad, el tercio o el cuarto, que conforman la titularidad de cada uno de, por ejemplo, los condóminos, no se aplican a una porción material de la cosa, sino que se propaga sobre cada una de las moléculas integrativas de ese objeto⁶⁰⁸.

Por esas consideraciones, es equívoca la referencia del art. 1883 cuando apunta que el objeto se ejercita “por el todo o por una parte indivisa”, pues también en esta última alternativa el ejercicio del derecho real se proyecta sobre todo el objeto.

Por otra parte, el Código adopta la objetable denominación de “parte indivisa”. La mención de “parte” hace pensar en una materialidad absolutamente impropia para expresar la proporción del derecho de cada comunero sobre el objeto. En este sentido, Jorge H. Alterini postula:

“Precisamente porque se quiere expresar una noción ideal carente de materialidad, es más adecuado hablar de cuotas o de proporciones, como lo hace el Anteproyecto de 1954, o de participación en el todo, como lo propone Coghlan, o mejor de alícuotas, como lo propugna el Proyecto de 1998 (...). Con el vocablo ‘alícuota’ no se presenta la idea de pago fraccionado que puede evocar la palabra ‘cuota’”⁶⁰⁹.

Por ello, no es recomendable que la expresión “alícuota” sea antecedida por el término “parte”, para no incurrir por esa vía en la ineludible evocación de materialidad que se cuestiona⁶¹⁰. Además, con

⁶⁰⁸ Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo III, § 1058 bis, p. 220.

⁶⁰⁹ Ídem.

⁶¹⁰ Es preferible emplear el vocablo "alícuota", concebido como adjetivo sustantivado, pues, como se lee en el *Diccionario panhispánico de dudas*, ese término "también se usa como sustantivo femenino", y naturalmente se trata de un uso correcto.

la utilización solitaria del vocablo “alícuota” se prescinde de la desfiguración conceptual que produce la referencia a “parte”⁶¹¹.

3.4.3.4.4 Derechos

El art. 1883 del Código Civil y Comercial dispone que el objeto del derecho real puede consistir, también, en “un bien taxativamente señalado por la ley”.

Es equívoca la alusión a “bien” y no a “derecho”, pues el art. 16 del Código concibe a los bienes como género y a las cosas como una de sus especies⁶¹². En materia de derechos reales de garantía no se presenta esa imprecisión, ya que en el art. 2188 se alude a que “cosas y derechos pueden constituir el objeto” de esos derechos.

Se establecen diversos casos de derechos reales sobre otros derechos; ya creditorios, por ejemplo, la prenda de créditos (arts. 2219, 2232 y ss.); ya reales, verbigracia, derechos reales de garantía sobre el derecho superficiario de plantar, forestar o construir (art. 2120).

Con relación al derecho de usufructo, el art. 2130 regla que su objeto puede ser “...b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé (...); d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario”.

Con relación al primer supuesto, las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron que “...el usufructo puede tener por objeto un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé (art. 2130, inc. b, CCyC). Uno de estos casos lo constituye la anticresis del usufructo (art. 2213, CCyC)”.

⁶¹¹ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 30.

⁶¹² Véase ALTERINI, Jorge H., “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2012-E, p. 898.

Igualmente, debe recordarse que la ley 19550 posibilita la constitución de usufructo sobre bienes distintos a las cosas; así, las acciones de sociedad anónima (art. 218) y las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 156). Debe tenerse presente, asimismo, que la ley 19550 también regla la prenda de acciones (art. 219). Repárese en que el objeto del derecho real en esos casos no lo constituye el título valor que contiene el conjunto de derechos de los socios, sino los derechos a él incorporados⁶¹³.

Por otra parte, la herencia como objeto del derecho real exorbita a la categoría de cosas y abraza también a los derechos, en razón de su indiscutida naturaleza de universalidad de derecho, es decir, de conjunto de cosas y bienes al que el ordenamiento jurídico le confiere un tratamiento unitario.

3.4.3.4.5 *Quid de la energía y las fuerzas naturales*

El art. 16 del Código Civil y Comercial preceptúa que “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

No obstante la redacción de la norma, resulta muy dificultoso armonizar el régimen jurídico propio de las cosas con las particularidades de la energía: se echa de menos la posibilidad de la relación directa que caracteriza el derecho real. Dice Allende:

“...jamás (no niego que podría rebuscarse alguna excepción, lo que no quitaría verdad a la categórica negación) la energía podría servir de soporte al derecho real, como que detrás de ella, de la energía, siempre hay alguien que la está produciendo en base a la materia y por lo tanto no independiente de ella (...)”.

“¿Podría iniciar una acción reivindicatoria de tal energía? ¿Podría tener yo posesión de tal energía? No, no es posible. (...)”.

“Cosa y energía, desde el punto de vista jurídico, implican un dualismo que exige normas diferencias (...) la energía no puede servir de soporte al derecho real; lo contrario implicaría

⁶¹³ Véase ALTERINI, Ignacio E., *La acción y el derecho de voto*, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 84-85.

desnaturalizar completamente a éste, pues la energía aparece producida por alguien...”⁶¹⁴.

La energía no puede ser objeto de relaciones reales, ni de acciones posesorias o interdictos, ni de acciones reales.

Acaso, la preocupación por tratar a la energía como cosa pueda tener como finalidad primera un mejor encuadramiento de la sustracción de la energía dentro del delito penal de hurto⁶¹⁵. En un segundo plano, para determinar la viabilidad a su respecto del contrato de compraventa y hasta de la eventual aplicación del art. 1757 del Código Civil y Comercial en cuanto a la responsabilidad derivada de la intervención de una “cosa riesgosa”⁶¹⁶.

Las peculiaridades propias de la energía llevan a pensar que ella excede la categorización clásica de cosas y bienes (que no son cosas), para constituir una suerte de tercera agrupación conceptual en materia de objetos de derecho⁶¹⁷.

Estas inquietudes fueron, también, motivo de expreso tratamiento en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, las que concluyeron: “Aunque sea discutible si la energía es o no una

⁶¹⁴ ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de los derechos reales*, cit., pp. 187 y 189.

⁶¹⁵ En tal sentido, se ha dicho: “A los efectos del dictado del auto de procesamiento, configura el delito de hurto, y no el de estafa, la sustracción de la señal de Internet efectuada mediante una conexión clandestina de cable coaxial, toda vez que las señales sustraídas, al ser impulsadas eléctricamente, integran el concepto de energía eléctrica susceptible de apropiación en los términos del art. 162 del Cód. Penal” (CNCrim. y Correc., Sala I, 17/03/2004, “Gigante, Eduardo José”, *La Ley*, 2004-C, p. 727).

⁶¹⁶ CSJN, 15/10/1987, “Prille de Nicolini, Graciela Cristina v. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 310:2103 y *La Ley*, 1988-A, p. 217. En igual sentido: CNCiv., Sala A, 25/10/2001, “Ferrai Hnos. e Hijos c. Edesur S.A.”, *RCyS*, 2001-VI, p. 114; *RCyS*, 2001, p. 990; CNCiv., Sala H, 18/03/1999, “L. L. S. c. Bauen S.A.”, *La Ley*, 1999-F, p. 80. Véase Cap. III, §6.

⁶¹⁷ ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 8 quater, pp. 22-23.

cosa, deben aplicársele las normas jurídicas atinentes a las cosas en tanto sean compatibles”.

3.4.4 “...y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”

Si se aludiera a la persona como sujeto activo del derecho real, por contraposición parecería que mediara otra como sujeto pasivo, desvirtuándose los fundamentos del derecho real. Para evitar esa confusión es conveniente, como lo hace el Código, a la manera del Proyecto de 1998, emplear el vocablo “titular”.

Las facultades de persecución y de preferencia son las ventajas derivadas de la inherencia del derecho real respecto de objeto. El art. 1886 del Código Civil y Comercial preceptúa: “El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”.

La “facultad de persecución” impone dirigir la mirada a las acciones reales. Pero no por ello se debe desconocer que existen acciones personales con efectos reipersecutorios⁶¹⁸.

⁶¹⁸ Así, por ejemplo, las acciones posesorias; la acción de nulidad posibilita la persecución de la cosa que es objeto del acto nulo contra determinados sucesores particulares; las acciones revocatoria (pauliana o de fraude) y de simulación. A determinadas acciones personales que el derecho romano concibió con alcances reipersecutorios, se las conoce como acciones *in rem scriptae*, expresión que designa la proyección del derecho personal sobre la cosa. De trasladarse la terminología romana al derecho nacional, no parece desdeñable catalogar como acciones *in rem scriptae*, a acciones que –como las antes enunciadas– son personales, pero con ciertos alcances reipersecutorios. Esta postura fue seguida por la XVII Jornadas Nacionales reunida en Santa Fe en 1999, que concluyeron en el punto 2, *in fine*, de su declaración *de lege lata*: “El efecto reipersecutorio no es privativo de las acciones reales”.

La “facultad de preferencia” se traduce a través de la máxima romana *prior in tempore potior in iure*, es decir, “primero en el tiempo, más fuerte en el derecho”. Este derecho es independiente de los privilegios, y nada tiene que ver con ellos, en los que está en juego la jerarquía de los créditos, con abstracción de su antigüedad⁶¹⁹.

Piénsese, verbigracia, en una constitución sucesiva de usufructos, posibilitada porque el nudo propietario despojó al usufructuario de la cosa y constituyó uno nuevo. ¿Cuál derecho real de usufructo prevalece? En función del derecho de preferencia, triunfa el derecho real del primitivo usufructuario.

Estamos frente a otra característica diferencial entre los derechos reales y los derechos personales. La mayor antigüedad de un crédito, en principio, no establece una prelación de pago respecto de otro crédito posterior. Las jerarquías de los créditos quedan regidas por los privilegios.

4 MUTACIONES JURÍDICO REALES

4.1 Alcances

El art. 1884, al hacer tema con la estructura del derecho real, establece que la “...adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción...” es regulada por la ley y, en ese sentido, conforman normas de carácter estatutario⁶²⁰.

En rigor, la “transmisión” comprende a la “constitución”, pues en las adquisiciones derivadas por actos entre vivos, en tanto los derechos adquiridos provienen del autor, este es quien lo transmite y al hacerlo constituye el derecho derivado⁶²¹. Así,

⁶¹⁹ Sobre el particular, es categórica la nota al Título IV del Libro tercero del Código Civil derogado, donde se leía: “Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre el mismo objeto el mismo derecho real, el derecho anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior”.

⁶²⁰ Véase Cap. IV, §3.4.2.2.

⁶²¹ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial*

podría pensarse, verbigracia, que un titular de dominio transmite ciertas facultades a otra persona, que determinan el nacimiento de, por ejemplo, el derecho de usufructo.

Incluso, podría haberse prescindido de la utilización del vocablo “transmisión”, ya que ella se presupone en la “adquisición” cuando reviste el carácter de derivada⁶²².

Aun, hubiera sido posible evitar el uso de la palabra “duración”, porque ella responde al interrogante acerca de cuánto se extiende la vida del derecho y se halla alcanzada por la amplia noción de “extinción”.

Por esas consideraciones, debe entenderse por mutación jurídico real a toda adquisición, modificación y extinción de derechos reales, a la manera del inc. a) del art. 1017 del Código Civil y Comercial.

4.2 Diversas clases

4.2.1 Adquisición

4.2.1.1 Originaria

Una adquisición es originaria cuando el adquirente alcanza la titularidad del derecho real sin fundamento en un derecho anterior y, por tanto, sin otros límites que los establecidos por la ley. Son modos suficientes de adquisición originaria: la ley, la prescripción adquisitiva, la apropiación, la transformación y la accesión.

4.2.1.2 Derivada

4.2.1.2.1 Concepto

Comentado. Tratado exegético, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 77-78.

⁶²² Véase Cap. IV, §4.2.1.2.

Una adquisición es derivada cuando se funda en un derecho anterior; de allí que sea aplicable el principio del *nemo plus iuris*, en virtud del cual “nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene” (arts. 399, Código Civil y Comercial).

La adquisición derivada puede provenir de actos entre vivos o de actos por causa de muerte, en función de si el derecho es transmitido durante la vida de su anterior titular o ante su muerte.

Las adquisiciones derivadas por actos entre vivos requieren, por regla, la concurrencia de título y modo suficientes (art. 1892, Código Civil y Comercial); en cambio, las adquisiciones derivadas por causa de muerte se rigen por la directiva según la cual el sucesor continúa a la persona del causante (art. 2277, 2280, Código Civil y Comercial).

4.2.1.2.2 Transmisibilidad

La regla es que “todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario” (art. 1906, Código Civil y Comercial).

Se ha dicho que esa norma aplica para los derechos reales el mismo criterio del art. 398 del Código Civil y Comercial⁶²³, según el cual “todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres”.

En rigor, si bien ambas directivas legales apuntan a la transmisibilidad de los derechos, debe repararse en que para el art. 1906 solamente la ley puede disponer la intransmisibilidad de

⁶²³ AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, tomo II, p. 261.

los derechos reales y, en cambio, el art. 398 permite también que la autonomía de la voluntad acote la transmisibilidad.

La referencia a que solamente la ley puede disponer la intransmisibilidad del derecho real evidencia que las normas atinentes a las transmisiones de derechos reales son de carácter estatutario por estar impregnadas de orden público (art. 1884, Código Civil y Comercial)⁶²⁴.

Por ello, las cláusulas contractuales o disposiciones testamentarias que prohíban la transmisión de los derechos reales serán nulas de nulidad absoluta, por la naturaleza de las normas involucradas (art. 387, Código Civil y Comercial), salvo que la ley admita que los particulares prohíban la transmisión de los derechos reales, como ocurre, por ejemplo, en el art. 1972 del Código Civil y Comercial, que autoriza a pactar cláusulas de inalienabilidad⁶²⁵.

Por otra parte, la propia ley en ocasiones se aparta del mandato general de la transmisibilidad. Así, el derecho real de habitación es intransmisible (art. 2160, Código Civil y Comercial), y los derechos reales de usufructo, uso, y servidumbre personal son transmisibles por actos entre vivos, pero no por causa de muerte (arts. 2140, 2142, 2155 y 2172, Código Civil y Comercial).

Los derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis y prenda) solamente pueden ser transmitidos juntamente con el crédito que garantizan (art. 2186, Código Civil y Comercial). Y el derecho real de servidumbre, cuando es real, únicamente puede ser transmitido con el inmueble gravado (art. 2178, Código Civil y Comercial).

4.2.1.2.3 Convalidación

⁶²⁴ Véase Cap. IV, §3.4.2.2.

⁶²⁵ Con esa orientación, las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, reunidas en Bahía Blanca, concluyeron mayoritariamente –sobre la base de la ponencia presentada por quien suscribe– que “No es posible pactar cláusulas de inenajenabilidad en caso de usufructo, toda vez que conculca lo dispuesto por los artículos 1884 y 1906 del CCyC”.

El art. 1885 del Código Civil y Comercial dispone: “*Convalidación*. Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”.

Ante todo, no es suficientemente precisa la mención del Código a “un derecho real que no tiene”. Acaso, hubiese sido preferible mantener lo que expresaba el art. 2504 del Código Civil derogado: “un derecho real que no tenía derecho a transmitir”, o, mejor, aludir a “un derecho real sin legitimación al efecto”, como decía el art. 1818 del Proyecto de 1998.

Puede caracterizarse a la convalidación como el saneamiento automático de la ineficacia de un acto que adolecía de falta de legitimación del disponente, mediante la adquisición posterior por este del poder de disposición que carecía⁶²⁶.

El acto que era ineficaz por defecto de legitimación deviene eficaz por la posterior adquisición de la legitimación con respecto al objeto.

Al decir de Lafaille, se trata de un “remedio” que “tiende a mantener la buena fe en los contratos” y “estabiliza además las transmisiones y sirve de garantía eficaz a los terceros”⁶²⁷.

La convalidación no debe ser confundida con la confirmación de las nulidades relativas (arts. 393 a 395, Código Civil y Comercial), saneamiento al que algunos —sobre todo en la doctrina comparada— designan como “convalidación” de las nulidades.

La regla del art. 1885 completa la del art. 399, pues si bien esta última norma consagra la máxima romana del *nemo plus iuris*, según la cual “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba...”, en virtud del

⁶²⁶ Véase ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Teoría general de las ineficacias*, cit., p. 61.

⁶²⁷ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 38, p. 73.

art. 1885 la transmisión del derecho puede convalidarse si se lo adquiere después. Una clara manifestación de la convalidación se presenta en el art. 2507: “El legado de cosa ajena no es válido, pero se convalida con la posterior adquisición de ella por el testador”.

Téngase presente que la adquisición sobreviniente del “derecho a transmitir” un derecho real puede fundarse ya en una sucesión universal, ya en una sucesión singular.

Se infiere del art. 1885 que la convalidación tiene efectos retroactivos al tiempo de la transmisión, pero, a diferencia de la solución del art. 395 para la confirmación y la del art. 369 para la ratificación, el Código nada dice acerca de que la retroactividad no puede afectar derechos de terceros. Igualmente, la solución no debe variar, en virtud del principio general de la inmunidad de los terceros, consagrado en el art. 1021⁶²⁸.

El saneamiento de la convalidación alcanza a todos los derechos reales, pues no existe excepción legal que excluya a algún derecho real de la aplicación del art. 1885.

El Código Civil derogado, en el art. 3126, excluía injustificadamente de su ámbito al derecho real de hipoteca: “La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisición que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniese a suceder al constituyente a título universal”.

Vélez Sarsfield, en la nota a dicha disposición, siguiendo a Aubry y Rau, intentó justificar el apartamiento del principio general:

“La propiedad del inmueble en la persona del constituyente de la hipoteca, no es una simple condición de capacidad personal, sino una condición de la posibilidad legal de la constitución de la hipoteca en sí. Faltando esta condición, falta la materia para la imposición del gravamen, y se encuentra el acto con un vicio real y sustancial que

⁶²⁸ Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, § 38 bis, p. 74.

no pueden hacer desaparecer las circunstancias indicadas. Por otra parte, si de algún modo pudiera valer la hipoteca de una propiedad ajena, tendríamos una hipoteca de bienes futuros”.

Mariani de Vidal postuló que “las razones apuntadas serían igualmente aplicables a todos los otros derechos reales (...) es decir que se debió desechar totalmente la convalidación o admitirla lisa y llanamente para todos los derechos reales”⁶²⁹.

4.2.2 Modificación

La cuestión referida a la modificación de los derechos reales fue abordada en el §3.4.2.7 del presente Capítulo, al que remito.

4.2.3 Extinción

4.2.3.1 Normativa aplicable

El art. 1907 del Código Civil y Comercial prevé: “Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”.

4.2.3.2 Modos generales de extinción de los derechos patrimoniales⁶³⁰

4.2.3.2.1 Extinción de la fuente del derecho

Tanto en los derechos reales como en los personales, la extinción del título-causa fuente del derecho hace fenecer, también, al derecho configurado. Piénsese, por ejemplo, en la

⁶²⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, cit., tomo I, p. 100.

⁶³⁰ Véase ALTERINI, Ignacio E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo VI, pp. 144-145.

nulidad del contrato que da nacimiento a un derecho creditorio o bien a un derecho real.

Así, verbigracia, el art. 372 del Código Civil y Comercial regla: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso”.

Cuando se extingue el acto jurídico que le otorgó vida al derecho, este último se queda sin soporte y pierde su existencia jurídica. En ocasiones, puede nacer otra causa fuente del derecho. Así, el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso, al que alude el art. 372, encuentra el soporte de su derecho en la ley (art. 1894, Código Civil y Comercial)⁶³¹. Téngase presente que la ley funciona en ese caso como el acto jurídico que origina el derecho.

4.2.3.2.2 Expropiación

El art. 4° de la ley 21499 preceptúa: “Pueden ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la ‘utilidad pública’, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no”.

Los derechos creditorios son bienes en cuanto a que son objetos inmateriales susceptibles de valor económico (art. 16, Código Civil y Comercial). Con esa comprensión, tanto los derechos creditorios como los derechos reales se extinguen por la expropiación.

4.2.3.3 Modos generales de extinción de los derechos reales

4.2.3.3.1 Destrucción total de la cosa

⁶³¹ Véase Cap. I, §7.2.3.

Es lógico que si el derecho real recae sobre una cosa, la destrucción de ella extingue al derecho. Sin embargo, la destrucción de la cosa solo extingue el derecho “si la ley no autoriza su reconstrucción” (art. 1907). El Código autoriza la reconstrucción de la cosa en los derechos reales de propiedad horizontal (art. 2055) y superficie (art. 2122).

Gurfinkel de Wendy piensa que la extinción del derecho real por la destrucción de la cosa solamente podría presentarse en el caso de los muebles, pero no en el supuesto de los inmuebles. Alude a que, si produce un incendio o un terremoto que destruye lo plantado o construido, permanecerá “...el inmueble por naturaleza que es precisamente el bien raíz”⁶³².

Para Nelson G. A. Cossari sí puede hallarse un supuesto en el cual el inmueble por naturaleza también quedaría destruido. Ejemplifica con el caso del maremoto que determina que el inmueble quede cubierto permanentemente por el mar. Dice: “En tal caso desaparece el sustento del derecho real”⁶³³.

4.2.3.3.2 Abandono

La abdicación de derechos reales recibe la denominación de “abandono”.

Para que el abandono surta efectos extintivos es necesarios que sea voluntario y expreso (arg. art. 1931, inc. e], Código Civil y Comercial).

La voluntariedad del abandono se traduce en que debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad, a través de un hecho exteriorizado (art. 260, Código Civil y Comercial).

⁶³² GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores) y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo V, p. 261.

⁶³³ COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo IX (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 225.

Por otra parte, la voluntad de abandonar el derecho no se presume, por lo que debe ser expresa e inequívoca.

En el caso de tratarse de cosas muebles, es de notar que, ante la duda de si la cosa es abandonada, el art. 1947, inc. b.i), establece que “si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario”.

Asimismo, el art. 1955 puntualiza que “el que encuentra una cosa perdida no está obligado a tomarla, pero si lo hace asume las obligaciones del depositario a título oneroso. Debe restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policía del lugar del hallazgo, quien debe dar intervención al juez”.

El dominio de cosas muebles no registrables abandonadas se adquiere por apropiación (art. 1947, inc. a), Código Civil y Comercial); en cambio, los inmuebles que carecen de dueño son del dominio privado del Estado nacional, provincial o municipal, de pleno derecho (art. 236, Código Civil y Comercial).

4.2.3.3 Consolidación

La consolidación es un modo de extinción de los derechos reales sobre objeto ajeno, ya de disfrute (superficie, usufructo, uso y habitación), ya de garantía (hipoteca, anticresis y prenda), que se verifica cuando se reúnen en una misma persona las calidades de titular de un derecho real sobre objeto propio y de titular de un derecho real sobre objeto ajeno.

5 LA TRADICIÓN EN LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO REAL

5.1 Introducción

El art. 1892 del Código Civil y Comercial comienza su regulación con el siguiente aserto: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes”.

Esa afirmación no tiene una fuerza tan expansiva como se puede creer, pues, a pesar del silencio del Código, no todos los derechos reales requieren la concurrencia de título y modo suficientes. Así, la hipoteca y la servidumbre negativa se constituyen solamente con el título suficiente, pues son extrañas a la idea de posesión⁶³⁴.

El Proyecto de 1998, con la mirada puesta en esos derechos, preveía en el art. 1825: “*Título suficiente. Caso especial.* La adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que no se ejercen por la posesión, sólo requiere título suficiente”.

5.2 Necesidad de título suficiente

El “título suficiente” es el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir el derecho real, otorgado por disponentes capaces y legitimados al efecto.

El vocablo “título” se emplea con el sentido de causa fuente de la adquisición. La mentada causa tiene aquí el alcance de acto jurídico, lo que conecta al título suficiente con la noción vertida en el art. 259 del Código Civil y Comercial: “El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

En cuanto a las formas del acto jurídico, cuando la transmisión recae en un derecho real sobre inmuebles, impone dirigir la mirada al art. 1017 del Código Civil y Comercial, que regla: “Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles...”.

El finalismo propio del acto jurídico es aquí el de transmitir un derecho real, por lo cual solo pueden hacer las veces de “títulos suficientes” actos jurídicos que tengan ese objetivo. Son títulos suficientes para transmitir el derecho real de dominio los contratos de compraventa, permuta, donación, etc., y por carecer de dicha

⁶³⁴ Véase Cap. IV, §1.4.9.

finalidad transmisiva deben descartarse de ese concepto a contratos como la locación o el comodato.

El título no es suficiente si proviene de un otorgante incapaz, o que no se encuentra legitimado para disponer el objeto. En ese supuesto, se estará en presencia de un simple justo título para usucapir, eficaz para alcanzar la prescripción adquisitiva breve, conjuntamente con otros requisitos.

Si el título no es verdadero, o es verdadero pero no se aplica al objeto, es un título putativo⁶³⁵. El título no es verdadero, por ejemplo, si una persona adquirió la posesión de las cosas de la herencia en virtud de haber sido instituido heredero testamentario y luego se toma conocimiento de un testamento posterior que revoca esa institución hereditaria. El título es verdadero, pero no se aplica a la cosa que se posee, verbigracia, si se adquiere un inmueble, pero se ejercita la posesión sobre un inmueble contiguo.

5.3 Alcances del modo suficiente

Para que opere la transmisión del derecho real, además del título suficiente, se requiere un modo suficiente. La tradición, por regla, es el modo suficiente para transmitir derechos reales que se ejercen por la posesión (art. 1892, Código Civil y Comercial).

Tanto es así que el art. 750 del Código Civil y Comercial, en el marco de las obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales, enérgicamente menta: “El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario”.

5.3.1 Derechos reales que se ejercen por la posesión

El Código Civil y Comercial establece la regla de que todos los derechos reales se ejercen por la posesión, con excepción de las

⁶³⁵ Si bien el Código Civil y Comercial no regula al título putativo, como sí lo hacía el Código Civil derogado (arts. 2357 y 4011), pedagógicamente mantiene su valor.

servidumbres y la hipoteca, y puntualiza que “las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión” (art. 1891, Código Civil y Comercial).

La redacción de la norma podría mover a pensar que la ejecución de actos posesorios no involucraría necesariamente a la posesión. El problema se plantea en la servidumbre positiva que supone un soportar por parte del fundo sirviente del ejercicio de ciertos actos por parte del titular del inmueble dominante (v. gr.: servidumbre de tránsito).

Debe tenerse presente que, si hay actos posesorios, hay ejercicio de la posesión. Ello no quiere significar que para llevarlos a cabo el legitimado al efecto deba apropiarse físicamente de la cosa; podrá no ocupar el objeto en su integralidad, pero con relación al acotado asiento material en que las ejerza, el beneficiario de las servidumbres positivas será poseedor⁶³⁶.

La solución del Código parece corresponderse con el pensamiento de Gatti, quien aprecia: “La hipoteca y las servidumbres son los derechos reales que no se ejercen por la posesión ya que es en modo alguno necesario para el ejercicio de esos derechos que el inmueble sobre el que recaen sea entregado a los titulares de aquellos derechos; sin perjuicio de que algunas servidumbres positivas (...) se traduzcan en su ejercicio en la realización de actos posesorios sobre el fundo sirviente”⁶³⁷.

La fuente inmediata del art. 1891, el art. 1823 del Proyecto de 1998, no presentaba vacilaciones y proponía la siguiente redacción: “Ejercicio a través de actos posesorios. Todos los derechos reales se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres negativas, la hipoteca, y la indisponibilidad voluntaria. Hay ejercicio por la

⁶³⁶ ALTERINI, Jorge H., “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, op. y loc. cit.

⁶³⁷ GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, cit., p. 179.

posesión aunque los actos materiales no importen el apoderamiento de la cosa”.

Es dificultoso pensar que quien no posee pueda ejercitar actos posesorios, pues el ejercicio de la posesión no implica necesariamente la ocupación posesoria de toda la cosa (arg. art. 1928, Código Civil y Comercial).

La polémica no es menor. Repárese en que, si se descartara que el titular del fundo dominante ejercite la servidumbre positiva a través de la posesión, se desecharía la alternativa de que este derecho pueda ser adquirido por prescripción, pues para que proceda la usucapión es necesario que el derecho real sea principal (art. 2565, Código Civil y Comercial) y que se ejerza por la posesión (art. 1897, Código Civil y Comercial).

5.3.2 La tradición como modo suficiente

La tradición como modo suficiente ya fue analizada orgánicamente en el Capítulo II, al que remito.

5.3.3 La inscripción registral como modo suficiente

En diversos casos legalmente previstos, la inscripción registral funciona como modo para adquirir el derecho real. Un registro es constitutivo cuando el derecho nace con la inscripción, independientemente de que se haya efectuado la tradición de la cosa.

Así, la titularidad de los “automotores” se acredita a través de la inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. Se trata de una inscripción de definidos rasgos constitutivos, pues recién con ella el acto produce efectos entre las partes y respecto de terceros (art. 1° del decreto-ley 6582/1958).

También la ley 20.378 estableció con relación a los “equinos pura sangre de carrera” que la inscripción en los Registros Genealógicos reconocidos acredita su propiedad y que la transmisión del dominio solo se perfeccionará entre las partes y respecto de terceros mediante la inscripción de los respectivos actos en esos Registros (arts. 1° y 2°);

inscripción que es claramente constitutiva. Esta ley fue reglamentada a través del decreto 4827/1973.

5.3.4 El primer uso como modo suficiente

En la servidumbre positiva el modo suficiente es el primer uso que su titular realice (art. 1892, cuarto párrafo, Código Civil y Comercial).

5.3.5 Caso especial de modo suficiente: la notificación

El Proyecto de 1998 se hizo cargo de un supuesto generalmente silenciado: el referido a cuál es el modo en la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real sobre objeto total o parcialmente propio en los supuestos de estar gravado con derechos reales como el usufructo, el uso, la habitación, la prenda o la anticresis, pues allí el modo suficiente se concretaba a través de la notificación de la identidad del nuevo titular al titular del derecho real sobre cosa ajena, como una suerte de expansión de la *traditio brevi manu* en su modalidad conocida como “tradición por indicación”⁶³⁸.

El art. 1826 del Proyecto de 1998 establecía: “*Modo suficiente. Caso especial.* El modo en la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, si está gravada con un derecho real que se ejerce por la posesión, es la notificación de la identidad del nuevo titular al titular del derecho real sobre cosa ajena, salvo que se trate de una servidumbre positiva”.

A pesar de la falta de tratamiento en el Código Civil y Comercial del supuesto señalado, debe entenderse que el modo se satisface mediante el mecanismo enunciado.

5.3.6 El modo suficiente en la prenda de créditos

El art. 2233 del Código Civil y Comercial regula que “la prenda de créditos se constituye cuando se notifica la existencia

⁶³⁸ Véase Cap. II, §6.2.3.

del contrato al deudor del crédito prendado”, lo que significa que la tradición del instrumento del crédito (art. 2219) no es suficiente para dar nacimiento a ese derecho real.

En el derecho real de prenda cuando recae sobre un derecho creditorio, el título es obviamente el contrato, mientras que el modo circula por dos andariveles: uno el de la entrega del instrumento y el otro la notificación al deudor del crédito, como una resonancia latente de la *traditio brevi manu* en su presentación como tradición por indicación⁶³⁹.

5.3.7 Quid del modo suficiente ante contratos traslativos celebrados en el extranjero de inmuebles situados en la República

El art. 1211 del Código Civil derogado disponía: “Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente”.

Vélez Sarsfield en la nota a ese artículo efectuó, con relación a la exigencia del instrumento público, la siguiente explicación:

“Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar de instrumentos públicos, no se exige que precisamente sean hechos por notarios, o escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fe pública, que imprimen autenticidad a los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras, como Austria, Prusia, etc., en las

⁶³⁹ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo X (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), pp. 750-751.

cuales los jueces son los únicos que dan autenticidad a los actos, y los notarios se limitan a protestas de letras, o a recibir los contratos de las personas que no saben escribir. Respecto de los contratos hechos en estas naciones, aunque los instrumentos no sean hechos ante escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama instrumento público”.

El Código Civil y Comercial suprimió el requerimiento de la protocolización del instrumento público otorgado en el extranjero como imposición previa a la tradición de los inmuebles⁶⁴⁰. Dice el art. 2667: “Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”.

Se ha criticado esa eliminación con la siguiente fundamentación:

“Lamentablemente, ha sido suprimido un último párrafo que se hallaba proyectado y que mantenía la línea del art. 1211 del Código Civil de Vélez Sarsfield (...). Esa disposición contenía, a través de la intervención judicial y notarial, un resguardo de control previo, inherente a la seguridad del tráfico inmobiliario, cuya supresión se advierte como una seria omisión, que deberá ser suplida en sede registral, arbitrando mecanismos necesarios para preservar la integridad y la debida fe en los asientos, indispensables por la índole de la materia”⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Véase SOTO, Alfredo M., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo XI (Directores del tomo: Francisco Ferrer, Fulvio Santarelli y Alfredo Soto), p. 1096.

⁶⁴¹ UZAL, María E. y MASUD, Pablo R., en CURÁ, José M. (Director) y VILLALONGA, Julio C. (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., tomo VII, pp. 797-798.

Sin perjuicio de esas observaciones quiero prevenir acerca de una eventual desviada interpretación de esa norma. Si se pensara que la desaparición de la tradición del texto legal supondría que ella no debe efectuarse para transmitir un derecho real inmobiliario cuando media un contrato con esa finalidad celebrado en el extranjero, tal razonamiento sería equivocado. Esto pues, la regla en análisis se ocupa de una particularidad del “título suficiente” sin avanzar en el “modo suficiente”, el que se debe regir por la ley del lugar de situación del inmueble.

5.4 Acerca de la expresión “escritura traslativa” del derecho real

En la práctica jurídica, especialmente en la notarial, se utiliza habitualmente la expresión “escritura traslativa” para referir al acto jurídico instrumentado en escritura pública que configura el título suficiente.

Esa locución se advierte en numerosos textos legislativos, sin perjuicio de nutridos actos de la Administración Pública. Así, en los siguientes: art. 1° de la ley 14.005⁶⁴²; art. 11 de la ley 17.752⁶⁴³; art. 4° de la ley 18.213⁶⁴⁴; art. 48 de la ley 18.524⁶⁴⁵; art. 5° de la

⁶⁴² Art. 1°: “Los contratos que tengan por objeto la venta de inmuebles fraccionados en lotes, cuyo precio haya de ser satisfecho por cuotas periódicas, quedan sometidos, como forma esencial para su validez a las condiciones y requisitos establecidos en la presente ley cuando la escritura traslativa de dominio no se otorgue de inmediato”.

⁶⁴³ Art. 11: “El Poder Ejecutivo coordinará la acción de los organismos nacionales estatales a los fines del artículo precedente, determinando los criterios a establecerse para efectuar las respectivas adjudicaciones. En todos los casos, la transmisión de dominio quedará sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Que el inmueble se destine exclusivamente a la construcción de un Hotel de Turismo Internacional; b) Que el hotel esté habilitado dentro de un plazo máximo improrrogable de cuatro años a partir de la fecha que se da la posesión del inmueble. Una vez cumplidos los recaudos mencionados, recién podrá otorgarse la pertinente escritura traslativa de dominio del inmueble a favor del adjudicatario”.

⁶⁴⁴ Art. 4°: “La escritura traslativa de dominio de la fracción "A" y la declarativa de dominio de las fracciones B y C, antedichas, se otorgará ante la

19.076⁶⁴⁶; art. 3° de la ley 20.628⁶⁴⁷; art. 34 de la ley 21.499⁶⁴⁸; arts. 11, 15 y 18 de la 21.900⁶⁴⁹; arts. 3° y 4° de la ley 22.423⁶⁵⁰;

Escribanía General de Gobierno a la mayor brevedad, para lo cual se autoriza al señor Secretario de Estado de Energía y Minería a suscribir la misma en representación del Estado Nacional”.

⁶⁴⁵ Art. 48: “Estarán exentos de impuesto los pagarés entregados como parte del precio de un contrato de compra-venta de inmuebles, cuando se haya efectuado la escritura traslativa de dominio, siempre que lleven al dorso la certificación del Escribano ante el cual haya sido otorgada dicha escritura, del que resulte la fecha y número ésta y el importe del impuesto pagado”.

⁶⁴⁶ Art. 5°: “Formalizada la escritura traslativa de dominio, el adquirente podrá constituir hipotecas u otros derechos reales sobre el inmueble transferido...”.

⁶⁴⁷ Art. 3°: “Tratándose de inmuebles, se considera configurada la enajenación de los mismos cuando mediare boleto de compraventa u otro compromiso similar, siempre que se diere la posesión, o en su defecto, en el momento en que este acto tenga lugar, aun cuando no se hubiere celebrado la escritura traslativa de dominio”.

⁶⁴⁸ Art. 34: “...f) Los inmuebles afectados podrán ser transferidos libremente a terceros, a condición de que el adquirente conozca la afectación y consienta el valor fijado, si éste estuviera determinado. Con tal finalidad una vez firme dicho valor, será comunicado de oficio por el ente expropiante o, en su caso, por el juzgado interviniente al Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda. Los certificados que expidan los Registros en relación con el inmueble afectado deberán hacer constar ese valor firme. En las escrituras traslativas de dominio de los inmuebles comprendidos en este artículo, los escribanos que las autoricen deberán dejar expresa constancia del conocimiento por el adquirente de la afectación, o de su consentimiento del valor firme, según corresponda”.

⁶⁴⁹ Art. 11: “...Las sociedades de capital deberán emitir acciones nominativas, las que solo podrán ser transferibles después que transcurran 10 años del otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, siempre y cuando se cuente con la conformidad previa de la autoridad de aplicación. Los integrantes de los directorios u órganos de administración, deberán reunir los requisitos establecidos en el inciso 1° de este artículo...”.

Art. 15: “...Dicho contrato deberá establecer las obligaciones a cumplir por el adjudicatario desde la fecha de entrega del predio hasta el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, plazo que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años”.

Art. 18: “Los adjudicatarios adquirirán los siguientes derechos, durante el plazo que medie entre la fecha de adjudicación y la de otorgamiento de la escritura traslativa de dominio: a) A la posesión inmediata y pacífica del predio adjudicado. b) A la certificación por la autoridad de aplicación sobre el fiel

art. 2° de la ley 23.165⁶⁵¹; art. 4° de la ley 23.166⁶⁵²; art. 5° de la ley 23.871⁶⁵³; art. 12 de la ley 23.905⁶⁵⁴; art. 146 de la ley 24.522⁶⁵⁵;

cumplimiento de sus obligaciones y otras referencias que pudieran exigir las instituciones de crédito. Cumplidas las obligaciones a cargo del adjudicatario y transcurrido el plazo previsto en el artículo 15, el organismo competente le otorgará la escritura traslativa de dominio”.

⁶⁵⁰ Art. 3: “La venta de inmuebles con la finalidad de construir viviendas se instrumentará previa aprobación, por parte de la SECRETARIA DE ESTADO DE HACIENDA, del plan de construcción y financiación, en el cual los interesados deberán acreditar la viabilidad técnica y financiera del proyecto y su conveniencia social, económica y urbanística. La escritura traslativa de dominio se efectuará una vez finalizada la obra o en forma simultánea a la constitución de los gravámenes hipotecarios que condicionen el otorgamiento de los créditos previstos en el respectivo sistema de financiación”.

Art. 4: “Las ventas directas a favor de Asociaciones y Fundaciones se condicionarán a que el inmueble sea destinado en forma exclusiva, al cumplimiento de sus fines estatutarios por el término mínimo de diez (10) años a contar desde el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, bajo pena, en caso de incumplimiento, de resolución de la venta en los términos del Artículo 1.371 y concordantes del Código Civil”.

⁶⁵¹ Art. 2°: “Otórgase la posesión del lote individualizado en el artículo anterior a la Municipalidad de Maquinchao, quien deberá recibirlo dentro de los diez días de promulgada la presente ley. La escritura traslativa de dominio se extenderá dentro de los 180 días de la misma promulgación”.

⁶⁵² Art. 4°: “La Municipalidad de Allen deberá recibir la donación dentro de los diez días de promulgada la presente ley. La escritura traslativa de dominio se extenderá dentro de los 180 días de la misma promulgación”.

⁶⁵³ Art. 5°: “...e) En el caso de obras realizadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio, en el momento de la transferencia a título oneroso del inmueble, entendiéndose que ésta tiene lugar al extenderse la escritura traslativa de dominio o al entregarse la posesión, si este acto fuera anterior. Cuando se trate de ventas judiciales por subasta pública, la transferencia se considerará efectuada en el momento en que quede firme el auto de aprobación del remate...”.

⁶⁵⁴ Art. 12: “El impuesto es adeudado desde el momento en que se perfecciona la transferencia gravada, que se considerará configurada cuando se produzca el primero de los siguientes hechos: a) Cuando suscripto el respectivo boleto de compraventa o documento equivalente, se otorgue posesión; b) Otorgamiento de la escritura traslativa de dominio. En los actos de ventas judiciales por subasta pública la transferencia se considerará efectuada en el momento en que quede firme el auto de aprobación del remate”.

art. 1º de la ley 24.768⁶⁵⁶; art. 38 de la ley 24.855⁶⁵⁷; art. 2º de la ley 25.193⁶⁵⁸; art. 8º de la ley 25.510⁶⁵⁹; art. 2º de la ley 25.937⁶⁶⁰; art. 3º de la ley 26.006⁶⁶¹; art. 3º de la ley 26.201⁶⁶²; art. 4º de la

⁶⁵⁵ Art. 146: "...Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente..."

⁶⁵⁶ Art. 10: "La autoridad de aplicación tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de la mención expresa en la correspondiente escritura traslativa de dominio, de la intransferibilidad del inmueble por parte del beneficiario de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 bis de la presente ley, como así también que el bien no podrá ser gravado con derecho real de hipoteca y/o cedido en usufructo, arrendamiento o comodato, excepto en los casos en que el inmueble sea destinado a la construcción de vivienda de interés social y uso único y permanente".

⁶⁵⁷ Art. 38: "...g) Los gastos administrativos, los de escritura traslativa de dominio, los de escritura de constitución de hipoteca, y por todo otro concepto, originados por operaciones anteriores al 1/4/1991, no podrán superar, a partir de la vigencia de la presente ley, el cuatro por ciento (4 %) del saldo de recálculo establecido en este artículo".

⁶⁵⁸ Art. 2º: "La escritura traslativa de dominio se realizará por ante la Escribanía General del Gobierno de la Nación".

⁶⁵⁹ Art. 8º: "La escritura traslativa de dominio será otorgada por el representante legal de la Administración de Parques Nacionales ante la Escribanía General de Gobierno y de conformidad a lo previsto en el artículo 8º de la Ley 23.302, sin cargo alguno para la cesionaria, una vez que sean aprobadas las mensuras indicadas en el artículo 1º".

⁶⁶⁰ Art. 2º: "El Poder Ejecutivo establecerá el pronto despacho de las medidas que procedan a los fines de cumplimentar las disposiciones de la presente ley y de suscribir la respectiva escritura traslativa de dominio".

⁶⁶¹ Art. 3º: "El Poder Ejecutivo nacional, dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días de sancionada la presente, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio, la que contendrá expresamente la condición establecida en el artículo precedente, a efectos de su inscripción registral".

⁶⁶² Art. 3º: "El Poder Ejecutivo nacional, dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días de sancionada la presente, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de la correspondiente escritura traslativa de dominio a efectos de su inscripción catastral".

ley 26.210⁶⁶³; art. 3° de la ley 26.211⁶⁶⁴; art. 3° de la ley 26.245⁶⁶⁵; art. 3° de la ley 26.315⁶⁶⁶; art. 3° de la ley 26.430⁶⁶⁷; art. 5° de la ley 26.431⁶⁶⁸; art. 3° de la ley 26.442⁶⁶⁹; art. 5° de la ley 26.470⁶⁷⁰; art. 4° de la ley 26.673; art. 4° de ley 26.724⁶⁷¹; art. 10 y 13 de la ley 26.725⁶⁷²; art. 4° de la ley 26.820⁶⁷³; art. 6° de la ley 26.821⁶⁷⁴;

⁶⁶³ Art. 4°: “La escritura traslativa de dominio se realizará por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación dentro de los NOVENTA (90) días a partir de la promulgación de la presente ley, quedando a cargo del Obispado de San Martín la confección de los planos que sean necesarios y de su inscripción en los registros correspondientes”.

⁶⁶⁴ Art. 3°: “Las escrituras traslativas de dominio serán otorgadas por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación”.

⁶⁶⁵ Art. 3°: “La escritura traslativa de dominio se realizará por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación dentro de los NOVENTA (90) días a partir de la promulgación de la presente ley, quedando a cargo de la provincia de Entre Ríos la previa confección de los planos de mensura y deslinde que sean necesarios y de su inscripción en los registros correspondientes”.

⁶⁶⁶ Art. 3°: “La escritura traslativa de dominio, se realizará por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación”.

⁶⁶⁷ Art. 3°: “La escritura traslativa de dominio se realizará por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación, en un plazo no mayor a 120 días de la promulgación de la presente”.

⁶⁶⁸ Art. 5°: “La escritura traslativa de dominio se perfeccionará por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación, debiendo dejarse constancia en la misma del cargo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la presente ley”.

⁶⁶⁹ Art. 4°: “El Poder Ejecutivo nacional, dentro de los NOVENTA (90) días de sancionada la presente, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio, la que contendrá expresamente la condición establecida en los artículos precedentes, a efectos de su inscripción registral”.

⁶⁷⁰ Art. 5°: “La escritura traslativa de dominio se perfeccionará por ante la Escribanía General de Gobierno de la Nación, debiendo dejarse constancia en la misma del cargo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la presente ley”.

⁶⁷¹ Art. 4°: “La escritura traslativa de dominio se realizará por ante la Escribanía General de la Nación, quien dejará constancia de lo establecido en los artículos 1°, 2°, 3° y 5°.

⁶⁷² Art. 10: “La escritura traslativa de dominio será otorgada por el representante legal de la Administración de Parques Nacionales ante la Escribanía General de Gobierno y de conformidad a lo previsto en el artículo 8° de la Ley 23.302...”.

art. 5° de la ley 26.822⁶⁷⁵; art. 3° de la ley 26.863⁶⁷⁶; art. 5° de la ley 27.082⁶⁷⁷; art. 4° de la ley 27.336⁶⁷⁸.

Vélez Sarsfield no utilizó la expresión “escritura traslativa” en la redacción del Código Civil derogado, pero la ley 17.711 introdujo en ese ordenamiento el art. 1185 bis donde sí aparece: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe y a título oneroso, serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”. Esta norma fue modificada por la ley 17.940, la que mantuvo la terminología en análisis⁶⁷⁹.

Art. 13: “El Poder Ejecutivo Nacional, una vez registrada la mensura, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de las respectivas escrituras traslativas de dominio”.

⁶⁷³ Art. 4°: “El Poder Ejecutivo realizará los trámites necesarios para el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio dentro de los noventa (90) días de la entrada en vigencia de la presente ley”.

⁶⁷⁴ Art. 6°: “El Poder Ejecutivo nacional, en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días contados desde la promulgación de la presente ley, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio”.

⁶⁷⁵ Art. 5°: “El Poder Ejecutivo nacional, en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días contados desde la promulgación de la presente ley, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio”.

⁶⁷⁶ Art. 3°: “La escritura traslativa de dominio se realizará por ante la Escribanía General del Gobierno de la Nación”.

⁶⁷⁷ Art. 5°: “El Poder Ejecutivo nacional, en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días contados desde la promulgación de la presente ley, procederá a realizar los trámites necesarios para el otorgamiento de las respectivas escrituras traslativas de dominio”.

⁶⁷⁸ Art. 4°: “El Poder Ejecutivo nacional, dentro de los sesenta (60) días de sancionada la presente ley, adoptará las medidas pertinentes a los efectos de concluir los trámites necesarios para el otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio”.

⁶⁷⁹ Art. 1185 bis: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del

En el Código Civil y Comercial aparece solitariamente en el art. 2080, en materia de conjuntos inmobiliarios, al señalar que los límites reglamentarios deben ser transcriptos “en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial”.

Ante todo, debe tenerse presente que la “escritura” no es traslativa, pues no es más que la forma que debe alcanzar el título para ser suficiente (arts. 1892 y 1017, inc a), Código Civil y Comercial).

Aunque se pensara a la “escritura traslativa” con el alcance de “título suficiente”, tampoco la expresión armonizaría con el sistema de derechos reales que nos rige desde el viejo Código Civil. Insisto en que con Vélez y hasta la actualidad, la regla en las mutaciones jurídico reales derivativas generadas por actos entre vivos impone la concurrencia de título y modo suficientes.

Antes de Vélez Sarsfield las escrituras de dominio eran verdaderamente traslativas, pues verbigracia con la compraventa operaba conjuntamente una suerte de *constituto posesorio* de pleno derecho, que le confería efectos traslativos al título volcado en escritura pública. Se asistía por entonces a una operativa que obraba a la manera del sistema consensualista cuyo arquetipo es el régimen francés⁶⁸⁰.

5.5 Relación temporal entre el título y el modo

Si bien el modo suficiente debe estar fundado en un título suficiente y normalmente el título es anterior a la tradición, se ha entendido que no existen reparos para que la tradición posesoria se

vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio”.

⁶⁸⁰ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo X (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 54.

produzca antes que el título y recién con él se convierta en tradición traslativa del derecho real⁶⁸¹.

De esa manera se da fundamento legal a una práctica comercial muy difundida, consistente en que quienes habrán de convertirse en titulares de derechos reales de inmuebles adquieran la posesión de ellos con la sola suscripción de boletos de compraventa, comúnmente celebrados en instrumentos privados, sin que sea necesario cumplir con los formalismos necesarios para alumbrar al título suficiente, el que por razones diversas se otorga tiempo después.

Atento a ello, el Proyecto de 1998 había dispuesto en su art. 1844, bajo el epígrafe “Prelación de las fuentes y de la publicidad”, que “cuando para la adquisición del derecho real deben concurrir título y modo suficientes, el título debe preceder al modo. Sin embargo, si la tradición posesoria precediera al título, cuando éste se otorgue, aquélla se entiende convertida en modo traslativo del derecho real”.

5.6 La tradición no es presupuesto de la inscripción registral

El sistema inmobiliario argentino instaaura un registro de “títulos”, de “documentos” o de “instrumentos” (arts. 2° y 3°, ley 17.801), y no de derechos⁶⁸².

⁶⁸¹ Declaración de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral, reunidas en 1973 en San Rafael-Mendoza.

⁶⁸² Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §33 bis, pp. 69-70; del mismo autor, “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros”, *ED*, 43, p. 1181. El autor en el último aporte citado, aclara: “decimos registro de ‘títulos’, de ‘documentos’, o de ‘instrumentos’, de manera indistinta, porque los títulos en sentido material (títulos suficientes), en cuanto actos jurídicos, deben exteriorizarse en formas determinadas para ser recibidos en el Registro, que son los documentos o instrumentos (títulos en sentido formal); a su vez, los documentos o instrumentos formalizan los títulos en sentido material. Cuando hablamos de títulos, damos por sentado que están volcados en documentos y cuando aludimos a documentos o instrumentos, presuponemos la existencia de los

Por otra parte, no existe ninguna norma que imponga el cumplimiento de la previa tradición para que esos títulos tengan acceso registral.

Téngase presente que la competencia de quien ejerce una función pública debe ser conferida en forma expresa o razonablemente implícita por la ley⁶⁸³. De allí que el registrador no tiene competencia para rechazar la inscripción de los títulos que se presentan con el argumento de que la tradición no se habría satisfecho.

Las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral de 1973, celebradas en San Rafael (Mendoza) declararon que “no es necesario que la tradición sea previa a la inscripción”. Ese despeso fue luego reiterado por las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil de 1976, aunque recomendaron que “es aconsejable, de ‘lege ferenda’ y con carácter de regla general, que se imponga acreditar el cumplimiento de la tradición como presupuesto para la inscripción”.

También las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en La Plata en 1981, apreciaron: “La tradición no es en la actualidad un presupuesto indispensable de la inscripción registral”.

títulos en sentido material que contienen”. Véase en el mismo sentido: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Zavallía – Colegio de Escribanos de Tucumán, Buenos Aires, 1983, pp. 257-258; COGHLAN, Antonio R., *Teoría general de derecho inmobiliario registral*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, pp. 54-55; CORNEJO, Américo A., *Derecho registral*, Astrea, Buenos Aires, 1994, §24, p. 42-43.

⁶⁸³ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., “La teoría de las nulidades ante la incompetencia territorial del escribano”, *La Ley*, 2010-A, p. 673 – *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 904, p. 87; especialmente el §II.

5.7 *Quid* de la prescindibilidad del pago del precio para la transmisión del derecho real

5.7.1 En el Código Civil derogado

La pauta general en el Código Civil derogado indicaba que no era necesario que el deudor satisfaga la obligación de pagar el precio emergente de un contrato de compraventa para transmitir el derecho real, ya que la concurrencia del título y el modo suficientes bastaba para provocar la mutación jurídico real.

Ante esa directiva disonaban los arts. 1376⁶⁸⁴ y 3923⁶⁸⁵.

La primera norma mencionada no coordinaba con la fisonomía de ese ordenamiento, ya que si la venta realizada bajo pacto comisorio se reputaba “hecha bajo una condición resolutoria” (art. 1374) y el vendedor tenía la facultad de resolver el dominio transmitido ante el incumplimiento del pago del precio por parte del comprador (arts. 2663), no era sostenible que el vendedor se reservara el dominio hasta la concreción de ese débito. Con un estudio de la fuente del art. 1376, el art. 2074 del Esbozo de Freitas, se afirmó:

“La técnica legislativa de Vélez es aquí reprochable, pues le adjudica al pacto comisorio una ‘equivalencia’ con una cláusula, la de dominio reservado hasta el pago del precio, cuyas implicancias no trata (...). Lo realmente importante, es que en el Esbozo la equivalencia entre la cláusula de dominio reservado y el pacto comisorio, tiene sentido, por lo menos, cuando dicho pacto provoca los efectos de la condición suspensiva, que en Freitas –y no en Vélez– es factible si en el contrato ‘se le hubiere dado expresamente ese carácter’”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Art. 1376: “La venta con pacto comisorio equivale a la que se hiciere con la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio”

⁶⁸⁵ Art. 3923: “El vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlo del comprador, o de terceros poseedores”.

⁶⁸⁶ ALTERINI, Jorge H., “Resolución de los contratos y dominio revocable (con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la

El art. 3923 hacía tema con el supuesto de ventas inmobiliarias al contado y disponía que si se había efectuado la tradición de la cosa, pero no cumplimentado el pago del precio, la transmisión del dominio no se producía. Tal precepto afectaba la estructura del sistema⁶⁸⁷. Sin embargo, era poco probable que esa norma actuara en la *praxis* porque no es pensable que el vendedor efectúe la tradición sin haber recibido previamente el precio. Aun si la entrega de la cosa hubiera sido anterior a la concertación de la compraventa, el vendedor difícilmente hubiese suscripto ese contrato en el que se declare que el pago fue realizado al contado, cuando efectivamente no lo recibió⁶⁸⁸.

5.7.2 En los proyectos de unificación legislativa civil y comercial

El art. 1344 del Proyecto de 1987 regulaba en el ámbito del contrato de compraventa al “pacto de reserva de dominio” y disponía que “...es aquel por el cual el vendedor declara reservarse el dominio de la cosa luego de su entrega al comprador hasta el pago total del precio o de una parte de él. Se aplican las reglas de la compra y venta bajo condición resolutoria”.

El Proyecto de la Comisión Federal de 1993 en su art. 1345 contenía una disposición esencialmente similar a la del Proyecto de 1987.

Por su parte, el Proyecto del Ejecutivo de 1993 no reguló al “pacto de reserva de dominio”, por considerarlo ajeno a “nuestra tradición jurídica”, y en el art. 977 estableció: “En caso de duda, la

transmisión del dominio -arts. 1376 y 3923 del Cód. Civ.-)”, ED 50-633, en especial la p. 642.

⁶⁸⁷ ALLENDE, Guillermo L., “Soluciones inarmónicas del Código Civil. Su explicación por el Derecho romano”, LL 130-918/920.

⁶⁸⁸ ALTERINI, Jorge H., “Resolución de los contratos y dominio revocable...”, cit., en especial la p. 644. Continúa diciendo el autor: “...podría imaginarse, quizá, que se deje constancia en el instrumento público que la venta se hace al contado, pero como seguramente se indicará en la escritura el otorgamiento de ese breve plazo gracioso, mal podría hablarse de una inexistente venta al contado”.

venta condicional se reputará hecha bajo condición resolutoria, siempre que antes del cumplimiento de la condición el vendedor hubiese hecho tradición de la cosa al comprador”; y en el art. 978 regló: “La compraventa sujeta a condición resolutoria producirá los efectos propios del contrato, pero la tradición sólo transmitirá el dominio revocable”.

El Proyecto de 1998 mantuvo el criterio del Proyecto del Ejecutivo de 1993, aunque con mejor redacción⁶⁸⁹. El art. 1104 proponía la siguiente norma: “*Condición suspensiva y resolutoria. Presunción.* En caso de duda, la venta condicional se reputa hecha bajo condición resolutoria, si antes del cumplimiento de la condición el vendedor hace tradición de la cosa al comprador”; y el art. 1105 reglaba: “*Efecto de la compraventa sujeta a condición resolutoria.* La compraventa sujeta a condición resolutoria produce los efectos propios del contrato, pero la tradición, o en su caso, la inscripción registral, sólo transmite el dominio revocable”.

5.7.3 En el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, en los arts. 1168⁶⁹⁰ y 1169⁶⁹¹, sigue textualmente al Proyecto de 1998; no recepta expresamente el denominado “pacto de reserva de dominio”, ni incurre en la contradicción que presentaba el régimen del Código Civil derogado.

⁶⁸⁹ HEREDIA, Pablo D., “La venta con pacto de reserva de dominio en el derecho argentino y en el derecho comparado, frente a la quiebra del comprador”, en *Contratos comerciales*, Instituto de Derecho Empresarial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 78

⁶⁹⁰ Art. 1168: “Venta condicional. Presunción. En caso de duda, la venta condicional se reputa hecha bajo condición resolutoria, si antes del cumplimiento de la condición el vendedor hace tradición de la cosa al comprador”.

⁶⁹¹ Art. 1169: “Efecto de la compraventa sujeta a condición resolutoria. La compraventa sujeta a condición resolutoria produce los efectos propios del contrato, pero la tradición o, en su caso, la inscripción registral, sólo transmite el dominio revocable”.

En función de tales consideraciones, ha menester concluir que la regla es que el pago del precio no es requisito para provocar la mutación jurídico real; ésta se produce con independencia de la satisfacción de ese débito.

Ahora bien, corresponde preguntarse acerca de cuáles serían los efectos si las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad pactaran que el transmitente se reserva el derecho real hasta tanto se cumpla la obligación de pagar el precio.

Un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil derogado postuló que el “pacto de reserva de dominio” constituía una condición suspensiva, motivo por el cual el derecho real no se transmitiría hasta que el precio se abonara⁶⁹². Esta posición encuentra apoyatura en numerosas normas del derecho comparado⁶⁹³.

Coincido, sin embargo, con quienes apuntan que ese pacto tiene la naturaleza jurídica de una condición resolutoria. Dice Borda:

“En verdad, por más que las partes hayan formalizado la operación en términos de una condición suspensiva, lo cierto es que su verdadera intención ha sido transmitir el dominio en el acto del contrato y supeditar ese dominio a la condición resolutoria de que se pague la totalidad del precio (...). La solución nos parece realista y perfectamente jurídica; y, por lo pronto, ella permite resolver con mejor lógica el problema de los riesgos”⁶⁹⁴.

⁶⁹² Véase ALTERINI, Atilio A., en LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A., *Código Civil anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, tomo III-A, p. 448; allí se citan, en el sentido indicado, a Fernández, Saravia, Winizki y Rezzónico.

⁶⁹³ Véase HEREDIA, Pablo D., “La venta con pacto de reserva de dominio en el derecho argentino y en el derecho comparado, frente a la quiebra del comprador”, cit., pp. 89-90.

⁶⁹⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, 9° edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I, §382, p. 314.

Un argumento para sostener que el pacto en cuestión importa una condición resolutoria está dado por el art. 43 del Código Aeronáutico, que le confiere ese carácter⁶⁹⁵.

5.7.3.1 Expropiación

La necesidad de la previa indemnización en la expropiación se presenta como un requerimiento para evitar la genérica prohibición de confiscar por parte del Estado⁶⁹⁶ y sin ella, aun cuando medie declaración legal de utilidad pública y sentencia fundada, no es posible que el derecho real se transmita al expropiante.

Existe un consenso generalizado en la doctrina autoral acerca de que el pago de la indemnización es un requisito previo para que la mutación de la titularidad del dominio se produzca⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Art. 43: “También podrán ser inscriptas, provisoriamente, a nombre de sus compradores, que deberán cumplir los requisitos exigidos por el artículo 48, las aeronaves argentinas adquiridas en el país por contrato de compra y venta con pacto de reserva de dominio, cuyo régimen legal será el de la condición resolutoria”.

⁶⁹⁶ “Una expropiación sin indemnización, o sin adecuada indemnización, no es otra cosa que una confiscación: de ahí su antijuridicidad. La utilidad pública, o el interés público, no constituyen título para despojar a alguien, ni autorizan a que los habitantes sean privados de lo suyo sin indemnización. Así resulta del artículo 17 de la Constitución” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 6ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo IV, §1335, p. 243).

⁶⁹⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., tomo IV, §1376, pp. 313-314; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1956, tomo VI, pp. 394-395; DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 5ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 598; BADENI, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 469-470; BIDEGAIN, Carlos M., GALLO, Orlando, PALAZZO, Eugenio L., PUNTE, Roberto y SCHINELLI, Guillermo, *Curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, tomo V, §1224, p. 265; SABSAY, Daniel A., *Manual de derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 334; COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, tomo II, p. 1748; SAGÜÉS,

En el decir de Bidart Campos:

“La exigencia de que antes de consumarse la expropiación (o sea, de transferirse la propiedad) debe satisfacerse el pago de la indemnización, se halla impuesta en la constitución. Por eso, es inconstitucional toda ley que difiere el pago de la indemnización (total o parcialmente) para un tiempo posterior a la transferencia de la propiedad”⁶⁹⁸.

La importante matriz diferencial con el régimen general se explica fácilmente, pues en la expropiación no puede aducirse la existencia de un “precio” concertado, sino antes bien de una “indemnización” fijada.

Asimismo, en la expropiación no hay voluntad del sujeto expropiado de transmitir el derecho real, sino que le es impuesta esa mutación; en cambio, cuando la transmisión es acordada (por ejemplo, a través de un contrato de compraventa) el pago del precio implica la ejecución de una de las obligaciones emergentes del contrato.

5.7.3.2 Subasta

El art. 580 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su primera oración, regla: “Dentro de los CINCO (5) días de

Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2014, §1039, p. 702.

⁶⁹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, tomo I, p. 504. Luego el autor distingue la “desposesión” de la “transferencia” del dominio, y dice: “...la ley de expropiación puede regular la desposesión con bastante margen de arbitrio, disponiéndola que se la reserve para casos de urgencia, o permitiéndola como principio general. Lo que, en cambio, siempre se vuelve inconstitucional es invertir el orden del proceso expropiatorio, estableciendo (como lo hacía la anterior ley 13.264) que mediante una consignación judicial provisoria (...) el expropiante pueda desposeer y que, de inmediato, antes de estar pagar esa indemnización, se disponga judicialmente la transferencia de la propiedad. La inconstitucionalidad radica aquí, no en la desposesión, sino en la transferencia de la propiedad antes de abonarse la indemnización, porque en tal supuesto ésta ya no es ‘previa’ como lo marca el art. 17” (p. 506).

aprobado el remate, el comprador deberá depositar el importe del precio que corresponda al contado, en el banco de depósitos judiciales; si no lo hiciera en esa oportunidad y no invocare motivos fundados para obtener la suspensión del plazo, se ordenará nueva subasta...”; y el art. 586 concluye: “La venta judicial sólo quedará perfeccionada una vez aprobado el remate, pagado el precio o la parte que correspondiere, si se hubieren otorgado facilidades, y luego de realizada la tradición del inmueble a favor del comprador”.

La doctrina judicial es coincidente acerca de que para que se provoque la mutación jurídico real ha menester, además de la aprobación del remate y de la entrega de la posesión, que el comprador satisfaga el precio⁶⁹⁹.

6 EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL REVITALIZÓ LA TEORÍA DEL TÍTULO Y DEL MODO SUFICIENTES

El Código Civil y Comercial en seguimiento del Proyecto de 1998 eliminó la categoría de los contratos reales, determinando que todo contrato quede perfeccionado por el mero consentimiento.

Téngase presente que en el Código Civil derogado los acuerdos de voluntad tendientes a constituir los derechos reales de anticresis y de prenda suponían contratos reales (arts. 1141, 1142,

⁶⁹⁹ CNCiv., Sala B, 19/02/1980, “Macor, Mario L. c. Sasso de Copello, María E. y otros”, *LA LEY*, 1980-B, p. 216 – *ED*, 87, p. 484; C. Apel. Civ. y Com., 7a Nominación de Córdoba, 18/08/1988, “Bonilla, Carlos H. c. Bernard, Yolanda O.”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com., 8a Nominación de Córdoba, 14/04/1993, “Astrada, Eduardo”, *LLC*, 1993, p. 522 con nota de Pablo Enrique Landin; CNCom., Sala D, 14/10/1993, “Benvenuto de Yudgar Vicenta, tercera de dominio en: Aciso Banco Coop. Ltda. c. Steinvortzel, Benito”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com. Morón, Sala II, 28/06/1994, “Vasconcel, Alejandro c. Cabrera, Florencia”, *La Ley Online*; CSJ, Tucumán, Sala civil y penal, 03/10/1996, “Petroil S.A. c. Rey, Francisco”, *LLNOA*, 1998, p. 339; CNCom., Sala E, 04/02/2004, “Salem, Jaime c. Schwartzman, Leonardo”, *DJ*, 2004-3, p. 75; C. Apel. Civ. y Com. de Mercedes, Sala I, 20/03/2007, “Constantino, Ruben Orlando”, *LLBA*, 2007 (julio), p. 691; C. Apel. Civ. y Com., Rosario, Sala III, 27/08/2007, “Bco. Santa Fe SAPEM c. Levato, Ricardo y otro”, *LLLitoral*, 2007 (diciembre), p. 1226.

3204, 3240), por lo que la tradición no era exigida para constituir el derecho real, sino antes bien para consumir el contrato que hacía de fuente de ese derecho. En verdad, se trataban de adquisiciones que se producían únicamente por la energía del título suficiente-contrato real.

La supresión de la categoría del contrato real supone trasladar a la tradición el requisito de adquisición de los derechos reales (modo) de prenda y anticresis (arts. 2212, 2219) sustrayéndolo del título. Por ello, se puede afirmar que el Código Civil y Comercial –en este aspecto– significa un renovado impulso a la teoría del título y del modo.

7 CRÍTICA A LOS SISTEMAS QUE DESNATURALIZAN AL DERECHO REAL

7.1 Punto de partida común

En el Derecho comparado con origen romanista se asiste a un abrumador consenso acerca de que el derecho real es un poder jurídico que establece una relación directa entre el titular y el objeto. La inexistencia de sujeto pasivo determinado es la característica más determinante de la categoría de derechos reales, en contraposición a los derechos personales⁷⁰⁰.

En Francia, por ejemplo, Carbonnier caracteriza al derecho real como “...el poder jurídico que asiste a una persona para apropiarse, de manera directa, todo o parte de los rendimientos económicos de una cosa”⁷⁰¹; y Cornu dice que el derecho real “...tiene por rasgo específico poner a su titular en contacto directo con la cosa a la que se refiere, sin intermediarios” y agrega que debe definirse como “...el poder inmediato que tiene su titular sobre una cosa...”⁷⁰².

⁷⁰⁰ Véase Cap. IV, §1.2.5.

⁷⁰¹ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, cit., tomo II, Vol. I., p. 68.

⁷⁰² CORNU, Gérard, *Derecho Civil. Los Bienes*, traducción de Javier Solís Herrera, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1996, Vol. III, p. 78.

Bianca, desde el Derecho italiano, afirma que el derecho real es aquel que confiere un poder inmediato y absoluto sobre una cosa⁷⁰³; también Bigliazzi Geri Breccia, Busnelli y Natoli sostienen que las características esenciales del derecho real suelen identificarse con la inmediatez y la absolutidad, y que la primera de ellas une el objeto del derecho con el titular de él, permitiéndole obtener del objeto sus utilidades, sin que sea necesario que intervenga otra persona para tal cometido⁷⁰⁴.

En Alemania explica Hedemann que la absolutez de los derechos reales se funda en la inmediatez, o mejor en la relación directa, del titular con el objeto. Dice:

“Puesto que el derecho real afecta a la cosa de modo inmediato, *ha de ser respetado por todos*. La cosa clama por igual frente a todos: pertenezco a Fulano de Tal. He aquí otra vez un punto claro de discrepancia con el derecho de obligación...”⁷⁰⁵.

También en Brasil se explica que el derecho real recae y es ejercido directamente sobre la cosa y que el derecho personal tiene por objeto a las relaciones humanas. Además, se aprecia que el derecho real tiene inherencia a su objeto⁷⁰⁶. Igualmente, se hace tema con la doctrina unitaria personalista y se expresa que el sujeto pasivo determinado en el ámbito de los derechos reales únicamente aparece en escena ante su violación, pues el derecho real no se ejerce contra alguien en particular⁷⁰⁷.

⁷⁰³ BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, Giuffrè editore, Milano, 1999, Vol. VI “La proprietà”, § 63, p. 121.

⁷⁰⁴ BIGLIAZZI GERI, L.; BRECCIA, U.; BUSNELLI, F. D.; y NATOLI, U., *Diritto civile*, UTET, Torino 1999, Vol. 2 “Diritti reali”, p. 35.

⁷⁰⁵ HEDEMANN, J. W., *Tratado de derecho civil*, cit., vol. II, §4, p. 35.

⁷⁰⁶ Véase DE SALVO VENOSA, Sílvio, *Direito Civil*, 4º edición, Atlas, San Pablo, 2004, Vol. 5 “Direitos Reais”, p. 21.

⁷⁰⁷ GOMES, Orlando *Direitos reais*, 10º edición, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 6.

En el Derecho chileno se caracteriza al derecho real con la siguiente sustentación conceptual:

“...es el poder directo e inmediato sobre una cosa, poder o señorío que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio (...). El poder sobre la cosa es directo e inmediato, porque para ejercerlo el titular del derecho no necesita de la mediación de nadie. La persona que tiene el derecho de propiedad sobre una casa, conforme a su sola voluntad, le dedicará a habitación suya, a arrendarla o la venderá sin que le sea preciso recurrir a otro sujeto, al revés de lo que le sucede al arrendatario, que, para habitar la casa, necesariamente ha debido recurrir a su dueño para que se la dé en arrendamiento”⁷⁰⁸.

También en España se enfatiza en las derivaciones de la relación directa que establece el derecho real. Así, Lacruz Berdejo precisa que el titular puede “...obtener de la cosa el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona...” para satisfacer su interés⁷⁰⁹.

Adviértase que las ideas centrales sobre el derecho real son coincidentes en el Derecho comparado, pero ese punto de partida común en ocasiones no es consecuente con la regulación de la dinámica traslativa. De ello me ocuparé en el siguiente apartado.

7.2 Solamente el sistema de la tradición por actos materiales es consecuente con la esencia del derecho real

El derecho real es, por esencia, un poder jurídico que establece una relación directa entre el titular y el objeto. Esa “relación directa” se traduce genéricamente en la inexistencia de sujeto

⁷⁰⁸ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, cit, tomo I, §6, pp. 14-15.

⁷⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de Derecho Civil*, cit., tomo III, vol. I, p. 8.

pasivo determinado, es decir, que el titular obtiene las ventajas del objeto sin intermediación alguna⁷¹⁰.

En los derechos reales que se ejercen por la posesión la relación directa es fundamentalmente física y se alcanza a través de la adquisición de la investidura posesoria.

Piénsese, por ejemplo, en un derecho real de dominio que confiere a su titular las facultades de usar, gozar y disponer jurídica y materialmente de la cosa, dentro de los límites previstos por la ley (art. 1941, Código Civil y Comercial). Si el titular de ese derecho real no tuviera la efectiva posesión de la cosa no podría usarla, gozarla ni disponerla; ¿o acaso podría fijar el destino de la cosa, percibir los frutos que ella genere, efectuar mejoras, o transmitirla? La respuesta negativa se impone.

Con relación al dominio, afirma Lafaille:

“La posesión es el contenido de un derecho, en cuanto comprende uno de los aspectos del dominio –el más importante sin duda– porque es el medio necesario para realizar todos los fines de aquél. El ‘ius possidendi’ es en rigor, la posibilidad de ejercer el ‘ius fruendi’, el ‘ius utendi’ y el ‘ius abutendi’. Sin él, quedaría el dominio, vacío de sus ventajas”⁷¹¹.

Es que un derecho real que se ejerce por la posesión sin ella es “como una cáscara vacía de contenido útil”⁷¹², “sería el cofre de un tesoro sin la llave que ha de abrirlo, o, mejor todavía, un árbol frutal sin la escalera de que se ha menester para alcanzar los frutos”⁷¹³.

⁷¹⁰ Véase Cap. IV, §1.2.5.

⁷¹¹ LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, cit., tomo I, §70, p. 112.

⁷¹² ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, Educa y Librería Histórica, Buenos Aires, 2005, p. 153.

⁷¹³ Von IHERING, Rodolfo, *Posesión. Teoría simplificada y puesta al alcance de todo el mundo*, trad. de Alfredo Schaffroth (h) y Amilcar A. Mercader, Talleres Christmann y Crespo, 1916, pp. 6-7.

Incluso, si se dirige la mirada a la acción real reivindicatoria se advierte la coherencia interna que la exigencia de la tradición le impone al derecho real que se ejerce por la posesión. Esa acción tiene por finalidad tutelar la existencia del derecho real ante actos que produzcan un desapoderamiento (art. 2248, Código Civil y Comercial) y la sentencia que admita la demanda debe “ordenar la restitución del objeto, parte material de él o sus restos” (art. 2261, Código Civil y Comercial). La pretensión de “restitución”, que se encuentra enraizada en la naturaleza de la acción, supone que el actor mantuvo anteriormente una relación directa con la cosa que reclama. Si la tradición no fuera un requisito para provocar la adquisición derivativa del derecho real que se ejercen por la posesión, y el titular del derecho pudiera intentar la acción –por regla– sería un contrasentido.

Los sistemas que prescinden del traspaso posesorio para provocar la mutación jurídico real establecen una ficción consistente en “imaginar” que se establece una relación directa entre el titular y el objeto, aunque no exista un contacto físico en ellos o se haya posibilitado tal conexión.

Esa idealización violenta las bases del derecho real, ya que posibilita la configuración de derechos vacuos de contenido, permitiendo que se produzca una indeseable escisión entre la “titularidad” del derecho y su “ejercicio”.

CAPÍTULO V

PROYECCIONES SOCIALES DE LA TRADICIÓN INMOBILIARIA

1 SEGURIDAD JURÍDICA

1.1 Concepto

Para Pérez Luño la seguridad jurídica es un valor que tiene una íntima conexión con el Estado de Derecho y que se concreta en dos exigencias objetivas, las que denomina como “corrección estructural” –referida a la formulación adecuada de las normas–, y “corrección funcional” –atinente al cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios y por los encargados de su aplicación–.

A esa dimensión objetiva de la seguridad jurídica le agrega el perfil subjetivo compuesto por la “certeza del Derecho”, que apunta a las proyecciones que tiene la faz objetiva sobre las situaciones particulares. Lo explica del siguiente modo:

“La certeza del Derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, él sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar

expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho”⁷¹⁴.

La certeza jurídica consiste en la convicción que tienen las personas acerca de que la situación jurídica en la que se encuentran no será variada por una actuación contraria a los principios y reglas que ordenan la vida social⁷¹⁵.

1.2 Exigencias

La seguridad jurídica expande sobre el Derecho algunas exigencias que –para Montoro Ballesteros– se sintetizan en las siguientes: fijación, ordenación, integración, simplificación y estabilización⁷¹⁶.

1.2.1 Fijación

La fijación del Derecho, ante todo, supone un sistema claro acerca de cuáles son las fuentes formales, es decir aquellas que gozan de virtualidad vinculante, y la positivización de los principios, valores y reglas que inspiran al ordenamiento jurídico.

Atañen, además, a la firmeza del Derecho los factores que inciden en la comunicación de él. La escritura facilita la conservación, pero también su cognoscibilidad y su aplicación.

También es relevante el tipo de lenguaje que utilizan las normas, que se conecta con la temática atinente a sus destinatarios. Leiva Fernández se pregunta si las normas están

⁷¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 15, UNED, Madrid, 2000, pp. 28-29; la cita consta en p. 29.

⁷¹⁵ Véase MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, tomo I, p. 205.

⁷¹⁶ *Idem*, pp. 212 y ss.

dirigidas al juez, al funcionario, al jurista, al abogado o al pueblo, y se contesta:

“Nosotros sostenemos que es el pueblo. Y en ‘pueblo’ se comprenden al juez, al funcionario, al jurista y al abogado. Cada uno deberá tener un acercamiento diferente al tema. Es como los estudios de medicina, de enfermería y los cursillos de primeros auxilios. Todo el pueblo debería conocer prácticas de primeros auxilios, pero es innecesario que sepan efectuar una operación quirúrgica (...). El pueblo debe poder entender la ley. Pero al juez, o al funcionario, que la deben aplicar les es exigible un conocimiento más profundo...”⁷¹⁷.

De allí que el lenguaje que debe utilizar el Derecho tiene que ser sencillo, el ordinario del hombre común, pues ello contribuye a su acceso⁷¹⁸; sin embargo, ello no siempre es posible:

“...si el lenguaje común es discordante con el sentido técnico-jurídico que quiere adjudicársele al vocablo, no puede prescindirse del tecnicismo, sin perjuicio de que se procure igualmente una razonable legibilidad”⁷¹⁹.

Por otra parte, el ordenamiento debe determinar la intensidad de la fuerza vinculante de sus normas y decidir ante un eventual

⁷¹⁷ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 199, §243, p. 256. Continúa diciendo: “A las normas de nivel inferior al constitucional les basta con utilizar un lenguaje claro, límpido, sencillo, sin rebuscamientos ni pretensiones literarias. Un lenguaje que, toda vez que se reputara conocido por todos, pueda ser entendido por la mayoría”.

⁷¹⁸ Véase SALERNO, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, UMSA y Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 70: “Los destinatarios de las normas son personas comunes acordes con el nivel cultural medio de la población. Una formulación legal que no tenga en cuenta estas circunstancias está condenada a ser mal aplicada o desobedecida (...). Deberá cuidarse de que la prosa sea clara y concisa, respetando las reglas gramaticales, de modo que la mente pueda comprender el texto sin esfuerzo ni padecimiento”.

⁷¹⁹ Véase ALTERINI, Jorge H., “Hacia la recodificación civil en la Argentina”, en *La Codificación: Raíces y Prospectivas*, Educa, Buenos Aires, 2005, tomo III, pp. 198-199.

conflicto legislativo, es decir, debe establecer jerarquías normativas.

Incluso, debe ordenar los ámbitos personales (¿a quién está dirigida la norma?), materiales (¿qué asunto regula?), territoriales (¿en dónde rige?) y temporales (¿desde cuándo y hasta cuándo?) de la norma jurídica.

La seguridad jurídica impone igualmente la publicidad del Derecho, pues de otro modo difícilmente sus destinatarios cumplirán sus mandatos si no los pueden conocer⁷²⁰.

1.2.2 Ordenación

La dispersión normativa atenta contra la seguridad jurídica, pues dificulta el conocimiento y la aplicación del Derecho. El proceso de codificación cumplió un rol fundamental al concentrar orgánica y sistemáticamente en cuerpos normativos determinados ámbitos del saber jurídico.

También coadyuva a la necesaria ordenación del Derecho la elaboración de digestos. En el ámbito nacional la ley 24.967 dispuso la preparación de un “régimen de consolidación de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación” (art. 2º), el que finalmente se aprobó por la ley 26.939 bajo la denominación “Digesto Jurídico Argentino”, el que mereció tanto críticas⁷²¹ como elogios⁷²²

⁷²⁰ Véase SALERNO, Marcelo U., “Conocimiento de la norma ante el recaudo de su publicidad”, *La Ley*, 1995-D, p. 448; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Las leyes temporalmente secretas (Sobre la vigencia y publicación de la ley)”, *La Ley*, 2006-E, p. 1220

⁷²¹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El Digesto Jurídico Argentino. Necesario, pero defectuoso e ineficaz”, *La Ley*, 2014-A, p. 461; LUQUI, Roberto E., “El Digesto Jurídico Argentino”, *La Ley*, 2014-E, p. 903; BADENI, Gregorio, “El procedimiento para la sanción de las leyes y el Digesto Jurídico”, *La Ley*, 2014-D, p. 1191.

⁷²² ALTMARK, Daniel R., “Democracias y Digesto Jurídico Argentino”, *Sup. Especial. Digesto Jurídico Argentino*, 2014 (junio), p. 5; BRENNAN, Ramón G., “El Digesto Jurídico Argentino. Primer paso en el camino de la democratización de la información jurídica”, *Sup. Especial. Digesto Jurídico Argentino*, 2014 (junio), p.

1.2.3 Integración

El ordenamiento jurídico debe procurar que no existan vacíos legislativos y, ante la eventualidad de la existencia de ellos, debe prever cómo se integrará el ordenamiento jurídico.

“Para garantizar su plenitud los ordenamientos jurídicos establecen un sistema de fuentes del Derecho y prevén la utilización por los jueces de unos medios de integración de las eventuales lagunas legales (interpretación extensiva, analogía, equidad y principio generales del Derecho); para evitar que éstos, ante la carencia o insuficiencia legal, puedan limitarse a emitir un *non liquet*”⁷²³.

Con ese afán el art. 1º del Código Civil y Comercial, al hacer tema con las “fuentes y aplicación” del Derecho, dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”⁷²⁴.

La primera oración de la norma, al señalar que los casos “deben ser resueltos según las leyes”, envía al intérprete una señal equivocada consistente en que la ley sería la única fuente del Derecho.

16; TRAVIESO, Juan A., “El derecho internacional en el digesto jurídico argentino”, *Sup. Especial. Digesto Jurídico Argentino*, 2014 (junio), p. 54.

⁷²³ PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia”, cit., p.33.

⁷²⁴ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I (Director del tomo: José W. Tobías), pp. 29-32.

Es cuestionable que la regla apunte únicamente “a los tratados de derechos humanos” y no genéricamente a los “tratados”, como lo hacía el texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial⁷²⁵.

La referencia a que en la aplicación de leyes “se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”, es equivocada porque se trata de un capítulo del escenario de la hermenéutica, extraño al art. 1º y propio del art. 2º; tanto es así, que en este último se manda a meritar “sus finalidades” para interpretar la ley⁷²⁶.

Si los usos, prácticas y costumbres, incluso “en situaciones no regladas legalmente”, son fuente “siempre que no sean contrarias a derecho”, es porque el legislador tiene en claro que el Derecho es el género y la ley una de sus especies, con mayor razón porque el Capítulo 1 del Título Preliminar (arts. 1º a 3º) se denomina “Derecho”, pues a la “Ley” se le destina el Capítulo 2.

Quiere decir que para el Código hay Derecho más allá de la ley y, entre las fuentes no explicitadas, se encuentran los principios generales del Derecho.

1.2.4 Simplificación

Así como la “dispersión” normativa afecta a la ordenación del Derecho, la “inflación” legislativa compromete su simplificación. La proliferación de normas en vigor y la dificultad de expurgar a

⁷²⁵ Art. 1º del Anteproyecto: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

⁷²⁶ Art. 2º: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

las derogadas conducen a que sus destinatarios tengan la sensación de que ellas pierden intensidad vinculante.

Esa consecuencia negativa de la “contaminación” normativa, es explicada de la siguiente manera:

“...los sujetos de derecho perciben a cada norma como menos vinculante. Y esa sensación social es directamente proporcional a la cantidad de normas. A semejanza del valor de la moneda, cuando más unidades hay en circulación menos vale cada pieza (...)”.

“La inflación legislativa golpea a diario al operador del derecho desde el momento que tiene que verificar si una norma legal deroga otra anterior sin referirlo expresamente”⁷²⁷.

Guaglianone cuestiona la cantidad de leyes que existen en nuestra República y lo compara con “un monstruo que crece y crece y que al oscurecer el panorama jurídico de la Nación, pone en peligro la seguridad de los derechos individuales...”; y afirma:

“...es evidente que ningún hombre sabe en forma cabal que le es permitido y que le está prohibido y los grupos sociales ignoran cuál es, con precisión, su estructura y dónde están colocados los límites de su acción. Los hombres concluyen en creer que la ley (cuyo conocimiento no alcanzan) es una ‘amenaza’. La desprotección del hombre común y aun del letrado ante la complejidad de las leyes es cosa clara y definitiva”⁷²⁸.

⁷²⁷ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Checklisten’: una técnica contra la inflación legislativa”, *La Ley*, 1996-E, p. 1324. Continúa diciendo: “Es la no tan reciente costumbre de recurrir a las derogaciones “paraguas”, con fórmulas tales como “derógase toda norma que se oponga a la presente”, en la que no se indica expresamente cuál es la norma derogada. La derogación tácita de una norma por otra posterior, suele estar prohibida en las legislaciones que cuentan con manuales o directrices de técnica legislativa”.

⁷²⁸ GUAGLIANONE, Aquiles H., “Sobre la abundancia de las leyes”, en *La Nación* del 19 de noviembre de 1976, cits. por GNECCO, Emilio P., “Algunas reflexiones acerca de la elaboración de las leyes”, *La Ley*, 1979-A, p. 678.

Es conocido el pensamiento de Montesquieu acerca de la importancia de la simplificación normativa, también, para que la población alcance a conocer el Derecho.

“Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños se las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas que fue preciso abreviarlas”⁷²⁹.

1.2.5 Estabilización

Lo “estable” es lo que permanece. La certeza jurídica, es decir la confianza que el individuo tiene en el Derecho, depende fundamentalmente de su estabilidad. El respeto de las tradiciones jurídicas es muy relevante para la seguridad.

Sin embargo, no debe entenderse “estabilidad” como “inmovilidad”⁷³⁰, pues ello implicaría que el Derecho pueda prescindir de la realidad. Lo verdaderamente relevante es que las mutaciones legislativas sean racionales y previsibles, y que no respondan a procesos exageradamente veloces o bruscos, sino meditados y consensuados.

2 PRETENDIDA TENSION ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JUSTICIA

2.1 Introducción

Las conexiones entre la seguridad jurídica y la justicia han derivado en tesis diversas; algunas tendientes a contraponerlas y otras destinadas a buscar una armonización entre ellas.

⁷²⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Altaya, Barcelona, 1993, p. 407.

⁷³⁰ Véase ALTERINI, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 43.

2.2 Estado de la cuestión

2.2.1 Preeminencia de la seguridad jurídica sobre la justicia

El positivismo jurídico es una escuela del pensamiento que tiene como rasgo común la reducción del Derecho a lo estrictamente positivo.

Dentro de esta vertiente de opinión, Kelsen es sumamente claro al desconectar la exigencia moral de la justicia del escenario jurídico. En su pensar una norma no es válida por su valor intrínseco, sino porque es configurada de acuerdo con determinada regla. De este modo, la justicia se ve obscurecida y desplazada por la seguridad jurídica, que se erige en el fin último del Derecho, sin importar el contenido de él⁷³¹.

Radbruch, en los prolegómenos de su obra principal, señala dos rasgos distintivos de su filosofía jurídica: el dualismo metódico y el relativismo. Reconoce la filiación kantiana de su dualismo metódico consistente en la categórica escisión del ser y del deber ser, en el sentido de la imposibilidad de deducir de lo que es, lo valioso, o sea lo que debe ser. En cuanto al alcance de su declarada postura relativista postula que su tarea es realizar cada juicio de valor únicamente con relación a otro juicio de valor determinado y

⁷³¹ El profesor de la Universidad de Viena, aprecia: “La seguridad colectiva o la paz son funciones que –como ya se estableció– los órdenes coactivos designados como derecho poseen realmente en cierto momento de la evolución, si bien en grados diferentes. Esa función es un hecho objetivamente comprobable. La comprobación, que la ciencia jurídica efectúe, de que un orden jurídico pacifica a la comunidad jurídica por él constituida, no involucra ningún juicio de valor; en especial no significa el reconocimiento del valor justicia y, por ende, tampoco significa erigir ese valor en un elemento del concepto de derecho...” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2º edición, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, Porrúa, Buenos Aires, 1982, p. 61).

superior dentro de los límites de determinada concepción, sin reparar en ella⁷³².

Para este autor el Derecho está compuesto de tres exigencias: justicia, adecuación a fin y seguridad jurídica. Estos tres elementos se exigen mutuamente pero también ingresan en contradicción constante. En su visión, la seguridad jurídica requiere del Derecho positivo, pero éste procura valer con autonomía de su justicia y fines.

Si bien señala que las exigencias del Derecho son de igual valor y que la primacía de alguna de ellas corresponde al ámbito de la conciencia individual, se inclina decididamente en el sentido de que la seguridad jurídica es la más relevante.

“El juez, siervo de la interpretación y al servicio del orden jurídico positivo, no puede conocer otra teoría sobre la validez que la jurídica, la que equipara el sentido de validez, la pretensión de vigencia de la ley a la vigencia real (...). Despreciamos nosotros al sacerdote que predica contra su convicción, pero honramos al juez que no se deja perturbar en su fidelidad a la ley por la pugna de su propio sentimiento jurídico (...) todo juez atenido a la ley, es por eso, y sólo por eso también al mismo tiempo, un juez justo”⁷³³.

Radbruch en una primera etapa, como se podrá advertir, admitió la existencia de un Derecho injusto, en virtud de la preeminencia de los postulados de la seguridad jurídica en detrimento de la justicia.

Luego de la segunda guerra mundial, en 1946, sostuvo que la seguridad jurídica debe ceder cuando la ley determina una injusticia que sea irresistible:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo

⁷³² RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 13 y ss.

⁷³³ Idem, pp. 112-113.

asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”⁷³⁴.

No debe pensarse que Radbruch modificó su pensamiento acerca de la importancia de la seguridad jurídica, sino que únicamente modificó su orden prelación frente a un caso extremo de una injusticia insostenible.

Para Alexy no solo sería aceptable esa relación entre seguridad jurídica y justicia, sino que sería insoslayable, pues si se otorgara prioridad a la seguridad en caso de extrema injusticia ello sería incompatible con la pretensión de corrección⁷³⁵.

2.2.2 Supremacía de la justicia con relación a la seguridad jurídica

Para Villey la doctrina clásica del derecho natural atribuyó a los juristas un fin trascendente, el “servicio de la justicia” y no le reconoció ningún otro⁷³⁶. El exponente del realismo jurídico clásico,

⁷³⁴ RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y Derecho*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, p. 35.

⁷³⁵ ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, p. 87.

⁷³⁶ VILLEY, Michel, *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, traducción a cargo de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, pp. 26 y ss.

muestra sus prevenciones sobre la seguridad de la siguiente manera:

“El derecho no debe elaborarse sobre el modelo de las matemáticas. Nosotros no esperamos que una máquina, aun cuando sea electrónica, pueda reemplazar al jurista. ¿Nuestras cortes de justicia perderán aquí su rigor, su bella ordenación lógica? (...). Uno observa que no conviene demasiada seguridad a aquello que afecta las acciones humanas; después de todo puede muy bien ser que demasiado orden no convenga al derecho. Al menos un poco de desorden (sin volver necesariamente a la exageración de incertidumbre de las antiguas civilizaciones) sería a lo que nos conduciría la doctrina del derecho natural”⁷³⁷.

Téngase presente que en la teoría villeyana la ley viene después del derecho, pues la tarea del jurista consiste en revelar lo justo que se encuentra oculto en la naturaleza de las cosas⁷³⁸.

Tal opinión significa un nítido debilitamiento de la norma y de sus implicancias. Ese relegamiento de la ley positiva mereció la crítica de Kalinowski, quien aludiendo al pensamiento de Tomás de Aquino argumentó:

“...dado que la ley es una de las causas del derecho y determina lo justo, es tan importante cultivar la filosofía y las ciencias de la ley como la filosofía y las ciencias de lo justo. Y porque el mismo término derecho designa hoy a la ley y a lo justo, estamos autorizados a dar el nombre de filosofía del derecho a la filosofía del uno y del otro. Pero en razón del vínculo existente entre lo justo y la ley, incumbe a la filosofía del derecho (...) tratar, en primer lugar, a la ley y

⁷³⁷ Idem, p. 112.

⁷³⁸ VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, tomo I, p. 222.

solamente en segundo término al derecho entre los efectos de la ley”⁷³⁹.

2.2.3 La seguridad jurídica como presupuesto de la justicia

Es conocida la idea de Recaséns Siches acerca de que “sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase”. En su pensar la seguridad jurídica es el presupuesto para la realización de valores superiores a ella, como la justicia, y su ausencia niega la esencia de lo jurídico.

Para el autor el Derecho no nació para rendir “culto” a la justicia, sino para conferir seguridad y certeza a la convivencia social. Relata que el hombre primitivo se sintió aterrado en la naturaleza, lo que lo llevó a vivir pendiente de su entorno y que ese estado despertó en él la necesidad de saber a qué atenerse en la naturaleza y con relación a las restantes personas. El Derecho nace como una determinación acerca de qué atenerse.

Piensa que los valores superiores deben inspirar al Derecho, pero lo estrictamente jurídico del Derecho no reside en ellos, sino en el modo de su realización. Aprecia que lo jurídico no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de la teleología, y ese medio es la seguridad.

“Si suprimimos la urgencia de un saber a qué atenerse en lo fundamental de las relaciones colectivas, de un saber a qué atenderse ciertamente y con la seguridad de que efectivamente será así (porque para imponerlo se empleará toda la coacción) ha desaparecido el sentido del Derecho (...). La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho; pero no es su fin supremo. Este consiste en la realización de valores de rango superior. Ciertamente

⁷³⁹ KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 25-26.

la seguridad es también un valor, pero en relación con la justicia es un valor inferior”⁷⁴⁰.

En apretada síntesis, Recaséns Siches postula que sin seguridad jurídica (medio) no es posible la realización de la justicia (fin).

2.2.4 La seguridad jurídica como elemento constitutivo de la justicia

Montoro Ballesteros opina que la seguridad jurídica y la justicia no son dos fines o valores que revistan autonomía, sino que la seguridad jurídica sería un elemento constitutivo de la justicia.

Partiendo de esa premisa, expone dos ideas centrales: 1) la seguridad puede existir sin la justicia⁷⁴¹; 2) la justicia no puede existir sin la seguridad jurídica.

Ahora bien, si la seguridad jurídica integra a la justicia ¿qué respuesta tienen aquellos casos en los que parece que la seguridad se ve postergada por la justicia o ésta por aquélla? El catedrático de la Universidad de Murcia contesta:

“El Derecho, en cuanto obra humana e imperfecta, no puede realizar en su plenitud el valor de la justicia. Esta (...) en parte es inmanente al Derecho y en parte, trascendente al mismo. Ello significa que en aquellas actuaciones en que la seguridad parece desplazar y triunfar sobre la justicia se trata de un fenómeno aparente. Lo que en realidad acontece en esos supuestos es que, unas veces, como resultado de la función correctiva que se da entre diferentes especies de justicia (...) es corregida y modificada por exigencias de otras especies de justicia (...). Otras veces lo que

⁷⁴⁰ RECASÉNS SICHES, Luis, “La seguridad como motivo radical de lo jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 239, UNAM, p. 230.

⁷⁴¹ A tal aserto, Lamas le contestaría que “...olvida que no hay injusticia segura” (LAMAS, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, p. 439).

sucede es que –por diferentes razones de orden ético y técnico– sólo se puede realizar ese mínimo de justicia, esa justicia imperfecta, en que consiste la seguridad jurídica...”⁷⁴².

Para Vigo la seguridad jurídica se trata de un valor específico que se nutre de diversos elementos, los que muy difícilmente puedan ser incluidos en la justicia. Apunta a que la eventual absorción de la seguridad por la justicia es en desmedro de la primera y muestra su convencimiento acerca de que el factor de previsibilidad jurídica favorece un mejor Derecho⁷⁴³.

2.2.5 La seguridad jurídica como complemento de la justicia

Manuel Atienza recuerda que la seguridad es un argumento que se ha utilizado para limitar los derechos y libertades de los individuos y que existen autores que sostienen que una norma injusta debe ser cumplida igualmente con el objeto de mantener el orden social.

Distingue tres niveles del valor jurídico en análisis: orden, certeza y seguridad en sentido estricto.

En primer lugar, el Derecho deber ordenar la conducta humana y lograr un mínimo de previsibilidad. Vincula a la certeza con la sistematización del Derecho que inspiró a las corrientes codificadoras. Por último, define a la seguridad propiamente dicha como la “capacidad de un ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros los valores de libertad e igualdad”.

⁷⁴² MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, cit., tomo I, p. 249-250.

⁷⁴³ VIGO, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 3, N° 6, 1998, p. 516.

“...la seguridad –la previsibilidad– es por sí misma un valor social, pero se trata de un valor graduable en función de qué sea lo que se hace previsible. En consecuencia, no tiene mucho sentido contraponer la seguridad a la justicia o a la libertad, ya que la justicia no es otra cosa que la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad (...) si A, B y C son conductas o normas valiosas, poder prever, tener la seguridad de que A, B y C se realizarán, también es un valor”⁷⁴⁴.

Esta posición pondera a la seguridad jurídica como algo valioso desde su propia especificidad, pero explicita que ella no tiene una vida autónoma de la justicia sino complementaria⁷⁴⁵.

2.3 Mi posición

Procuraré explicar cuál es mi criterio sobre la pretendida tensión entre la seguridad y la justicia, a través de la formulación de diversas tesis.

2.3.1 La seguridad no es por sí misma valiosa

La mera aportación de previsibilidad por parte de un ordenamiento jurídico no es valiosa *per se*. Sin ingresar en diferentes episodios históricos que demuestran la verosimilitud de este aserto, bastaría con pensar en una norma segura pero manifiestamente injusta.

Piénsese, verbigracia, en la siguiente norma hipotética: el titular de un derecho real que se ejerce por la posesión debe soportar los daños que una persona le cause al objeto de ese derecho, aun cuando el actuar de este último fuere a título de dolo.

El saber a qué atenerse solo ingresa en el escenario de la axiología jurídica cuando encuentra correlato en la justicia, o sea,

⁷⁴⁴ ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 118-119.

⁷⁴⁵ Véase VIGO, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, cit., p. 500.

cuando la certeza que aporta el derecho positivo realiza la acción justa. Sin justicia, la seguridad es tan solo aparente.

2.3.2 La invocada seguridad que no tiene correlato en la justicia material difícilmente satisfaga una de sus exigencias: la estabilidad

Una de las exigencias de la seguridad jurídica es la estabilidad, entendida como la permanencia de las normas jurídicas como medio para producir certidumbre en el orden jurídico. La certeza jurídica, o sea la confianza que inspira el Derecho, depende fundamentalmente de la estabilidad.

Obviamente, no debe pensarse a la estabilidad de las normas jurídicas como si existiera una necesidad de que ellas sean inmutables.

Tomás de Aquino señala que el cambio de las leyes importa ciertos riesgos para el bien común, pues el soporte de la costumbre contribuye a la observancia de ellas. La sanción de nuevas leyes debe reportar un evidente beneficio. Ahora bien, ¿cuándo se presentaría una “grande y evidentísima utilidad”? Ella se hace presente cuando la ley vigente entraña una nítida iniquidad o su cumplimiento resulta muy perjudicial⁷⁴⁶.

Una ley injusta no debe permanecer en el tiempo. La confianza en el Derecho debe encontrar sostén en las leyes justas,

⁷⁴⁶ TOMÁS DE AQUINO, *ST*, I-II, q. 97, a. 2: “La ley humana puede cambiarse rectamente en cuanto dicho cambio sea necesario para la mayor utilidad del pueblo. Mas la misma mutación de la ley, por sí misma, engendra ya un cierto detrimento al bien común; porque mucho cuenta la costumbre para la observancia de la ley, y cuando se manda algo contra la costumbre, puede agravar el problema (...). Por lo mismo, cuando se cambia una ley, disminuye su fuerza coactiva, favorecida por la costumbre. Por tanto nunca ha de cambiarse una ley, a menos que los inconvenientes del cambio compensen, por el bien común que se prevé. Lo cual sucede, por ejemplo, cuando provenga del cambio una grande y evidentísima utilidad...”. Véase *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes*, traducción de Carlos Ignacio González, Porrúa, México, 1990, p. 8

pues el vocablo “confianza” con relación a las cosas significa: “Que posee las cualidades recomendables para el fin a que se destina”. Si se compartiera que el Derecho no descarta la concreción de la injusticia, la ley injusta difícilmente generaría confianza.

De allí que solo habrá verdadera seguridad jurídica cuando se fundamente en la justicia.

2.3.3 La seguridad como vía para alcanzar la justicia material

Es necesario –aunque no suficiente– que se cumplan las exigencias de la seguridad jurídica para alcanzar la justicia material en el caso concreto, puesto que la ordenación de la vida en comunidad exige que los mandatos derivados de la justicia sean impuestos y publicitados con anterioridad al conflicto para que sus destinatarios tengan la posibilidad de satisfacerlos. En otras palabras, no es adecuado que la solución justa se indique *a posteriori* del problema.

Acaso por ello, Radbruch apuntó que un derecho incierto es al mismo tiempo injusto, pues no podría asegurar para el porvenir un trato igual de hechos iguales⁷⁴⁷.

La idea de la “igualdad” conectada con la “justicia” fue expuesta por la tradición aristotélico-tomista. El Estagirita divide a la justicia particular en distributiva y correctiva. La primera se fundamenta en la igualdad geométrica; la correctiva es una igualdad aritmética. La justicia distributiva preside todo intercambio de bienes, en tanto que la correctiva interviene para corregir las desigualdades que pueden viciar los intercambios.

“Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es desigual, es evidente que existe un término medio de lo desigual, y éste es lo igual (...). Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. (...) Y la igualdad será la misma en las

⁷⁴⁷ RADBRUCH, Gustav, *Los fines del derecho*, UNAM, México DF, 1981, p. 65.

personas en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son igual no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales”⁷⁴⁸.

Finnis presenta a la igualdad como un elemento de la justicia, pero aclara que debe entenderse en un sentido analógico, pues puede desplegarse de maneras muy variadas.

“Existe, por ejemplo, la igualdad ‘aritmética’ del $2=2$, y existe también la igualdad ‘geométrica’ de $1:1 = 2:2$, o de $3:2 = 6:4$; alimentar a un hombre voluminoso con las mismas raciones que a un niño pequeño es y al mismo tiempo no es tratar a los dos ‘de manera igual’. Para evitar malentendidos y simplificaciones excesivas, por tanto, será mejor pensar en una *proporcionalidad*, o incluso en un *equilibrio* o *contrapeso*”⁷⁴⁹.

De allí que para materializar la justicia es fundamental saber qué es lo justo, o sea, cuál es la proporción adecuada, en las múltiples y variables situaciones que presenta la vida social; de allí que sin su determinación, o sea sin un mínimo de seguridad, difícilmente se pueda garantizar el imperativo de igualdad que reclama la justicia.

En síntesis, la mentada tensión entre seguridad y justicia no es tal, porque la seguridad jurídica exige la existencia de justicia y ésta precisa de un mínimo de seguridad para su concreción⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. y notas por Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1993, p. 243, Libro V, 1131a.

⁷⁴⁹ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 193.

⁷⁵⁰ Véase ALTERINI, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, cit., pp. 46 y ss. “La seguridad y la justicia son dos valores jurídicos relacionados entre sí. Esta vinculación puede ser concebida en situación de conflicto –como una alternativa entre seguridad o justicia-, o en un marco de armonía, esto es, asumiendo al Derecho como un compromiso entre una y otra, para que simultáneamente hayan

3 LA PAZ SOCIAL COMO FRUTO DE LA JUSTICIA

Es conocida la opinión del profeta Isaías acerca de que la paz es obra de la justicia⁷⁵¹. Para el Aquinate la paz es indirectamente producto de la justicia, en tanto elimina los obstáculos para que ella pueda manifestarse⁷⁵².

Agustín de Hipona alude que la paz de una ciudad "...es la concordia bien ordenada en el gobierno y en la obediencia de sus ciudadanos" y "...la paz de todas las cosas es la tranquilidad del orden. Y el orden es la distribución de los seres iguales y diversos, asignándole a cada uno su lugar"⁷⁵³.

Claro está que no cualquier orden sirve de sostén a la paz. Piénsese, verbigracia, que las estructuras de las asociaciones ilícitas reprimidas por el Derecho penal se caracterizan por la ordenación de sus partes integrantes, pero nadie duda que las conductas que ellas despliegan no coadyuvan a la consecución de la paz⁷⁵⁴.

Incluso la imposición de un orden que no encuentre basamento en la naturaleza de las cosas, aun cuando sea lícito de acuerdo al derecho positivo, no es perdurable. El orden únicamente tiene vocación de perdurabilidad cuando le da a cada uno lo que le es debido, es decir, cuando es fruto de la justicia. Sobre ello opina Hernández Gil:

seguridad y justicia (...) la justicia exige que haya seguridad jurídica pero, correlativamente, la seguridad reclama que exista justicia" (pp. 46 y 48).

⁷⁵¹ *Biblia de Jerusalén*, Bilbao, 1976., en el "Libro de Isaías", poemas sobre Israel y Judá, 32-17.

⁷⁵² TOMÁS DE AQUINO, *ST*, II-II, q.29, a.3.

⁷⁵³ AGUSTÍN, *Ciudad de Dios*, Lib. XIX, Cap. XIII.

⁷⁵⁴ Explica Lamas: "La paz, decían los antiguos, es el orden de la justicia, pero no el orden de la violencia. La tiranía no asegura la paz, sino que por la fuerza reprime las fuerzas que pugnan sordamente contra ella. El Derecho positivo es instancia de concreción verdadera y, por lo tanto, instrumento de paz, en la medida que esté informado por la validez del Derecho natural, es decir, en cuanto sea justo (LAMAS, Félix A., *La experiencia jurídica*, cit. p. 439).

“La tranquilidad es algo así como un resignado conformismo –la quietud impuesta–, que puede ser obra del derecho o también de la fuerza. La paz implica la realización de valores éticos más elevados. No el mero mantenimiento de la tranquilidad y no tampoco una paz a cualquier precio, sino una paz justa y socialmente entendida y compartida...”⁷⁵⁵.

Por otra parte, no debe entenderse a la paz únicamente en sentido negativo, es decir, como la ausencia de conflictos bélicos, sino también en una faz positiva como la unión efectiva de las personas humanas en orden a su dignidad.

La paz social se ve amenazada cuando no se reconoce a la persona humana lo que le corresponde en virtud de su connatural dignidad, como también cuando la convivencia no está ordenada al bien común⁷⁵⁶.

Entre los bienes humanos básicos descriptos por Finnis se encuentra la “sociabilidad”, que en palabras del autor:

“...se realiza en su forma más débil por un mínimo de paz y armonía entre los hombres, y que atraviesa las formas de comunidad humana hasta su forma más fuerte en el florecimiento de la amistad plena...”⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La función social de la posesión*, Alianza editorial, Madrid, 1969, p. 67

⁷⁵⁶ Rossi presenta a la igualdad, al reconocimiento de la dignidad humana y la seguridad justa como presupuestos de la paz social, con la siguiente modalidad expresiva: “Vano y estéril intento, en efecto, pretender lograr una paz auténtica en este mundo de hoy, ¡tan desparejo!, sin establecer antes ciertas igualdades humanas fundamentales, sin el debido respeto y reconocimiento efectivo de derechos esenciales de la persona, sin constituir estructuras jurídicas que garantice la estabilidad de relaciones de estricta justicia entre todos los hombres y pueblos, sin manchas de írritas exclusiones y desigualdades reñidas con elementales principios de derecho natural” (ROSSI, Abelardo F., *Aproximación a la Justicia y a la Equidad*, EDUCA, Buenos Aires, 2000, p. 89).

⁷⁵⁷ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 119

El hombre no solo vive, sino que también convive. Ello seguramente porque como expresa Aristóteles:

“...la vida de un solitario es difícil, pues no le es fácil estar continuamente activo consigo mismo, pero en compañía de otros y en relación con otros es mucho más fácil. Así su actividad será más continua y agradable por sí misma...”⁷⁵⁸.

Para los filósofos clásicos el hombre es por naturaleza un ser social y, también, la organización con sus semejantes es innata a él. En la modernidad surgen voces contrarias a la concepción de natural de la sociabilidad humana, como Hobbes⁷⁵⁹, Locke⁷⁶⁰ y Rousseau⁷⁶¹. Estos pensadores, llamados contractualistas, la conciben como el producto de un pacto, de un contrato social.

En la actualidad conviven quienes piensan –como creo– que la sociedad es una realidad natural al hombre y los que sostienen que es el producto de un acuerdo. No obstante, de una u otra manera

⁷⁵⁸ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., p. 371, Libro IX, 1170a.

⁷⁵⁹ Hobbes describe al estado de naturaleza humana como “de guerra y anarquía” y señala que “la razón sugiere adecuadas normas de paz a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso”, para salir del estado natural e ingresar en el civil (HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 125).

⁷⁶⁰ “Las leyes de la naturaleza obligan a los hombres en forma absoluta (...) no somos autosuficientes (...) para suplir nuestra incapacidad de vivir solos y aislados nos vemos inducidos por la naturaleza a buscar la comunión y camaradería con los otros, no siendo otra causa que llevó a los hombres a unirse mutuamente por primera vez en sociedades políticas” (LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 205).

⁷⁶¹ Para Rousseau “...el estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser (...) los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen...”. Apunta que el problema del contrato social es “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de todas fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes” (ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social*, Panamericana, Bogotá, 1988, p. 24).

es innegable que las comunidades existen y que se encuentran organizadas políticamente.

Sin un mínimo de paz no hay convivencia posible y sin ésta la vida humana no encuentra las condiciones necesarias para adecuado desarrollo.

La violencia es la contracara de la paz, pero ella no debe ceñirse al empleo de la fuerza física.

Ballesteros, en su obra “Repensar la paz”, señala que la violencia aparece como la “...negación del reconocimiento debido a la persona por el mero hecho de ser tal, como negación de lo que en la persona hay de sagrado e inviolable: su vida y su dignidad personal”⁷⁶². Apunta que las formas fundamentales de la violencia se manifiestan cuando una persona usa a otra para su lucro personal (violencia económica), para su goce sensible (violencia lúdica), o para consolidar su voluntad de poder a través de la dominación (violencia política)⁷⁶³.

Ihering enseñó que la finalidad del Derecho es la paz y el medio para alcanzarla es la lucha contra todo aquello que la perturba. Postuló:

“Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea”.

“Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido

⁷⁶² BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, Ediciones internacionales universitarias, Madrid, 2006, pp. 17-18

⁷⁶³ BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, cit., pp. 19 y ss. También se ha reflexionado que la violencia, modernamente, “...se cristaliza progresivamente en tres aspectos principales: el aspecto psicológico, explosión de fuerza que cuenta con un elemento insensato y con frecuencia mortífero; el aspecto moral, ataque a los bienes y a la libertad de otros; el aspecto político, empleo de la fuerza para conquistar el poder o dirigirlo hacia fines ilícitos” (DOMENACH, Jean-Marie, en *La violencia y sus causas*, Editorial de la Unesco, Paris, 1981, p. 34).

indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el Derecho en su impotencia; se completan recíprocamente; y el Derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza”⁷⁶⁴.

¿Qué perturba la paz para el autor alemán? La injusticia. De allí que la justicia sea el camino para alcanzar la paz.

4 EL RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO SENDERO DE LA PAZ

La tutela de la dignidad humana es exaltada por numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

Ya en la primera oración del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se manifiesta la importancia de la dignidad, al decir que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El art. 1º alude a que todas las personas humanas “...nacen libres e iguales en dignidad...”; el art. 22 menta que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales que sean “...indispensables a su dignidad...”; el art. 23 hace tema con

⁷⁶⁴ IHERING, Rudolf, “La lucha por el derecho”, en *Estudios jurídicos*, traducción directa del alemán por Adolfo González Posada, Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 10.

la remuneración del trabajo y señala que ella debe asegurar una “...existencia conforme a la dignidad humana...”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 también inicia su prolegómeno con la afirmación acerca de que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad...”. Luego, en su articulado, al ocuparse de diferentes derechos profundiza la idea. El art. 12 regla el derecho a la educación y se lo direcciona en el sentido de que mediante la capacitación la persona humana debe “...lograr una digna subsistencia...”; el art. 14 se ocupa de las “condiciones dignas” del trabajo; el art. 23 norma que toda persona tiene derecho a la propiedad privada con el objeto de que contribuya “... a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 presenta a la dignidad como algo “inherente al ser humano” (art. 5) y señala que toda persona tiene derecho “al reconocimiento de su dignidad” (art. 11).

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976 pregona que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” y que “estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”.

La Constitución Nacional utiliza el calificativo “digno” al aludir a las “condiciones dignas y equitativas” de los trabajadores (art. 14 bis); “el acceso a una vivienda digna” (art. 14 bis); y a las “condiciones de trato equitativo y digno” a las cuales tienen derecho los consumidores (art. 42).

En consonancia con los textos normativos aludidos, el art. 51 del Código Civil y Comercial declara: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”; obviamente, la violación

de la dignidad humana habilita las vías preventivas y resarcitorias del Derecho de daños (arts. 52, 1708 y concordantes, Código Civil y Comercial)⁷⁶⁵.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por “dignidad” de la persona humana?

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “digno” –en su primera acepción– significa: “Merecedor de algo”. La persona humana merece el respeto de sus semejantes, en virtud de su propia naturaleza; el hombre es valioso en sí mismo.

Modernamente se piensa que la dignidad es el valor supremo del hombre en virtud de su propia naturaleza, independientemente de su posición social, origen o filiación⁷⁶⁶. La consideración de la dignidad humana no excluye la posibilidad de desigualdades naturales o sociales entre los hombres, sino que rechaza tratos degradantes entre ellos.

⁷⁶⁵ El art. 52, sobre “afectaciones a la dignidad”, conecta la inviolabilidad de la persona humana con el Derecho de daños, al reglar: “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

⁷⁶⁶ PELÈ, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N° 1, 2004-2005, pp. 10-11: “Conviene insistir en que el concepto moderno de dignidad, por otorgar un igual valor a todos los individuos por ser humanos, rompe con los fundamentos pre-modernos de la dignidad. En efecto, tanto en la antigüedad, la Edad-Media, el Renacimiento, etc. el valor del individuo derivaba de su filiación, origen, posición social, u otros cargos políticos. En resumen, los individuos nacían con dignidades distintas y desiguales. El individuo podía sentir e identificar su valor y excelencia por la pertenencia a una élite con la cual compartía los rasgos sociales, políticos y económicos. Además sentimientos como el valor en la Antigüedad y el honor en la Edad-Media impulsaban al individuo demostrar su excelencia y obtener así el reconocimiento de la comunidad en la cual se encontraba. Cuando nos referimos a un cierto vacío de la dignidad humana, queremos subrayar lo siguiente: mientras que en su forma anterior, el valor del individuo se sostenía en sentimientos que le permitían sentir su identidad, en la modernidad, la dignidad humana parece carecer de fundamento emocional”.

En el apartado anterior se expuso que la idea antagónica de la paz es la violencia y que ésta debe entenderse no únicamente como el uso de la fuerza física, sino como toda negación de la dignidad humana; de allí que mediante el respeto de ella se allane el camino a la paz.

5 LA TRADICIÓN COADYUVA A LA PAZ SOCIAL

5.1 Introducción

El sistema de mutación jurídico real concausal del título y el modo suficientes, donde éste es la tradición por actos materiales, coadyuva enérgicamente con el postulado de la paz social porque: a) evita el conflicto; b) protege al débil jurídico; c) resguarda adecuadamente los derechos del titular del derecho y del adquirente; d) contribuye a que no se generen situaciones inequitativas; e) impide un excesivo apego a los objetos materiales, y estimula el trabajo humano y la producción de riqueza.

5.2 Evita el conflicto

La propiedad privada rectamente ordenada contribuye a la paz social, pues confiere a las personas humanas individualmente consideradas, o agrupadas con otras, un sentimiento de seguridad y confianza, a través de la determinación entre lo propio y lo ajeno, con un criterio de justicia.

El reconocimiento de la propiedad privada como derecho fundamental escriba en diferentes raíces. Desde un plano económico, es indudable que las personas son más diligentes en el cuidado de lo que les pertenece con exclusividad respecto de lo que le es común con otros. Esa circunstancia impacta socialmente en una mejor gestión de los bienes. Además, y con la mirada puesta en la organización política de la sociedad, la propiedad privada ayuda a mantener la paz social porque cada persona está contenta

con lo que le pertenece y evita las contiendas propias de titularidades comunes⁷⁶⁷.

Si la adquisición del derecho real inmobiliario que se ejerce por la posesión no dependiera de la adquisición de esa relación real, ¿esta propiedad privada también garantizaría la paz social? ¿Qué consecuencias conllevaría la disociación entre la realidad material y la jurídica?

La desconexión de la posesión con la titularidad del derecho real que se ejerce a través de ella podría determinar la creación de un elemento de conflicto que podría derivar, incluso, en enfrentamientos violentos entre quien efectivamente posee y quien tiene la titularidad del derecho⁷⁶⁸.

Los estados de hecho no son extraños a lo jurídico y hasta pueden determinar derechos⁷⁶⁹. Incluso, la experiencia indica que

⁷⁶⁷ TOMÁS DE AQUINO, ST, II-II, q. 66, a.2: “Dos cosas tocan al hombre respecto a las cosas externas: la primera, la capacidad de procurarlas y administrarlas, y en ese sentido es lícito al hombre el poseer cosas propias. Y esto es necesario para la vida humana por tres motivos: primero, porque cada uno es más solícito para procurarse algo que necesita, que para procurar lo que es común a todos o a muchos (...); segundo, porque cada uno ordena mejor sus propias cosas (...); tercero, porque así se conserva más la paz entre los hombres, cuando cada uno está contento con lo suyo...”. Véase *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes*, cit., p. 183.

Véase, también, el comentario de VALLEY DE GOYTISOLO, Juan B., “La propiedad en Santo Tomás de Aquino”, *Revista de estudios políticos*, N°195-196, pp. 72-73.

⁷⁶⁸ Véase COSSARI, Nelson G. A., “Pretendida sustitución de la tradición por la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria”, op. y loc. cit.

⁷⁶⁹ El Codificador clásico, Vélez Sarsfield, en la anotación al Título I “De los hechos”, Sección Segunda “De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”, del Libro Segundo “De los derechos personales en las relaciones civiles”, postuló: “La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos”.

en ocasiones las leyes que se dictan responden a situaciones sociales que reclaman regulación; en contraste, las leyes no pueden imponer estados de hecho.

No puede dudarse que lo ideal es que el Derecho coincida con los hechos, siempre que éstos sean dignos de tutela.

Los sistemas que desnaturalizan los derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión⁷⁷⁰ colocan a los fundamentos del derecho de propiedad privada en peligro de desmoronamiento.

Piénsese lo siguiente, ¿cómo una persona cuidará y gestionará un inmueble de su titularidad si no tiene el contacto físico con la cosa? Ese interrogante suscita otra cuestión: frente a una disociación entre la titularidad del derecho y la posesión, ¿quién deberá cuidar y gestionar la cosa?

La tensión que se manifiesta en las diversas matrices de mutación jurídico real que disocian la “titularidad” de derecho real que se ejerce posesión y su “ejercicio”, no se advierte en el sistema del título y el modo suficientes cuando éste es la tradición por actos materiales, pues la posibilidad de que existan conflictos se minimiza y los fundamentos de la propiedad privada quedan incólumes.

Francisco, con la convicción de que es posible construir un camino hacia la paz, señala ciertos postulados para orientar el desarrollo de la convivencia social y la cimentación de una comunidad en la cual las diferencias armonicen con el proyecto común. Entre los principios que enuncia se encuentra el que formula que la “realidad” es superior que la “idea”:

“Existe también una tensión bipolar entre la idea y la realidad. La realidad simplemente es, la idea se elabora. Entre las dos se debe instaurar un diálogo constante, evitando que la idea termine separándose de la realidad. Es peligroso vivir en el reino de la sola

⁷⁷⁰ Véase Cap. IV, §7.

palabra, de la imagen, del sofisma. De ahí que haya que postular un tercer principio: la realidad es superior a la idea. Esto supone evitar diversas formas de ocultar la realidad (...). La idea desconectada de la realidad origina idealismos y nominalismos ineficaces, que a lo sumo clasifican o definen, pero no convocan. Lo que convoca es la realidad iluminada por el razonamiento. Hay que pasar del nominalismo formal a la objetividad armoniosa. De otro modo, se manipula la verdad, así como se suplanta la gimnasia por la cosmética”⁷⁷¹.

Conectando esas reflexiones con la temática que aquí analizo, es inequívoco que las facultades que determinado derecho real confiere a su titular podrían quedar postergadas como una mera “idea” si no se conectan con la manifiesta “realidad” de la posesión. Si se escinde la mutación de la titularidad del derecho real de la adquisición de la posesión, la idea prescinde de la realidad.

Para López Olaciregui “la tradición es un instrumento insustituible” en la dinámica traslativa de los derechos reales, por las siguientes razones:

“Si toda realidad jurídica se monta sobre hechos, la realidad jurídica de la propiedad individual se monta sobre hechos materiales de posesión, que no dejan de ser materiales porque en alguna medida se los haya idealizado desbastando algunas de sus aristas más gruesas. Y esos actos de posesión que se ubican en el tiempo, deben necesariamente tener un estreno o inauguración que en los casos de transmisión derivada no puede ser otro que actos de entrega y recepción: que es mío lo que tengo, y que lo tengo porque en algún momento anterior lo recibí son los presupuestos en que se apoyan las situaciones de propiedad jurídica cuyo respeto constituye la base de la convivencia organizada”⁷⁷².

⁷⁷¹ FRANCISCO, *Evangelii Gaudium*, 24 de noviembre de 2013, §231 y §232.

⁷⁷² LÓPEZ OLACIREGUI, José M., “La Tradición Traslativa de Dominio: Aspectos Jurídicos y Notariales”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 707, p. 1185; la cita obra en el §VII.

Por esos motivos, es objetable la tesitura de la escuela del Derecho natural racionalista acerca de que bastaría el mero consentimiento para provocar la transmisión de un derecho real porque se estaría en el marco de una intelectualidad⁷⁷³. Este pensamiento disocia la “realidad” de la “idea”.

También son observables los sistemas de registración constitutiva, tanto causales como abstractos, puesto que la inscripción desecha igualmente a la realidad.

5.3 Protege al débil jurídico

5.3.1 Planteo

En este apartado procuraré demostrar a partir de ciertos supuestos muy disímiles que el sistema de la tradición protege más adecuadamente al débil jurídico en una mutación jurídico real. Con esa óptica, contrastaré el sistema vigente con la matriz de la inscripción registral constitutiva, por ser ésta la que se procuró instalar en reiteradas oportunidades en nuestro país⁷⁷⁴.

¿Qué se entiende por débil jurídico?

Finnis sostiene que es un principio general del Derecho aquel que “al estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad”⁷⁷⁵. Esta directriz general determinó la regla del *favor debilis*⁷⁷⁶ que envía

⁷⁷³ Véase Cap. I, §2.1.2.

⁷⁷⁴ Véase Introducción, §3.

⁷⁷⁵ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 315

⁷⁷⁶ El Código de Comercio derogado preceptuó el *favor debitoris*, y por vía del art. 16 del Código Civil derogado se interpretó que era de aplicación también en las relaciones del Derecho civil. En caso de duda había que estar en favor del deudor, con el convencimiento de que quien revestía esa calidad era la parte débil de la relación obligatoria. El inc. 7º del art. 218 del Código de Comercio derogado, como regla residual, establecía que “las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación”. Era una norma propia de las legislaciones del siglo XIX, momento histórico de exacerbación de la libertad.

al intérprete a valorar positivamente la posición jurídica de quien padece de cierta vulnerabilidad.

En el ámbito del derecho privado se ha puesto el foco, fundamentalmente, en la parte débil de la relación jurídica derivada de un contrato⁷⁷⁷; así, el consumidor, en la relación de consumo⁷⁷⁸; el trabajador, en la relación laboral⁷⁷⁹. Por vía

Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 concluyeron que el principio debía "...ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato", que en ocasiones podía no coincidir con el deudor.

El art. 1068 del Código Civil y Comercial regla: "Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes". La norma debe ser interpretada en el sentido del favor debilis (Véase ALTERINI, Ignacio E., *Manual de Derecho Comercial*, cit., pp. 447-448).

⁷⁷⁷ Véase nota anterior.

⁷⁷⁸ El art. 1094 del Código Civil y Comercial establece: "Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor"; y el art. 1095 dispone: "Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

La ley 24.240 sobre "Defensa del consumidor" también contiene dichas normas protectorias. Así, el art. 3° norma: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor"; el art. 37 dice: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".

⁷⁷⁹ El 9° de la ley 20.744, de contrato de trabajo, incorpora "el principio de la norma más favorable para el trabajador", con las siguientes palabras: "En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador".

jurisprudencial se elaboró en ámbito de la relación jurídica derivada de la responsabilidad civil la regla *in dubio pro victimae*⁷⁸⁰.

Sin embargo, la noción de debilidad no es exclusiva de las relaciones jurídicas, pues también puede presentarse en otras situaciones jurídicas⁷⁸¹ no engendradas en virtud de una relación entre personas reglada por el Derecho. La posición de debilidad

⁷⁸⁰ Véase STJ, Entre Ríos, 01/03/2005, “Marco, Eugenia B. y otro c. Nidera Argentina S.A. y otro”, *LLLitoral*, 2005 (julio), p. 598; C. Apel. Noroeste de Chubut, 18/09/2007, “G., L. F. c. A., F. R.”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com., La Matanza, Sala I, 20/09/2007, “Cabrera, Sara A. y otro c. Diaz, Luis E. y otro”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com. Sala I, 23/10/2008, “Bevilacqua, Natalia c. Suárez, Carlos”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. Com. y Min., San Juan, Sala I, 26/11/2008, “U., J. E. c. Giménez, Miguel B. y Tac Ltda.”, *LLGran Cuyo*, 2009 (abril), p. 299; CNAT, Sala X, 17/02/2009, “García, Gastón Alexis c. Edesur S.A. y otro”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com., Pergamino, 27/10/2009, “Arias, Eduardo Raúl y otros c. Gimenez, Marcelo Fabian y otros”, *La Ley Online*; C3ª Apel. Civ. Com. Min. Paz y Tribut., Mendoza, 04/12/2009, “Ortiz, Melania Edelmira c. Empresa Provincial Transporte de Mendoza”, *LLGran Cuyo*, 2010 (abril), p. 270; C. Apel. Civ. y Com., Resistencia, Sala IV, 04/09/2012, “Medina, Cristian Nelson c. Rivolta, Julian José y/o quien resulte Propietario, Usuario y/o Usufructuario del Vehículo Dominio BBH-300 s/ daños y perjuicios y daño moral”, *La Ley Online*; C6ª Apel. Civ. y Com., Córdoba, 27/11/2012, “Quevedo Esteves, María Jimena c. Parussa S.A. s/daños y perjuicios – otras formas de responsabilidad extracontractual – recurso de apelación - expte. N° 1997761/36”, *La Ley Online*; CNAT, Sala X, 28/02/2013, “Titizano Calla Rodolfo c. Stieglitz Construcciones S.A. s/ley 22.250”, *La Ley Online*; C. Apel. Civ. y Com., La Matanza, Sala I, 05/11/2013, “Vera, Cristian Nelson c. Romero, Sergio Daniel y otro s/ daños y perjuicios”, *RCyS*, 2014-I, p. 136 – *LLBA*, 2014 (abril), p. 326; CNCiv., Sala J, 08/04/2014, “S. M. Y. y otros c. Edenor s/ daños y perjuicios”, *ED*, 257, p. 552 - *RCyS*, 2014-VII, p. 162; C. Apel. Civ. y Com., Salta, Sala III, 26/08/2016, “R., E. V. A. c. G. O., A. S. y/o quien resulte civilmente responsable s/ – Sumario - Daños y perjuicios por accidente de tránsito”, *RCyS*, 2016-XII, p. 176.

⁷⁸¹ Una situación jurídica es el emplazamiento de la persona en determinado ámbito jurídico, en el cual se ubica como sujeto de “relaciones jurídicas” y de “poderes”, y sometido a unas o a otros (Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo I [Director del tomo: José W. Tobías], pp. 62-63).

jurídica puede encarnar en un extraño a determinada relación jurídica entablada, pero cuyas inferencias se propagan sobre él.

Efectuadas esas consideraciones, surge el interrogante acerca de quién ostenta la posición más débil en el ámbito de una mutación jurídico real ¿El adquirente o el transmitente? Ninguno de ellos; quien exhibe la posición de mayor vulnerabilidad es quien no es parte de los actos jurídicos con finalidad traslativa, pero sí tiene un interés legítimo en la suerte de ellos con fundamento en su relación real con la cosa.

La justicia reclama igualdad, pero supone que las personas implicadas sean iguales⁷⁸². Si se presenta una desigualdad que determina posiciones jurídicas “fuertes” y otras “débiles” entre los diferentes involucrados, es justo que el ordenamiento jurídico prevea mecanismos para procurar equilibrar esa desigualdad genética. Si no lo hiciera, se plasmaría una injusticia y no se transitaría el camino hacia la paz.

5.3.2 El estatuto del consumidor ante contratos con finalidad traslativa sobre inmuebles cuya posesión no exhibe el transmitente

El art. 1093 del Código Civil y Comercial define al contrato de consumo como “...el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Sin perjuicio de las deficiencias técnicas que exhibe la caracterización legal⁷⁸³, es claro que aquellos contratos que tengan

⁷⁸² Véase Cap. V, §2.3.3.

⁷⁸³ La regulación del Título III, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial sobre “Contratos de consumo” es objetable desde la precisión conceptual porque se refiere indistintamente a “consumidor” (arts. 1092, 1094 a 1096, 1098 a 1103,

por finalidad la transmisión de derechos reales sobre inmuebles suponen contratos de consumo siempre que el adquirente pueda ser calificado como destinatario final de ellos. Obviamente, obstará al encuadramiento de esa destinación si la adquisición tiene por finalidad incorporar el inmueble a un proceso productivo o de comercialización.

Piénsese, verbigracia, en un contrato de compraventa de un inmueble con destino de vivienda, en el cual el vendedor no tiene la posesión de la cosa. Si así fuera, evidentemente no se podría concluir el *iter* necesario para la integración del derecho real, pues

1105, 1107, 1109, 1110, 1113 a 1116, 1118, 1119), “consumidor o usuario” (art. 1093, 1104, 1106, 1111), “consumidor y usuario” (art. 1097) y “consumidor o usuario final” (art. 1093). Es irreprochable el vocablo “consumidor”. Menos certera es la mención de “consumidor o usuario”, puesto que el consumidor es el usuario final, identificación en la que acierta el art. 1093. Y acaso la más cuestionable es la referencia copulativa a “consumidor y usuario”, como si este último no fuera el consumidor.

La alusión a “bienes o servicios” que efectúa el art. 1092 es errónea, o al menos equívoca. Del art. 16 del Código Civil y Comercial se extrae que los “bienes”, en sentido estricto, son los objetos inmateriales susceptibles de valor. En rigor, los mentados “servicios” no son más que “bienes” debido a su nítida naturaleza de obligaciones de hacer y en ese sentido objetos inmateriales susceptibles de valor económico. Si lo que lo se quiso connotar con el vocablo “bienes” fueran las “cosas”, es decir los objetos materiales susceptibles de valor, así se lo debió indicar. No obstante, una correcta simplificación hubiera llevado a la sola y abarcativa designación de “bienes”.

Es errónea la alusión a la “empresa” como posible parte del contrato de consumo, pues no se trata de un sujeto de derecho, sino de un objeto de derecho. Lo correcto hubiera sido dirigir la atención al titular de la empresa, o sea, al empresario. En el plano del empresario, que hace las veces del proveedor, acotarlo como titular de “una empresa productora de bienes o prestadora de servicios”, olvida a la empresa comercial y a la agropecuaria.

Por otra parte, es objetable la expresión: “que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios”. En rigor, “la adquisición, uso o goce” no atañen al objeto del contrato de consumo, sino a la finalidad de ese acto jurídico (Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. [Director general] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V [Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández], pp. 794, 795 y 850).

se vería imposibilitado de efectuar la tradición de la cosa. El vendedor –es decir, el proveedor– debe comunicar al comprador –consumidor–, con anterioridad a la celebración del contrato, que no tiene la posesión de la cosa, pues de lo contrario incumpliría el deber legal que pesa sobre él consistente en informar en forma cierta y detallada sobre toda “circunstancia relevante para el contrato” (art. 1100, Código Civil y Comercial).

Por otra parte, si ese contrato se concertara significaría una evidente lesión a los derechos de ciertos terceros con intereses legítimos: los poseedores que no son titulares “formales” del derecho.

¿El Derecho del consumo brinda alguna solución a ellos? La respuesta a esa cuestión debe hallarse en el asunto de la subsistencia o desaparición de la categoría del *bystander* luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

La voz inglesa *bystander* encuentra correlato en el idioma castellano a través del vocablo “espectador”. El espectador de una relación de consumo es quien no integra ese vínculo en su gestación, pero al estar expuesto a sus vicisitudes lo conforma de manera sobreviniente.

El art. 1° de la ley 24.240, de acuerdo a la redacción proporcionada por la ley 26.361, expresaba que se consideraba como consumidor a “quien de cualquier manera” estaba “expuesto a una relación de consumo. El Código Civil y Comercial modificó esa norma y suprimió lo referido al *bystander*.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se manifiesta que la regulación del *bystander* que efectuaba la ley especial se debía a una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 29), pues este cuerpo normativo no lo contempla de manera genérica, sino únicamente con relación a las prácticas abusivas.

El art. 1096 del Código Civil y Comercial establece: “Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo

son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”; la Sección 1ª refiere a “Prácticas abusivas” (arts. 1096 a 1099) y la 2ª a “Información y publicidad dirigida a los consumidores” (arts. 1100 a 1103).

Es objetable la terminología de “prácticas comerciales”, pues también pueden constituir ilícitos otras prácticas que no respondan a lo mercantil (por ejemplo, prácticas agropecuarias, industriales, de servicios, etc.)⁷⁸⁴. Cualquier práctica puede ser “abusiva” y si se presenta en ámbito de una relación de consumo, correrá la misma suerte que la estrictamente comercial.

Efectuada esa aclaración, no puede dudarse que el poseedor que no es titular del derecho real padecería de la “práctica abusiva” del titular formal de ese derecho si éste pretendiese transmitirlo con su prescindencia. De allí, que ese poseedor ingresaría en la relación de consumo que el transmitente entabló con el pretendido adquirente.

El art. 1097 del Código Civil y Comercial regula una obviedad. Dice: “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

Es cierto que el proveedor debe tratar dignamente al consumidor, pero nada agrega. Toda persona humana merece ser

⁷⁸⁴ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V (Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández), p. 869.

tratada dignamente y no únicamente por su eventual calidad de consumidor.

Un acto jurídico que sea lesivo a la dignidad humana es nulo por ilicitud de su objeto (art. 279, Código Civil y Comercial) y la invalidez es absoluta (art. 386, Código Civil y Comercial).

Por ello, hasta podría pensarse que el contrato con finalidad traslativa de un derecho real sobre un inmueble que el transmitente no posee, sino que lo ocupa un tercero, sería nulo absoluto si afectare la dignidad del titular de la relación real.

5.3.3 Diversos supuestos de análisis

5.3.3.1 Poseedores mediando boleto de compraventa

5.3.3.1.1 Introducción

Al abordar la temática de la relación temporal entre el título y el modo suficientes hice tema con la expandida práctica negocial consistente en transmitir la posesión de la cosa, tradición mediante, junto con la mera celebración del boleto de compraventa, el que es temporalmente anterior a la concertación de la compraventa inmobiliaria (título suficiente)⁷⁸⁵.

En los siguientes apartados afrontaré la cuestión de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa y luego me ocuparé de la tutela que tiene el poseedor mediando boleto en nuestro Derecho vigente.

5.3.3.1.2 Naturaleza jurídica del boleto de compraventa

Según el art. 1017 del Código Civil y Comercial: “Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles...”. Consiguientemente, la compraventa

⁷⁸⁵ Véase Cap. IV, §5.5.

inmobiliaria por tratarse de un contrato que tiene por finalidad adquirir un derecho real debe ser formalizada por escritura pública.

Correlativamente, a tenor del art. 1018: “El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad...”. La idea se reitera, innecesariamente, pues ya se había plasmado en el art. 285⁷⁸⁶.

Como en la compraventa inmobiliaria la forma de escritura pública no es impuesta “bajo sanción de nulidad”, el contrato que se celebró sin cumplir con la exigencia de la escritura pública tendrá como efecto propio el alumbrar la obligación de hacer la escritura pública omitida, y no los característicos de la compraventa.

En virtud del art. 1123 hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir el dominio de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero.

Si bien se mira en materia de compraventa inmobiliaria esas obligaciones características nacen solo si se formalizó la escritura pública (arg. art. 1139 y art. 1141, inc. a)); antes de ella, media un “boleto de compraventa” y no un “contrato de compraventa”.

El boleto de compraventa es tal aunque no se imponga la entrega de la cosa, ni el pago del precio; claro está que deberá mediar la identificación de las partes, la cosa y pautas sobre el precio (arg. del art. 994, en correlación con el art. 1123). Es cierto que comúnmente en los boletos se prevé el pago parcial o total del precio del futuro contrato de compraventa, como también se puede pactar la entrega de la cosa con anterioridad a la configuración del contrato definitivo que se tuvo en mira. Ausente el pacto, la única

⁷⁸⁶ Art. 285: “El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”.

obligación emergente del boleto de compraventa es la de hacer la escritura pública y con ella sí nacerá el contrato de compraventa con sus consiguientes obligaciones esenciales (arg. arts. 1139 y art. 1141, inc. a)).

En conclusión, el “boleto de compraventa” no es el “contrato de compraventa”, pero sí es un contrato preliminar que conduce inexorablemente a este último: el contrato futuro definitivo de compraventa. El boleto de compraventa no es más que un contrato que obliga a las partes “a vender”, pues de existir él se configura la “necesidad jurídica de hacerlo” (art. 1128).

El art. 2516 parece incorporar una suerte de “interpretación auténtica” sobre la cuestión en análisis, que coincide con la postura sustentada, al referir a la “promesa bilateral de compraventa”.

Téngase presente que el boleto de compraventa no es un título suficiente para transmitir derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión y aunque se hubiera efectuado la tradición de la cosa quien invoca tal “título” solo es acreedor de un derecho personal.

No es “título suficiente” porque está ausente la forma impuesta por la ley para celebrar contratos con finalidad traslativa de derecho real sobre inmuebles (arg. arts. 285, 969, 1017 inc. a), Código Civil y Comercial), deficiencia que también descarta su hipotética conceptualización como “justo título” (art. 1902, Código Civil y Comercial)⁷⁸⁷. Por otra parte, su finalidad inmediata no es la de transmitir un derecho real, sino la de celebrar el contrato de compraventa inmobiliaria; la finalidad traslativa del boleto solo es predicable mediatamente y ella es intrascendente

⁷⁸⁷ Véase VÁZQUEZ, Gabriela A., “Poseedor de boleto y embargo”, *La Ley*, 2007-F, p. 499.

para calificar la función negocial de un acto jurídico (arg. art. 281, Código Civil y Comercial: “la causa es el fin inmediato...”)⁷⁸⁸.

5.3.3.1.3 Conflicto entre un “adquirente” mediando boleto y un “adquirente” por compraventa instrumentada en escritura pública⁷⁸⁹

Ante todo ha menester efectuar una distinción de acuerdo a si existió adquisición de la posesión por alguno de ellos y, en caso positivo, a quién fue otorgada.

Si ninguno de ellos ha devenido en poseedor de la cosa, será preferido el “adquirente” por compraventa escriturada, pues es el único “título” que aparece en escena (arg. art. 756, inc. d], Código Civil y Comercial), salvo que fuera de la mala fe, es decir, que conociera o pudiera conocer la celebración del boleto.

En el supuesto en el que sí se hubiera efectuado la tradición, triunfará quien hubiera adquirido la posesión de la cosa, ya el peticionante en virtud del boleto, ya el acreedor en razón de la compraventa escriturada (arg. art. 756, inc. b], Código Civil y Comercial). Con esta óptica el poseedor por boleto vencerá al comprador al que no se le efectuó la tradición, aun cuando el boleto sea posterior al otorgamiento de la compraventa, siempre que sea de buena fe.

¿Cuándo sería de mala fe el adquirente mediando boleto?

Es sabido que el sistema inmobiliario argentino no establece un registro de “derechos”, sino de “títulos”, de “documentos” o de “instrumentos”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, cit., tomo V (Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández), pp. 249-250.

⁷⁸⁹ Véase, en general, GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., “Régimen jurídico del boleto de compraventa”, *La Ley*, 143, p. 1146.

⁷⁹⁰ Véase Cap. IV, §5.6.

Esa particularidad determina que se publiciten como si existieran derechos reales, aun cuando ellos no están constituidos debido a que todavía no se cumplimentó con el modo suficiente.

De allí que si la inscripción registral de un comprador por escritura pública fuera previa a la tradición efectuada a un adquirente mediando boleto, éste no podría alegar su buena fe porque conocía, o al menos hubo de haber conocido si hubiese sido diligente, la exteriorización registral y caería la prioridad de la tradición.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011, reunidas en Tucumán, concluyeron con relación a la oponibilidad del poseedor en virtud de un boleto, que “la buena fe requiere que el poseedor haya adquirido del titular registral o a través de una cadena regular de transmisiones”.

5.3.3.1.4 Conflicto entre un “adquirente” mediando boleto y un acreedor hipotecario

Debido a que el derecho real de hipoteca no se ejerce por la posesión no se exige que el legitimado para constituirlo tenga la posesión del inmueble, por lo que es factible que se produzca un conflicto entre un acreedor hipotecario y un poseedor por boleto de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca.

Frente a tal caso, se han elaborado tres criterios para resolver la cuestión: a) una tesitura hace primar el derecho del acreedor hipotecario sobre el titular por boleto, sea poseedor o no⁷⁹¹; b) otra postura se inclina decididamente por el derecho del adquirente

⁷⁹¹ Véase BORDA, Guillermo A., “La Reforma del Código Civil. Los contratos en particular”, *ED*, 31, p. 1105; ADROGUÉ, Manuel A., “Situación jurídica del comprador de inmueble por instrumento privado”, *Doctrina Jurídica*, La Plata, 1970, pp. 3-4; MARIANI DE VIDAL, Marina, “El poseedor en virtud de boleto de compraventa”, *La Ley*, 141, pp. 953-954.

mediando boleto, aun cuando no tenga la posesión de la cosa⁷⁹²; c) una última apreciación conduce a hacer prevalecer el derecho del poseedor mediando boleto, en razón de la mala fe del acreedor hipotecario.

Jorge H. Alterini, en el *leading case* “Todros”, fundamentó la última postura de la siguiente manera:

“Dado que la posesión no es requerida en el propietario, es factible la colisión entre un acreedor hipotecario y un poseedor por boleto de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca. Opinamos que ante dicha cuestión, el gravamen hipotecario tendría efectos minorados por la existencia de la posesión en sede de un tercero (poseedor por boleto) y en esa medida subordinado a las ulterioridades del negocio jurídico respectivo (cumplimiento de la promesa de compraventa que da lugar a una venta forzosa). Antes de la ejecución del derecho real de hipoteca, su operatividad se traduciría en las medidas conservatorias o restitutorias de la garantía, ambas con efectos reipersecutorios (...) y remedios reales concordantes. Pero hasta esas medidas autorizadas por el Código podrían estar afectadas por los facultamentos que el negocio jurídico otorgase al poseedor por boleto, autorizándole por ejemplo a demoler el edificio levantado en el inmueble que luego se hipotecara. Al tiempo de la ejecución la garantía hipotecaria subordinada en sus alcances a las alternativas del negocio jurídico (cumplimiento de la promesa de venta), podría quedar reducida a la agresión del saldo de precio de compra adeudado por el ‘adquirente’ por boleto y se produciría una suerte de subrogación real⁷⁹³”.

Por otra parte, no debe perderse de vista las implicancias de la publicidad posesoria. El acreedor hipotecario que no constata el estado de ocupación del inmueble es de mala fe, por negligente,

⁷⁹² SPOTA, Alberto G., “Sobre las reformas al Código Civil”, Buenos Aires, 1969, p. 75; ETCHEGARAY, Natalio P., “El boleto de compraventa inmobiliaria. Técnica documental -desarrollo y sistema-”, La Plata, 1972, tomo II, pp. 490-491.

⁷⁹³ CNCiv., Sala C, 21/11/1978, “Todros, José R. y otros c. Todros, Fraser, Jorge”, La Ley, 1979-B, p. 259 – ED, 83, p. 298.

pues puede conocer la realidad posesoria del inmueble si despliega la diligencia adecuada.

Para que el adquirente mediando boleto triunfe frente a un acreedor hipotecario, ha menester: a) que su posesión sea de buena fe y anterior a la registración del título hipotecario; y b) que el boleto tenga fecha anterior a la inscripción registral de la hipoteca. Así lo decidieron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011, celebradas en Tucumán⁷⁹⁴.

El conflicto entre adquirente por boleto y el acreedor hipotecario no es más que el enfrentamiento entre la publicidad posesoria y la publicidad registral. Si bien desde el punto de vista técnico no es discutible la superioridad de la publicidad registral, tampoco es controvertible que desde la óptica del hombre común los estados de hecho tienen una función publicitaria que “...cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral”⁷⁹⁵.

La doctrina elaborada en el seno de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1981, reunidas en La Plata,

⁷⁹⁴ Despacho A: “El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descriptas [] triunfa en el conflicto de oponibilidad frente al acreedor hipotecario y el acreedor embargante. La buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble” (Mayoría). Firmantes: Alterini, Jorge H, Luna, Villanuestre, Rojas Torres, Pepe, Corna, Morales, Ventura, Padilla, Hirsch, Orelle, Pereyra, Pérez, Fernández, Zencic, Salas, Cornejo, Castruccio, Palomanes, Vázquez, Gabriela A., Anis, Farina, Colombo, Toledo, Barbaglia, Cossari, Nelson G.

Despacho B: “En el conflicto con el acreedor hipotecario, no constando su conocimiento del estado posesorio anterior, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición posesoria. La solución que da el Proyecto de 1998 al respecto es correcta de lege data” (Minoría). Firmantes: Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Bressan, Casal, Rossetti, Guardiola, Casabé, Sierz.

⁷⁹⁵ ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, op. y loc. citis.

sostuvo: “Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe”. Esa declaración fue ratificada por otros simposios⁷⁹⁶, entre ellos las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011⁷⁹⁷.

El Código Civil y Comercial a diferencia de su fuente inmediata, el Proyecto de 1998, guarda silencio acerca de la suerte de la colisión de las publicidades posesoria y registral. Sin embargo, es predicable de *lege lata* lo que disponía –en lo pertinente– en el art. 1842 del Proyecto de 1998: “En la colisión entre la oponibilidad otorgada por la publicidad registral y por la

⁷⁹⁶ Las Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil de 1983 concluyeron: “Publicidad posesoria. a) En el derecho positivo vigente conserva toda su trascendencia la publicidad posesoria; b) Existirá publicidad posesoria cuando a través de ella los terceros interesados hayan conocido o podido conocer la realidad extrarregistral; c) En el supuesto de colisión entre las publicidades posesoria y registral primará la precedente en el tiempo”.

El Primer Encuentro de Abogados Civilistas de 1987 reunido en Santa Fe afirmó: “En nuestro Derecho positivo, la publicidad de las relaciones jurídicas reales inmobiliarias sobre la base de la posesión, conserva su vigencia y eficacia en determinadas circunstancias, no obstante lo dispuesto por el art. 2505, CCiv., y las normas correlativas de la ley registral 17801”.

En tanto que el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas de 1988, celebrado en Santa Fe, profundizó esas ideas: “No obstante reconocerse la superioridad técnica de la publicidad registral en materia inmobiliaria, con relación a la publicidad posesoria, debe destacarse que la posesión constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable trascendencia publicitaria, cuando se aprecia no desde el punto de vista fugaz de la tradición sino ejercida y prolongada en el tiempo durante el lapso razonable. En ciertas circunstancias, la posesión, con las características de quieta, pública, pacífica e inequívoca, prevalece sobre la situación registral (contra tabulas) tales, entre otros, como los supuestos de usucapión larga o en los conflictos con los acreedores del transmitente mediando boleto de compraventa de fecha cierta, lo que se explica por el sistema de inscripción registral declarativa no convalidante adoptado en materia inmobiliaria”.

⁷⁹⁷ “Colisión. Prioridad. Se reitera lo declarado en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) cuando dijo: ‘Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe’”.

posesoria, prevalece la primera en el tiempo si ha sido obtenida de buena fe”.

El texto del artículo transcripto continuaba así: “Sin embargo, la publicidad posesoria, salvo que exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido, no es oponible a los titulares cuyo derecho real u otra situación jurídica registrada no se ejerza por la posesión”.

La solución propuesta por el Proyecto de 1998 en su primera parte era interesante para evitar las polémicas producidas acerca de esa cuestión.

La salvedad del segundo apartado fue introducida por iniciativa de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, que por entonces integraba la comisión de reformas respectiva. En ese sentido, al redactar los Fundamentos se explicó que para compaginar la publicidad posesoria:

“...con las necesidades del crédito, se descarta la oponibilidad de la publicidad posesoria frente a los titulares de derechos reales o de situaciones jurídicas registradas que no se ejerzan por la posesión (por ejemplo, hipotecas, embargos), salvo que la posesión exteriorice una prescripción adquisitiva de plazo cumplido”.

Afortunadamente esa cortapisa, que no era necesariamente arbitraria, desapareció del texto del Código Civil y Comercial con lo cual resplandece con toda su potencia expansiva la publicidad posesoria.

5.3.3.1.5 Conflicto entre un “adquirente” mediando boleto y un acreedor embargante

El embargo es un derecho real procesal que, al igual que la hipoteca, no se ejerce por la posesión⁷⁹⁸. De allí, que las

⁷⁹⁸ ALTERINI, María Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, op y loc. cits.

consideraciones efectuadas en el acápite anterior sean plenamente trasladables a la temática que titula este apartado.

El art. 1170 del Código Civil y Comercial preceptúa que el adquirente mediando boleto de compraventa, siempre que sea de buena fe, tienen prioridad sobre los terceros que hubieran trabado medidas cautelares sobre el inmueble, siempre que: “a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”.

5.3.3.1.6 ¿Inscripción registral del boleto?

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial que –como ya se dijo⁷⁹⁹– procuró en un primer momento instaurar un régimen de mutación jurídico a través de la inscripción registral constitutiva, intentaba palear las consecuencias negativas que ese sistema le hubiera generado a los adquirentes mediando boleto, mediante la inscripción de ellos con fines meramente publicitarios.

Se dice que esa propuesta hubiera resuelto fácilmente la situación de conflicto entre un adquirente por boleto inscripto y un embargante de fecha posterior. En ese caso, el adquirente por boleto hubiera sido preferido con relación al acreedor embargante, sin necesidad de acudir a la realidad extrarregistral⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ Véase Introducción, §3.

⁸⁰⁰ ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Inscripción registral inmobiliaria: ¿constitutiva o declarativa?”, op y loc. cit. Dentro de esta corriente de pensamiento, se dice: “...estuvimos plenamente de acuerdo con la norma inicialmente proyectada (...). Este recurso cumpliría la misma función que hoy se le asigna a la inscripción del título suficiente: publicidad registral y por ende, oponibilidad (...). A partir de la inscripción del boleto ningún tercero interesado podría argüir buena fe conociendo por intermedio de los informes registrales que

En Fundamentos se explicó:

“Al indicar que se inscriben los boletos de compraventa, se protege al adquirente vulnerable (...). Simplemente, se inscribe el boleto a pedido de cualquiera de las partes o de otro interesado; se entiende que puede serlo un familiar, el intermediario, etc., deseándose que se haga de práctica en el mercado inmobiliario”⁸⁰¹.

Ello hubiese alcanzado la derivación premeditada solo si se limitara el concepto de “adquirente vulnerable” al que hubiera tenido acceso registral. Claramente, tal noción es muy acotada y se encuentra alejada de la realidad.

Lo cierto es que si esa iniciativa hubiera prosperado se hubiese desprotegido gravemente al poseedor mediando boleto sin acceso registral. Ello pues el que sería todavía titular del derecho real hubiera podido incumplir su promesa y transferir a un tercero el derecho real en cuestión, o bien, constituir sobre el objeto otros derechos reales.

En el Derecho vigente la garantía de la posesión vacua⁸⁰² impide que titular del derecho real transmita un derecho real que se ejerce por la posesión, si esta relación real es ejercitada por un poseedor mediando boleto⁸⁰³.

existe una venta con entrega de la posesión respecto del inmueble. Resulta entonces aplicable el principio *prior in tempore potior in jure* y el adquirente por boleto resultaría beneficiado” (GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, cit., tomo I, p. 137).

⁸⁰¹ Cit. por COSSARI, Nelson G. A., “Pretendida sustitución de la tradición por la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria”, op. y loc. citis.

⁸⁰² Véase Cap. II, §3.2.4.6.

⁸⁰³ Aun cuando se prescindiera de la valoración de los poseedores mediando boleto, la eventual seguridad producto de la registración de ese contrato no sería tal. Téngase presente que el boleto habitualmente está contenido en un instrumento privado, sin los contralores propios que el escribano público efectúa al autorizar una escritura pública. De allí que la actividad calificadora registral debería ser mayor que la que la actual ley registral inmobiliaria N° 17.801 le permite al registrador hasta significando un incremento innecesario e injustificado de las tareas del registrador.

5.3.3.1.7 Reflexión conclusiva

En el camino hacia la paz social debe triunfar la “realidad” sobre la “idea” vacua de verdad y el Derecho vigente transita ese andarivel.

Si se sustituyera la tradición por la inscripción registral constitutiva –tal como se intentó– la “idea” vencería a la “realidad”, pues el poseedor mediando boleto no tendría resguardo alguno de su crédito. El transmitente podría desbaratar fácilmente los derechos del poseedor mediando boleto, salvo que éste lo hubiera inscripto.

El débil precisa de un tratamiento desigual para lograr equilibrar su posición con respecto a los demás actores. Si se le exigiera al adquirente por boleto la inscripción registral para proteger a su derecho, se le conferiría un tratamiento igualitario en una situación jurídica que le resulta desfavorable.

La tradición por actos materiales preserva al poseedor por boleto, que sin duda es el débil jurídico es los escenarios descriptos.

5.3.3.2 Comunidades indígenas

5.3.3.2.1 Propiedad indígena: categorías de tierras

El derecho real de propiedad indígena puede recaer sobre cuatro categorías de tierras: a) “tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 75 inc. 17, Constitución Nacional); b) otras tierras “aptas y suficientes para el desarrollo humano” (art. 75 inc. 17, Constitución Nacional); c) “tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos [los pueblos] pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales” (arts. 14 inc. 1º y 13 inc. 2º, Convenio N° 169 de la OIT); y d) tierras

“sustitutas” por traslado⁸⁰⁴ (art. 16 inc. 4º, Convenio N° 169 de la OIT).

La fuente de este derecho real es la ley para las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas con exclusividad o sin ella; la “ley” en cuestión es la Constitución Nacional que instituye el derecho real y le confiere vida⁸⁰⁵, aunque lo omita el art. 1894 del Código Civil y Comercial.

Con relación a las tierras “aptas y suficientes para el desarrollo humano” y las “sustitutas” por traslado, la fuente es el acto de adjudicación que disponga la transmisión del derecho o la utilización temporánea de las tierras.

Cuando la “ley” es fuente de un derecho real, la adquisición es originaria; en cambio, es derivada cuando la adquisición depende de una actividad estatal y, por consiguiente, se rige por el principio del *nemo plus iuris* y sus corolarios⁸⁰⁶.

5.3.3.2 Implicancias de la tradición en la tutela de la propiedad indígena

⁸⁰⁴ La alternativa de esta categoría aparece cuando es ineludible la migración de los pueblos de las tierras que ocupan y debe reubicárselos en otras. El traslado puede ser simplemente temporario, pero en ocasiones no es posible el retorno definitivo, por lo que el otorgamiento de las tierras sustitutas se convierte en perdurable. Corresponde apuntar que los pueblos pueden optar entre esa suerte de subrogación real traducida en las tierras sustitutas, o por subrogarse en “una indemnización en dinero o especie”, previéndose “las garantías apropiadas” para que tal indemnización llegue efectivamente a su beneficiario, que es el pueblo indígena (Véase ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, cit., pp. 149 y ss.)

⁸⁰⁵ La Constitución Nacional hace las veces de ley declarativa de la propiedad indígena, pero sin efectos constitutivos del derecho, porque a los pueblos indígenas argentinos se los reconoce como titulares preexistentes de la tierra. Los pueblos indígenas existentes en los tiempos de la conquista o colonización eran propietarios de las tierras por su condición de ocupantes inmemoriales, a la manera de primeros ocupantes (ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, cit., pp. 161 y ss.).

⁸⁰⁶ Véase Cap. IV, §4.2.1.2.

Allende explica la reacción de las comunidades indígenas frente a los intentos colonizadores. Dice que el indígena:

“...no hacía otra cosa que defender lo que era suyo y que el cruel invasor le había arrebatado por la fuerza. Frente a la tierra que por generaciones le pertenecía se aducía la existencia de un papel, llamado título, y el indígena no entendía eso (...) frente a la posesión inmemorial”⁸⁰⁷.

Una vez más aparecen en escena los problemas derivados de la escisión de la “idea” y de la “realidad”; el invasor únicamente podía exhibir una representación sin basamento en la naturaleza (“título”) y el indígena manifestaba una relación con la tierra que impresionaba a los sentidos (“posesión”).

Ese era el conflicto en los tiempos de la conquista. En la actualidad la propiedad indígena padece de otros tipos de ataques: a) acciones de desalojo por titulares formales o aparentes⁸⁰⁸; b) interdictos de recobrar⁸⁰⁹; c) acciones de prescripción adquisitiva por pretensos poseedores⁸¹⁰; d) acciones penales por usurpación⁸¹¹.

⁸⁰⁷ ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de la enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 96.

⁸⁰⁸ CSJN, 10/11/2015, “Martínez Pérez, José Luis c. Palma, América y otros s/ medida cautelar s/ casación”, *La Ley*, 03/12/2015, p. 7; J. 1ª Inst. Civ. Com. y Min. N° 5, Bariloche, 12/08/2004, “Sede, Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otro”, *La Ley Online*.

⁸⁰⁹ STJ, Jujuy, 07/09/2015, “Zambrano, Carlos y Zambrano, Claudia c. Toconás, Ester Santos; Sajama, Alejandro; Municipalidad de Tilcara s/ interdicto posesorio de recobrar”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2016 (marzo), p. 26 – *LLNOA*, 2016 (marzo), p. 171; C. Apel. Civ. y Com., Sala II, 05/05/2014, “Z., C. y otra c. Toconás, Ester Santos y otros s/ interdicto posesorio de recobrar”, *LLNOA*, 2014 (septiembre), p. 889 – *LLNOA*, 2014 (octubre), p. 941 con nota de Verónica Kozak de Valdés y Gustavo Javier Valdés.

⁸¹⁰ C. Apel. Civ. y Com., Mercedes, Sala I, 04/08/2016, “M., M. A. y otros c. Tribu de Rondeau y otra s/ prescripción adquisitiva”, *La Ley*, 2016-E, p. 461; C. Apel. Civ. y Com., Mercedes, Sala III, 04/07/2012, “Bonafina, Carlos Domingo c. Tribu de Rondeau s/Prescripción Adquisitiva de Dominio”, *La Ley Online*.

De acuerdo al “Informe sobre la Situación de las Comunidades Aborígenes en Argentina”⁸¹², elaborado por el Observatorio de la Deuda Social, un sesenta por ciento (60%) de las comunidades indígenas presentan “una situación de precariedad jurídica” respecto de las tierras que ocupan. Se lee en el informe, con relación a esas de esas tierras en situación de “precariedad”, que:

“...la mitad se encuentra en tierras fiscales y la otra mitad en tierras privadas. Por otra parte, un 30% de las poblaciones aborígenes que registran una situación menos precaria no cuenta con títulos de propiedad comunitarios, sino individuales. Algo más de las dos terceras partes (70%) de las tierras ocupadas por los grupos aborígenes relevados son denunciadas como insuficientes o poco aptas para el desarrollo económico y social de las comunidades. Asimismo, casi la mitad de las comunidades aborígenes (45%) se encuentra privada del acceso a la tierra o a algún recurso natural necesario para la subsistencia y manutención del grupo”.

La precariedad de la titulación de la propiedad indígena es llamativa y determinó la siguiente recomendación al Estado argentino por parte de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

“El Comité muestra su preocupación frente a informaciones con arreglo a las cuales grupos indígenas han sido objeto de violencia y desalojos forzosos de sus tierras ancestrales en varias provincias, por razones vinculadas al control de recursos naturales (Artículos 26 y 27 del Pacto)”.

⁸¹¹ J. Correc. y Men. 2ª Nom., 07/08/2015, “Oran, A., D. y otros s/ usurpación de propiedad”, *La Ley Online*.

⁸¹² Elaborado en el marco del Programa Observatorio de la Deuda Social Argentina con sede en el Departamento de Investigación Institucional de la UCA, en el año 2004. Los resultados que se exponen corresponden a una muestra de treinta y dos comunidades aborígenes localizadas en las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santa Fe y Salta.

“El Estado Parte debe adoptar las medidas que sean necesarias para poner fin a los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en donde corresponda. En este sentido, el Estado Parte debe redoblar sus esfuerzos en la ejecución del programa de relevamiento jurídico catastral de la propiedad comunitaria indígena. El Estado Parte debe igualmente investigar y sancionar a los responsables de los mencionados hechos violentos”⁸¹³.

Frente a esa situación sombría, no es descartable que titulares aparentes de “tierras privadas” procuren venderlas. La tradición por actos materiales funciona como una “garantía” para la comunidad indígena que las ocupa, pues evita que la titularidad del derecho en cuestión se transmita con la mera concertación del contrato de compraventa. Evidentemente, si el aparente titular –el titular en los “papeles”– no tiene la posesión de la tierra, no podrá transmitir ningún derecho real sobre ella.

Esa protección solo es posible en un sistema traslativo que no deslinda la “idea” de la “realidad” y no en los restantes que sí lo hacen⁸¹⁴.

5.3.3.3 Ocupantes de tierras que hacen de ellas su sustento

No puede desconocerse que una parte sustancial de las tierras de nuestro país son poseídas por personas humanas sin títulos suficientes, o que habiéndolos la realidad formal se encuentra divorciada de la material.

Especialmente, en ciertas zonas rurales las tierras aparecen registralmente como de titularidad de una persona que no coincide con quien la habita y la cultiva. Cornejo relata un caso que se presentó en la provincia de Salta:

⁸¹³ Comité de Derechos Humanos, “Cuarto Informe Periódico de Argentina”, 22/03/2010, *La Ley Online*.

⁸¹⁴ Véase Cap. IV, §7.

“Existe una localidad denominada Los Toldos, ubicada en el norte de Salta, cerca del límite con Bolivia. Es un pueblo con su Municipalidad, sus espacios públicos y numerosos habitantes con sus casas y terrenos de cultivo. Pues bien, todo el terreno ocupado por el pueblo de Los Toldos figura en el Registro de la Propiedad a nombre de una sociedad anónima que lo ha hipotecado. La ejecución está avanzada y la subasta es un hecho probable. La mayoría de los ocupantes no tiene otro título que no sea su posesión inmemorial y los pocos que tienen títulos se encuentran con el problema que emanan del Estado boliviano. En el sistema actual todos esos ocupantes, municipio incluido, podrán oponer su posesión frente al acreedor hipotecario por su carácter de ostensiblemente pública, pacífica y muy anterior a la constitución de la hipoteca”⁸¹⁵.

Si nuestro sistema de mutación jurídico real variara y se le restara importancia a la realidad material –como ocurre, por ejemplo, en la matriz de la inscripción registral constitutiva–, tales ocupantes no tendrían ninguna tutela eficaz para sortear la ejecución hipotecaria.

Acaso se podrá argumentar que no es necesaria una tutela especial de esos poseedores, pues podrían intentar una acción de prescripción adquisitiva con el objeto de que los declaren titulares del derecho real.

Tal pensamiento, en muchos casos, es solo producto de la imaginación y de imposible concreción. En primer lugar, porque los juicios de prescripción adquisitiva pueden resultar muy costosos⁸¹⁶. Además, un sector importante de la población que

⁸¹⁵ CORNEJO, Américo, “¿Inscripción constitutiva de los derechos reales?”, op. y loc. citis.

⁸¹⁶ El Código Civil y Comercial incrementó las erogaciones derivadas del juicio de usucapión; lo explicaré.

Durante la vigencia del Código Civil derogado era dominante el criterio que sostenía que la sentencia de usucapión de cualquier clase se retrotraía al tiempo del comienzo de la posesión. El Código vigente se aparta del acuerdo doctrinario triunfante y establece que la usucapión breve tiene efectos retroactivos al comienzo de la posesión (art. 1903, segundo párrafo) y que la prescripción larga

estaría en condiciones de iniciar el pleito ignora que para el mundo jurídico ya son titulares del derecho real. Desconocer esas circunstancias, es prescindir de la realidad de los hechos.

La necesidad de tutelar a esos ocupantes, más allá de la vía de la prescripción adquisitiva, se fundamenta en la inexcusable protección del sustento de la persona humana que encuentra basamento en la dignidad de ella.

El hombre precisa de la tierra para satisfacer sus necesidades más elementales y su ausencia imposibilita el ejercicio de otros derechos humanos de diversa naturaleza.

En un informe del Relator Especial de la Organización de Naciones Unidas, Sr. Miloon Kothari, se menciona entre las causas de carencia de vivienda a la inseguridad de la posesión y a la “especulación en materia de vivienda y tierras con fines de inversión”⁸¹⁷. Aduce la reticencia de los diferentes Estados para efectivizar legislativamente el derecho a la vivienda y la prevalencia de la concepción economicista de la tierra en detrimento de los débiles.

produce sus efectos desde el cumplimiento del plazo, o sea que sus efectos no se retrotraen al inicio de la posesión (art. 1905, segundo párrafo). La no retroactividad de la sentencia de usucapión larga posibilita que el titular anterior pueda reclamarle al poseedor usucapiente los frutos percibidos y los que por su culpa dejó de percibir (art. 1935).

Surge el interrogante de si el usucapiente debe restituir los frutos por toda la extensión del plazo de prescripción o bien si es posible imaginar algún acotamiento de ese tiempo. El crédito del anterior titular a solicitar la restitución de los frutos es, como toda obligación, prescriptible. Y, como el Código no establece ningún plazo específico, la prescripción de la acción operaría a los cinco años de su exigibilidad (art. 2560). Véase ALTERINI, Ignacio E., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, cit., tomo VI, pp. 104-106.

⁸¹⁷ “Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto”, Sr. Miloon Kothari, ONU, Consejo de Derechos Humanos, 13 de febrero de 2008, §13.

“Pese a la evidencia creciente de los órganos internacionales y regionales de derechos humanos, que confirman el derecho a la vivienda adecuada como un derecho exigible ante los tribunales, el marco legislativo y de política nacional y las decisiones de los tribunales en la mayoría de las jurisdicciones nacionales no abarcan las consideraciones de derechos humanos del derecho a una vivienda adecuada. Prevalece la tendencia a considerar la vivienda, la tierra y la propiedad como productos comercializables más que como derechos humanos que exigen la protección, ante todo y sobre todo, de las comunidades vulnerables, y que el derecho a la vivienda sea tratado como un bien social”⁸¹⁸.

La Relatora Especial, Sra. Leilani Farha, invocó que la pretensión de un crecimiento económico desbordado sin anclaje en los aspectos sociales que nuclea a la titularidad y la explotación de la tierra, es determinante de desigualdad social.

“El avance hacia el crecimiento económico, con miras a crear ‘ciudades de clase mundial’ y atraer inversiones internacionales e internas, se ha producido con demasiada frecuencia a expensas de la inclusión y protección sociales. Las mayores oportunidades económicas que ofrecen las ciudades deberían impulsar una mayor inclusión e igualdad socioeconómica, sin embargo, las economías urbanas han tendido por lo general a acentuar la desigualdad. Esta tensión —entre las ciudades como motores económicos y las ciudades como generadoras de desigualdad— se manifiesta claramente con respecto a la tierra”⁸¹⁹.

⁸¹⁸ “Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto”, Sr. Miloon Kothari, cit., §9.

⁸¹⁹ “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto”, Sra. Leilani Farha, ONU, Consejo de Derechos Humanos, 4 de agosto de 2015, parágrafo 53. En el parágrafo 55 expresa: “Existen otros patrones urbanos vinculados a la tierra y la propiedad que han incrementado la desigualdad y la exclusión social; entre ellos se incluyen la privatización de la vivienda social, las tierras y la infraestructura públicas; las

Si el sustento de la persona humana hace a su dignidad y la violencia consiste en la negación de ella, solo un sistema de mutación jurídico real que involucre a los ocupantes de esas tierras contribuye a la paz social.

¿Y cómo tutela la tradición inmobiliaria a esos ocupantes? La posesión que ellos ejercen imposibilita que se efectúe la tradición de la cosa.

La tradición es insuficiente para concretar la aspiración moral del derecho a la vivienda, pero sin ella la desprotección de los ocupantes inmuebles que hacen a su sustento sería aún mayor.

Desde una ponderación de los derechos humanos al acceso a la vivienda digna y a la protección integral de la familia, y de las imposiciones constitucionales al Poder Legislativo para que su actividad se oriente a proveer lo necesario para el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social, y a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, es que las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011 concluyeron en que la instauración de un régimen de inscripción registral constitutiva no resistiría el test de constitucionalidad. Concretamente, concluyeron:

“La mutación a un sistema de registración constitutiva que desplaze a la tradición material tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales. Entre otras (...) graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus

prácticas de concesión de préstamos abusivos; el mayor uso de tierras y viviendas urbanas como activos de inversión en un mercado financiero globalizado; el mayor control de las tierras urbanas por las personas ricas y las empresas en interés propio; la degradación ambiental de la tierra y el agua en las zonas ocupadas por grupos marginados; los mercados inmobiliarios no regulados; la conversión de tierras destinadas a viviendas en tierras para usos comerciales; el acaparamiento de tierras; y la influencia desproporcionada de los intereses privados en la planificación del uso de la tierra”.

viviendas o donde generan el sustento económico familiar. De acuerdo a los arts. 14 bis, 75 incs. 19, 22 y 23 CN, y a la constitucionalización del Derecho Civil, es reprochable constitucionalmente un sistema de registración constitutiva⁸²⁰.

5.4 Resguarda adecuadamente al titular del derecho y a quien pretende adquirirlo, sin prescindir de los poseedores con intereses legítimos

La tradición le confiere una doble seguridad al titular del derecho; una sustentada en la causalidad basal que impone y otra fundada en la realidad que le imprime a la mutación.

El contrato de tradición y el título suficiente en donde aquél se apoya, deben ser celebrados por el legitimado al efecto. Si así no se hiciera, el pretendido adquirente tendrá solamente un “justo título” cuya única función reside en posibilitar, con la conjunción de otras exigencias, la prescripción adquisitiva breve (art. 1902, Código Civil y Comercial).

Por otra parte, el titular de un derecho real que se ejerce por la posesión puede gozar de tranquilidad acerca de la perdurabilidad de su derecho si ejercita su contenido, pues aun ante un eventual escenario fraudulento su posesión impedirá que se transmita su derecho sin su voluntad, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del Código Civil alemán que prescinde de la realidad para proteger exageradamente al adquirente⁸²¹.

Desde otra óptica, la exigencia de la tradición, unida a un título suficiente⁸²², es una garantía muy relevante para el adquirente acerca de que terceros no le cuestionarán en el futuro

⁸²⁰ Despacho de mayoría. Firmantes: Pepe, Rojas Torres, Villanustre, Bressan, Luverá, Luna, Puerta, Alterini J.H., Chocobar, Fernández, Pujol de Zizzias, Hirsch, Orelle, Casabé, Casal, Pereyra, Pérez, Rosetti, Sierz, Cornejo, Salas, Zencic, Castruccio, Daguerre, Corna, Morales, Anis, Farina, Vázquez, Colombo, Padilla y Barbaglia.

⁸²¹ Véase Cap. I, §3.4.3.

⁸²² Véase Cap. IV, §5.2.

su titularidad. Es que si quien enajenó estaba legitimado para transmitir el derecho real⁸²³ y mantenía la posesión de la cosa, sin contradictores, el adquirente que la recibió, y con ella el derecho real, difícilmente padezca cuestionamientos acerca de su titularidad. La “idea” (derecho real) coincide con la “realidad” (posesión).

La adecuada protección que la tradición le confiere al titular del derecho real y al adquirente, no es en desmedro de los poseedores con intereses legítimos ante supuestos en los cuales el ejercicio posesorio no encuentra correlato en la titularidad, al menos formal.

5.5 Contribuye a que no se generen situaciones inequitativas

5.5.1 Planteo

En el Capítulo III analicé la temática de los riesgos de la cosa conectada con las diversas matrices de mutación jurídico real. Allí me referí a la injusticia de aquellos ordenamientos que trasladan el riesgo de la cosa con la mera titularidad del derecho, con prescindencia del traspaso posesorio.

Las inequidades propias de la disociación de la titularidad del derecho real con su contenido posesorio, fueron experimentadas en nuestro país a través del régimen jurídico del automotor regulado por el decreto ley N° 6582/58, que instituye un sistema de mutación jurídico real sobre la base de la teoría del título y del modo, pero donde éste no es la tradición, sino la inscripción registral.

El art. 1° de régimen del automotor introduce una registración con nítidos alcances constitutivos, al preceptuar que “la transmisión del dominio de los automotores (...) solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de

⁸²³ Véase Cap. II, §3.1.2.

su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor”.

La claridad conceptual inicial que el régimen de inscripción constitutiva parece alcanzar es solo aparente, pues se desvanece a poco que se analice su faz dinámica. El sistema presentó grandes complicaciones en materia de daños causados a terceros. Explica Borda:

“...en la práctica, la reventa de automóviles entre particulares se hace así: el comprador paga el precio, recibe la posesión del automóvil y el recibo o constancia de que lo ha comprado; pero la inscripción en el Registro del Automotor suele tardar en razón de trámites burocráticos y porque el comprador que es quien la toma iniciativa de la gestión, suele no tener interés en urgirlos”⁸²⁴.

5.5.2 Responsabilidad del titular registral del automotor por daños causados a terceros luego de efectuar la tradición de la cosa

5.5.2.1 Régimen originario del decreto-ley 6582/58

El art. 27 del decreto-ley 6582/58 establecía que se presumía la responsabilidad de la persona a cuyo nombre se encontraba inscripto el dominio del automotor, como natural consecuencia del sistema de la inscripción registral constitutiva.

Las doctrinas autoral y jurisprudencial polemizaron sobre los alcances de esa norma⁸²⁵.

Una postura, que podría denominarse como “rígida” sostuvo que aunque se hubiera efectuado la tradición de la cosa el titular registral seguía siendo el responsable de los daños causados a

⁸²⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, cit., tomo I, §359, p. 304.

⁸²⁵ Véase el estado de la cuestión elaborado en TRIGO REPRESAS, Félix A., “Exención de responsabilidad del titular registral del dominio de un automotor después de la ley 22.977”, *La Ley*, 1996-C, p. 611.

terceros y que la presunción de responsabilidad del titular registral que establecía el art. 27 era semejante a la presunción de responsabilidad que tenía el titular de un derecho real sobre un inmueble.

Con un criterio intermedio, y distinguiendo entre daños causados “con” la cosa o “por” el riesgo de ella, se admitía únicamente en el primer caso la posibilidad de que el titular registral pudiese liberarse de responsabilidad en razón de haber transferido la guarda del vehículo al comprador en virtud de la tradición.

Otra tesis más “flexible”, que obtuvo la mayor cantidad de adhesiones en la jurisprudencia, postulo que el art. 27 establecía una presunción de propiedad susceptible de acreditación en contrario. De allí que si el titular registral podía demostrar que se había desvinculado de la guarda del automotor con anterioridad a la causación de los daños, por haber entregado la posesión al comprador, quedaba eximido de la responsabilidad que le competía en su calidad de dueño.

5.5.2.2 Plenario “Morrazo”

Ante la disparidad de opiniones, la Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial *in re* “Morrazo, Norberto R. y otro c/ Villarreal, Isaac y otros”, el día 18 de agosto de 1980, sentó la siguiente doctrina legal: “Que no subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, como titular del dominio del vehículo causante del daño, cuando lo hubiere enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la época del siniestro, si esta circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso”⁸²⁶.

Entre los fundamentos brindados por la mayoría, es compartible el brindado por el Dr. Zaccheo:

⁸²⁶ Publicado en *JA*, 1981-II, p. 271

“Si el ‘dueño aparente’ o ‘formal’ está impedido de ejercer los poderes, jurídicos y fácticos sobre el automotor, lo que se concrete con su empleo –por vicio o por riesgo– no le alcanzará por ser resultado de la acción u omisión de alguien por quien él no debe responder. Asimismo significará que el uso del automotor no ha sido resultado de una autorización para que lo conduzca. El párr. 3º del art. 1113 del Cód. Civil debe entenderse en el sentido de que la responsabilidad del dueño existe cuando el acto jurídico por el que ha entregado el automotor ha tenido por finalidad conceder el uso del mismo, no cuando la finalidad consiste en transferirlos al adquirente para que éste acceda al dominio (ver votos doctores Cifuentes y Alterini en sentencia publicada en J. A., t. 1977-III, p. 18)”.

5.5.2.3 La reforma de la ley 22.977 y el plenario “Morris de Sotham”

La ley 22.977 se hizo eco de la polémica descripta e introdujo –en lo pertinente– el siguiente contenido para el art. 27 del decreto-ley 6582/58: “Hasta tanto se inscriba la transferencia el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, en su carácter de dueño de la cosa. No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquel, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes el no debe responder, y que el automotor fue usado en contra de su voluntad”.

Luego de la reforma legislativa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el plenario “Morris de Sotham, Nora c. Besuzzo, Osvaldo P.”, del 9 de septiembre de 1993, dispuso que la

doctrina establecida en el fallo plenario “Morrazo”, no mantuvo su vigencia luego de la sanción de la ley 22.977⁸²⁷.

En postura minoritaria, aunque correcta, se sostuvo que la doctrina del plenario “Morrazo” que consagra la liberación de quien ha demostrado la enajenación y entrega del vehículo con anterioridad al accidente, debe completarse con la acreditación de haberse efectuado al Registro de la Propiedad del Automotor la comunicación prevista por el art. 27, sin incidir sobre las numerosas causas que se mantenían hasta esta nueva doctrina plenaria. De otro modo, aquella interpretación no contemplaría el matiz introducido en el texto legal, pero éste tiene efectos a partir de este plenario, y propuso que “la doctrina establecida en el fallo plenario dictado el 18 de agosto de 1980 en la causa 'Morrazo Norberto y otro c/Villarreal Isaac y otros', estuvo vigente hasta este plenario, aplicándose en el futuro las normas de la ley 22.977”⁸²⁸.

Es que la mera “denuncia de venta” del automotor luce como insuficiente para deslindar de responsabilidad al titular dominial del automotor.

5.5.2.4 Precedente “Camargo” del Alto Tribunal

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 21 de mayo de 2002, en autos “Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, juzgó que la exigencia del art. 27 del régimen del automotor, en cuando a la denuncia de venta, no excluye la alternativa de acreditar por otra vía que el titular registral transfirió la guarda con anterioridad al evento dañoso.

Luego de explicar que la hermenéutica desplegada se corresponde con la finalidad de proteger al vendedor del automotor

⁸²⁷ Publicado en *La Ley*, 1993-E, p. 586; *DJ*, 1993-2, p. 909.

⁸²⁸ Voto de los Dres. Santos Cifuentes, Jorge H. Alterini, José Luis Galmarini, Benjamín E. Zaccheo, Luis E. Lérica, Julio R. Moreno Hueyo, Carlos Polak y Gladys Stella Alvarez.

ante la omisión del comprador de efectuar la transferencia del dominio, afirma:

“...si la ley exonera de responsabilidad a quien efectúa una denuncia unilateral de venta -cuya sinceridad no es objeto de comprobación- no cabe privar del mismo efecto a quien demuestra efectivamente que se encuentra en idéntica situación, es decir que no dispone del vehículo por haberlo enajenado y hallarse el automotor en poder del adquirente o de terceros que de éste hubiesen recibido el uso, tenencia o posesión. Esa solución se corrobora si se advierte que la ley no establece una presunción *iuris et de iure* de que el propietario que no denunció haber vendido y entregado el automotor, conserva su guarda (...), por lo que configuraría un exceso ritual privar al titular registral de la posibilidad jurídicamente relevante de demostrar si concurre tal extremo”⁸²⁹.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, integrada por los Dres. Pettigiani, Hitters y Negri siguió la postura explicitada en el antecedente “Camargo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸³⁰.

5.5.2.5 Análisis axiológico del problema

¿Es justo que responda civilmente quien se desprendió de la guarda del vehículo? Evidentemente no.

La aplicación rigurosa del originario art. 27 del decreto-ley 6582/58 conducía a la injusticia de responsabilizar al vendedor que ya había efectuado la tradición de la cosa al comprador, pero que todavía aparecía como el titular registral. Esa interpretación significaba el divorcio del Derecho con la realidad.

Ahora bien, tampoco le aporta demasiada verdad la liberación de responsabilidad del vendedor por la mera “denuncia de venta” del automotor.

⁸²⁹ Publicado en *Fallos* 325:1156.

⁸³⁰ SCBA, 19/02/2002, “Guatto de Minchín, Olinda Josefina C/ Maidana Pablo Damián y otros S/ Daños y perjuicios”, Ac. 78.032.

Coincido con quienes postulan que si el vendedor comunicó la venta al registro del automotor pero no efectuó la tradición de la cosa, no se liberará del eventual deber de responder por los daños causados a terceros, que de otra forma "...podría llegar a constituirse en un fácil recurso para exonerarse fraudulentamente de toda eventual responsabilidad por daños, por parte de su real propietario y titular registral"⁸³¹.

El orden natural de las cosas reclama que la transferencia de los riesgos de la cosa se trasladen con la titularidad del derecho real siempre que para ella se exija el traspaso posesorio.

5.6 Impide un excesivo apego a los objetos materiales, y estimula el trabajo humano y la producción de riqueza

5.6.1 La tradición posibilita el ejercicio posesorio

La tradición le confiere el contenido madre a los derechos reales inmobiliarios que se ejercen a través de la posesión, pues justamente la tradición implica el traspaso del *corpus* que es uno de los elementos constitutivos de esa relación real⁸³². La tradición es el camino consensuado para adquirir la posesión de la cosa.

De allí la importancia decisiva de la tradición como modo para transmitir derechos reales inmobiliarios, pues posibilita la posesión y ésta, a su vez, permite el aprovechamiento de la cosa con sus connaturales beneficios para quien se sirve de ella, como también para la sociedad en su conjunto.

⁸³¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., "Exención de responsabilidad del titular registral del dominio de un automotor después de la ley 22.977", op y loc. cit. En el mismo sentido: GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad del dueño del automotor. ¿El artículo 27 de la ley 22.977 constituye una eximente de responsabilidad?", *La Ley*, 1984-D, p. 1375, § II-3-d); PIZARRO, Ramón D., "La responsabilidad civil del titular registral de un automotor y la ley 22.977", *JA*, 1985-II, pp. 796 y ss, §IV, letras c) y d).

⁸³² Véase Cap. II, §1.2.

5.6.2 Implicancias económicas de la posesión como contenido del derecho real

En ocasiones no es posible que el Derecho satisfaga los intereses de todas las partes involucradas en una determinada situación jurídica. En esos supuestos el Derecho debe optar y su elección tiene que ordenarse a la justicia y al bien común.

Vallet de Goytisolo apunta que desde el punto de vista social es más valioso tutelar a quien se encuentra en contacto con la cosa. Concretamente postula:

“...no cabe duda que merece mil veces mayor protección el labrador que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de ésta, que no a aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque haya cumplido a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado echar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir”⁸³³.

La “circulación” de la riqueza cimentada por las inversiones inmobiliarias debe ser protegida, pero no en desmedro de la “producción” de la riqueza, la que se obtiene con el trabajo de la tierra que el hombre común efectúa a través del ejercicio de la posesión.

El sistema de la tradición obstaculiza el apego excesivo a los objetos materiales, pues para que una persona adquiriera un derecho real inmobiliario ha menester que reciba el cuerpo de la cosa.

En otras matrices del Derecho comparado, que producen el traspaso de la titularidad con la mera energía del contrato o de la inscripción registral, puede ocurrir que el adquirente no entable

⁸³³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino”, cit., pp. 274-275

ningún contacto con el objeto que ingresó en su patrimonio y, sin embargo, se lo tutele en perjuicio de otras personas.

Se piensa que Locke sembró el germen de las bases del capitalismo desenfrenado al postular el “derecho ilimitado” para adquirir bienes⁸³⁴ como el mejor camino para alcanzar el bienestar general.

El planteo del contractualista tiene un vicio de origen. La sumatoria de los bienes individuales no deriva en el bien común. El bien particular debe estar orientado al bien común, porque éste es anterior y a la vez superior que aquél. El bien del todo es necesario para la realización del bien de cada uno de los miembros de la sociedad. Se ha dicho que esa concepción es:

“...ciega ante el hecho de que un crecimiento no armónico, que siembra la miseria alrededor de grandes acumulaciones capitalistas,

⁸³⁴ LOCKE, John, *Two treatises of government*, Whitmore and Fenn, Charing Cross and C. Bronw, London, MDCCCXXXI, Book II, §36, p. 217: “...that every man should have as much as he could make use of, would hold still in the world, without straitening any body: since there is land enough in the world to suffice double the inhabitants, had not the invention of money, and the tacit agreement of men to put a value on it, introduced by consent, large possessions, and a right to them...”.

Macpherson expone, en virtud de ese fragmento, que Locke plantea que el derecho de propiedad es de adquisición ilimitada: “El pasaje es completamente explícito. La regla de derecho natural según cuyas específicas condiciones se limitaba la cantidad de lo que cada uno se podía apropiarse a tanto como pudiera usar, ya no sigue vigente (...). La razón de que la regla deje de estar en vigor no es que se haya agotado la tierra: en todo el mundo hay la suficiente para el doble de sus habitantes, aunque solo incluyendo aquellas partes del mundo en que no se ha introducido nunca el dinero (...). Donde se introduce el dinero deja de haber tierra sin apropiarse. La invención del dinero ha eliminado por consenso tácito las anteriores limitaciones naturales de la apropiación justa. Y al hacerlo ha invalidado la norma natural según la cual todo el mundo puede poseer solo cuanto es capaz de usar” (MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, traducción de Juan R. Capella, Trotta, Madrid, 2005, p. 202). Comp. VAUGHN, Karen I., “Teoría de la propiedad de John Locke: problemas de interpretación”, *Revista Libertas* N° 3, octubre de 1985, traducido de *Literature of Liberty*, vol. III, N° 1, primavera de 1980.

es un atentado contra la paz, ya que ésta no depende sólo de la abundancia de bienes materiales”⁸³⁵.

Los efectos negativos del “capitalismo” desenfrenado no deben alumbrar a una suerte “colectivismo”, pues así como no es adecuado que los bienes se encuentren en poder de pocos, tampoco es valioso que ellos sean de todos. Ni el capitalismo crudo ni el colectivismo conducen a la paz social, sino que es menester la existencia de un sistema que organice rectamente la propiedad privada⁸³⁶.

⁸³⁵ MONTEJANO (H), Bernardino, *Curso de derecho natural*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, pp. 367-368.

⁸³⁶ La Doctrina de la Iglesia plasmada en diversas Encíclicas ha planteado una armonización del derecho de propiedad privada con las exigencias del bien común.

Rerum Novarum de León XIII, del 15 de mayo de 1891: “Poseer bienes en privado (...) es derecho natural del hombre, y usar de este derecho, sobre todo en la sociedad de la vida, no sólo es lícito, sino incluso necesario en absoluto. ‘Es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es necesario también para la vida humana’. Y si se pregunta cuál es necesario que sea el uso de los bienes, la Iglesia responderá sin vacilación alguna: ‘En cuanto a esto, el hombre no debe considerar las cosas externas como propias, sino como comunes; es decir, de modo que las comparta fácilmente con otros en sus necesidades’ (...) cuando se ha atendido suficientemente a la necesidad y al decoro, es un deber socorrer a los indigentes con lo que sobra...”.

Quadragesimo Anno de Pío XI, del 15 de mayo de 1931: “...debe tenerse por cierto y probado que ni León XIII ni los teólogos que han enseñado bajo la dirección y magisterio de la Iglesia han negado jamás ni puesto en duda ese doble carácter del derecho de propiedad llamado social e individual...”.

Pacem in terris de Juan XXIII, del 11 de abril de 1963: “...surge de la naturaleza humana el derecho a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción, derecho que, como en otra ocasión hemos enseñado, *constituye un medio eficiente para garantizar la dignidad de la persona humana y el ejercicio libre de la propia misión en todos los campos de la actividad económica, y es, finalmente, un elemento de tranquilidad y de consolidación para la vida familiar, con el consiguiente aumento de paz y prosperidad en el Estado*. Por último, y es ésta una advertencia necesaria, el derecho de propiedad privada entraña una función social”.

Allí es donde aparece la importancia de la función social que satisface la posesión para equilibrar la distribución de la riqueza. Para Hernández Gil:

“La posesión se ofrece, en último término, como una estructura-función que en la sociedad capitalista, con la libertad exaltada y las necesidades colectivas reprimidas, tiende a ser correctivo de la propiedad monopolística de algunos, abriendo paso al proceso socializador; y en la sociedad socialista, dada la posición recíproca inversa en los órdenes de la libertad y la necesidad, se manifiesta también como un correctivo de la propiedad estatalizada y actúa como reducto de la libertad personal. Porque es lo cierto que en una y otra sociedad, aunque por bien diferentes vías, el derecho de propiedad se ha retraído”⁸³⁷.

La función social de la posesión se propaga sobre la tradición constitutiva del derecho real, pues comúnmente es ésta la que posibilita la adquisición de aquélla.

Mater et Magistra de Juan XXIII, del 15 de mayo de 1961: “...nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social”.

Populorum Progressio de Paulo VI, del 26 de marzo de 1967: “...la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario...”.

Centesimus Annus de Juan Pablo II, del 1 de mayo de 1991: “Mediante el trabajo, el hombre, usando su inteligencia y su libertad, logra dominarla y hacer de ella su digna morada. De este modo, se apropia una parte de la tierra, la que se ha conquistado con su trabajo: he ahí el origen de la propiedad individual. Obviamente le incumbe también la responsabilidad de no impedir que otros hombres obtengan su parte del don de Dios, es más, debe cooperar con ellos para dominar juntos toda la tierra”

⁸³⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La función social de la posesión*, cit., pp. 214-215.

6 LA TRADICIÓN INMOBILIARIA COMO EXPRESIÓN DE UN MODELO ECONÓMICO, SOCIAL Y POLÍTICO

La regulación de los derechos reales, en general, tiene una importancia decisiva en los aspectos económicos, sociales y políticos de una comunidad; por ello su regulación está presidida por la noción de orden público⁸³⁸. Pienso que dentro de ese régimen un sector con fuerte gravitación en el diseño de la comunidad es el de las mutaciones jurídicas reales, pues es allí donde se proyecta la filosofía que inspira al ordenamiento.

Existe un consenso generalizado en el Derecho comparado, aun en los regímenes más diversos, acerca de que el derecho real es un poder jurídico que establece una relación directa con su objeto⁸³⁹ y que el derecho real de dominio confiere a su titular las facultades de usar, gozar y disponer, pero se presentan discordancias notables en los sistemas de mutación jurídico real adoptados⁸⁴⁰.

¿A qué se debe este fenómeno? Considero que la diversidad de modelos de mutación de la titularidad se fundamenta en las diferentes visiones económicas, sociales y políticas imperantes en las disímiles comunidades. Basta con recordar que en los períodos antiguo y clásico del Derecho romano convivieron dos modos de adquisición de derechos reales de naturaleza abstracta (la *mancipatio* y la *in iure cessio*), con uno causal (la *traditio*). Las cosas que para el romano tenían un mayor valor económico se transmitían por los primeros sistemas; en cambio, en las cosas de menor importancia bastaba la tradición de la cosa⁸⁴¹.

Es cierto que las economías domésticas crecen fundamentalmente a través de la inversión y también es verdad que ésta debe ser tutelada mediante un régimen jurídico que

⁸³⁸ Véase Cap. IV, §3.4.2.

⁸³⁹ Véase Cap. IV, §7.1.

⁸⁴⁰ Véase Cap. IV, §7.2.

⁸⁴¹ Véase Cap. I, §1.1.

brinde seguridad al inversor. El problema que subyace es qué o quiénes se deben resignar para que ello ocurra.

El límite de la tutela de la especulación económica debe ser la dignidad de la persona humana que fundamenta todos los bienes humanos básicos, que ingresan en lo jurídico a través de la designación de “derechos humanos”.

Por otra parte, la inversión que solo implica “circulación” de la riqueza pero no “producción” de ella, no siempre genera trabajo ni determina un crecimiento económico.

Menger en su obra “El Derecho civil y los pobres” criticó enérgicamente al entonces Proyecto de Código Civil de Alemania debido a que sus disposiciones significaban el triunfo del mercantilismo en el ámbito del derecho de las cosas, debido a que el BGB tutela enérgicamente al adquirente del derecho real en detrimento del verdadero titular y sin considerar a los poseedores⁸⁴². El profesor de Viena sintetizó el espíritu de esa codificación con la siguiente modalidad expresiva:

“Frente al pobre, que por su pobreza se halla en brazos de la miseria, se contrapone la santidad de la propiedad”⁸⁴³.

Ante el advenimiento de la idea de la seguridad jurídica dinámica⁸⁴⁴, Menger cuestionó su traspolación a las mutaciones jurídico reales, pues en su pensar la verdadera “seguridad” es la que encuentra sustento en la “realidad”. Sostuvo:

“La seguridad del régimen de la Propiedad, descansa principalmente, sobre la estricta conexión del mismo, con la vida social y la actividad popular, y sobre el hecho de que la conciencia de las masas, resulte ser el último cimiento de toda aspiración

⁸⁴² Véase Cap. I, §3.4.

⁸⁴³ MENER, Antonio, *El Derecho civil y los pobres*, traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, p. 262.

⁸⁴⁴ Véase Cap., §5.2.

económica. Estamos, sin duda, muy lejos aún de una condición en que la ganancia económica y la distribución de los bienes, causada por la propiedad privada se encuentren en una justa proporción; pero quien lleve hasta el extremo estas erróneas tendencias de nuestro Derecho privado, quien separe la propiedad de sus bases económicas, y la considere como una pura cuestión de poder, destruye toda trabazón en el régimen de la propiedad”⁸⁴⁵.

Frente a esas consideraciones, estoy convencido de que un sistema de mutación jurídico real debe exhibir la seguridad jurídica que tanto reclaman los inversores, pero no en detrimento del hombre común. Considero que el sistema del título y el modo suficientes, cuando éste es la tradición por actos materiales, se garantiza una transmisión “segura” y se propende al “bienestar general” que proclama el Preámbulo de la Constitución Nacional.

⁸⁴⁵ MENGER, Antonio, *El Derecho civil y los pobres*, cit., p. 252.

CONCLUSIONES

- CONCLUSIÓN FINAL

Es conveniente el mantenimiento de la tradición como modo suficiente para transmitir derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión, pues contribuye a la paz social, elemento constitutivo del bien común.

- CONCLUSIONES PARCIALES FUNDANTES

A) Diversas matrices de las mutaciones jurídico reales inmobiliarias en el Derecho comparado

I. La ponderación de los intereses de los involucrados en una transmisión inmobiliaria no debe acotarse a los propios de los otorgantes de los actos jurídicos con finalidad traslativa, sino que debe comprender también los de aquellos terceros que mantienen una relación real con el objeto de la transmisión.

II. La matriz de mutación jurídico real del título y modo suficientes, cuando éste se encuentra conformado por la tradición por actos materiales, es el único sistema que considera a los poseedores en la dinámica traslativa.

III. No deben desconectarse conceptualmente la seguridad jurídica estática con la seguridad jurídica dinámica, sino que deben armonizarse con el objetivo de equilibrar los intereses involucrados. Lo deseable es que desde una sólida protección de las situaciones consolidadas se tutele la apariencia en beneficio de los terceros de buena fe.

IV. El notariado latino cumple una función muy relevante para consolidar la seguridad jurídica estática, fundamentalmente, a través del estudio de los títulos

antecedentes. La actividad notarial procura evitar un eventual conflicto.

V. La denominada seguridad económica no busca sortear el conflicto, sino compensar insuficientemente las consecuencias dañosas derivadas de él.

VI. Desde el análisis económico del Derecho, la matriz de transmisión inmobiliaria más eficiente es la del título y el modo suficientes, donde éste es la tradición por actos materiales, pues en ella coinciden en cabeza del adquirente: a) el interés en la integridad de la cosa; b) el poder jurídico para garantizarla; y c) la relación material con ella. Antes de la tradición de la cosa, quien está interesado en su integridad (el acreedor) no tendrá un poder jurídico para defenderla, pues no será su titular y no establecerá el contacto físico con ella.

B) La tradición inmobiliaria considerada en sí misma

VII. La tradición es el acto en virtud del cual el *tradens* le entrega el *corpus* de la cosa al *accipiens*, quien a su vez lo recibe.

VIII. La tradición puede desenvolverse en diversos ámbitos del escenario jurídico: a) en la adquisición de relaciones reales, ya sea como poseedor o como tenedor, e incluso como servidor de la posesión; b) en el cumplimiento a una obligación de dar cosa cierta; b) en la integración de derechos reales que se ejercen por la posesión.

IX. La tradición con finalidad traslativa del derecho real es un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial (contrato), revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir un derecho real y extinguir una obligación.

X. El consentimiento en el contrato de tradición debe exteriorizarse a través de actos materiales de, por lo menos, una de las partes. La bilateralidad de la tradición no se ve conmovida si una sola de las partes ejecuta los actos materiales, pues ha menester que la otra los consienta, incluso, hasta por medio del silencio.

XI. Las meras declaraciones de las partes que indican la concreción de la tradición solo tienen efecto entre los otorgantes

del acto jurídico, pero no frente terceros, a menos que un titular de la función pública, como el escribano, de fe acerca de que los actos materiales se cumplieron ante él.

XII. La garantía de vacuidad de la posesión resguarda al poseedor con interés legítimo en la relación real con la cosa ante transmisiones sin su consideración.

XIII. El título suficiente es un acto jurídico que obliga a celebrar el contrato de tradición.

XIV. Cuando el título suficiente tiene naturaleza contractual conforma con la tradición un supuesto de conexidad contractual, pues esos actos jurídicos aisladamente considerados no tienen virtualidad suficiente para provocar la mutación jurídico real sobre derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión.

C) Implicancias obligacionales de la tradición inmobiliaria

XV. El deudor de una obligación de dar cosa cierta tiene los deberes de conservarla y de entregarla con sus accesorios.

XVI. La recepción de la cosa sin reservas por parte del accipiens, hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y ocultos, salvo que se requieran de conocimientos técnicos especiales para detectar esta última clase de defectos.

XVII. El cómputo del plazo legal de caducidad para el “ejercicio” de la responsabilidad por defectos ocultos comienza a correr desde el momento en el cual el adquirente puede advertir la existencia de ellos, o sea, desde la tradición.

XVIII. La obligación de dar cosa cierta para transmitir un derecho real es tal cuando encuentra apoyatura en un acto jurídico con finalidad traslativa que la origina (título suficiente). La regla en orden a la distribución de las mejoras entre los sujetos de la relación obligacional está dada por la máxima romana *res crescit domino*; hasta la tradición de la cosa, los frutos percibidos le corresponden al deudor y los pendientes al acreedor; los productos estando pendiente de cumplimiento la obligación, le corresponden al acreedor.

XIX. Los riesgos de la cosa se trasladan con la tradición. La solución es justa, pues sería contrario al curso natural de las cosas atribuirle las consecuencias dañosas a quien no tiene el control efectivo de la cosa.

XX. La concurrencia de varios acreedores que reclaman la misma cosa se rige por las siguientes reglas: i) Prima el derecho de quien publicitó suficientemente esa transmisión con anterioridad, ya sea registralmente, o por vía del estado de hecho derivado de la tradición, con independencia de la fecha de su título, pues los restantes acreedores no podrían ser calificados como de buena fe, porque conocieron o debieron conocer esa realidad registral o posesoria. ii) Si ninguno de los acreedores alcanzó a publicitar por vía registral o posesoria la pretendida adquisición, primará el derecho de quien tiene el título de fecha anterior. iii) Los acreedores de buena fe frustrados puedan accionar contra el deudor y contra los acreedores de mala fe por el daño sufrido.

XXI. La acción real reivindicatoria es cesible, ya sea expresamente, o bien implícitamente como accesorio de la obligación de dar cosa cierta para transmitir derechos reales. Sin perjuicio de ello, sería aconsejable que en una futura reforma se prohíba su cesión, ya que atenta contra el sistema del título y el modo suficientes.

XXII. La obligación de dar cosa cierta para restituir es aquella en la cual el deudor debe efectuar la tradición de ella a aquél de quien la recibió. La alusión legal acerca de que la cosa debe restituírsela a su “dueño” es incorrecta, pues debió haber indicado que ella debe entregarse “a quien tenga derecho a reclamar” su restitución.

XXIII. La sentencia que ordena la reivindicación de un inmueble implica el nacimiento de la obligación de dar con la finalidad de “restituirla” a quien hubiera entablado esa acción.

XXIV. El pago de una obligación de dar es un contrato; el cumplimiento en una obligación de no hacer es un acto jurídico unilateral; y la *solutio* de una obligación de hacer es unilateral o bilateral, según el caso, y en este último supuesto es un contrato extintivo.

XXV. El denominado “pago por consignación” no es técnicamente un pago, sino un sucedáneo de él, pues no se satisfacen todos los extremos exigidos en cuanto al objeto de ese modo de extinción de las obligaciones. Solamente pueden cumplirse por consignación las obligaciones de dar y las de hacer que impliquen una actividad con resultado materializado.

XXVI. El vocablo “dueño” en el ámbito de la responsabilidad derivada con intervención de cosas, debe leerse como titular de derecho real sobre objeto total o parcialmente propio. El Código Civil y Comercial recepta las nociones de guardas material, jurídica y provecho.

XXVII. Una cosa es “riesgosa” cuando por su naturaleza, por los medios empleados en su utilización o por otras circunstancias determina el peligro potencial de causar daños; es “viciosa” cuando presenta un defecto de fabricación, funcionamiento, conservación o información, que la tornan impropia para su destino.

XXVIII. La tradición cumple un papel fundamental en la determinación del legitimado pasivo del deber de responder, ya que indica quien es el titular del derecho real sobre objeto total o parcialmente ajeno y quien es el guardián de la cosa.

D) Integración del derecho real

XXIX. El Código Civil y Comercial mantiene el dualismo clásico entre derechos reales y derechos personales.

XXX. El derecho personal es la “relación jurídica” en virtud de la cual una persona (deudor) debe satisfacer determinada prestación en favor de otra (acreedor). El derecho real es el “poder jurídico”, de estructura legal, que establece una relación directa del titular sobre el objeto.

XXXI. La concepción moderna del derecho real procura armonizar la doctrina clásica enraizada en el derecho romano con la teoría unitaria personalista. Esta visión ecléctica, sin prescindir del “aspecto interno” del derecho, que apunta al poder jurídico entre el titular y el objeto, destaca también un “aspecto externo” consistente en el deber de respeto de cada uno de los integrantes de la comunidad, que se traduce en el deber genérico de no dañar.

XXXII. La relación directa en los derechos reales que se ejercen por la posesión está posibilitada por la tradición. De allí que si se detiene el tiempo y ella no se efectuó, aunque sí se hubiera otorgado el título suficiente, se estará en presencia de un derecho personal; en cambio, si ella sí se materializa, se habrá alumbrado el derecho real.

XXXIII. El régimen de los derechos reales está dominado por el orden público y, por ello, es la ley la que los organiza en su número (*numerus clausus*), elementos (titular y objeto), contenido (esencia) y mutaciones jurídico reales (adquisición, modificación y extinción).

XXXIV. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real que se ejerce por la posesión requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Los derechos de hipoteca y de servidumbre negativa se constituyen solamente con el título suficiente, pues son extrañas a la idea de posesión.

XXXV. El “título suficiente” es el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir el derecho real, otorgado por disponentes capaces y legitimados al efecto.

XXXVI. La tradición es modo suficiente para transmitir derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión, con excepción de la servidumbre positiva en la que la mutación jurídico real se produce por el primer uso.

XXXVII. Es incorrecta la expresión “escritura traslativa” del derecho real, pues la regla en las mutaciones jurídico reales derivativas generadas por actos entre vivos impone la concurrencia de título y modo suficientes. El instrumento (escritura) no tiene energía traslativa, sino que únicamente es la forma exigida para el título suficiente cuando la transmisión recae sobre un inmueble.

XXXVIII. Si la tradición posesoria se produce antes que el otorgamiento del título suficiente, recién con él se convierte en tradición traslativa del derecho real (modo suficiente).

XXXIX. La tradición no es presupuesto para la registración del título suficiente.

XL. La obligación de pagar el precio emergente del título suficiente no es, por regla, presupuesto para la transmisión del derecho real. La expropiación y la subasta configuran excepciones a la directiva general.

XLI. La desaparición de la categoría de contratos reales en el Código Civil y Comercial implica una revitalización de la teoría del título y el modo suficientes.

XLII. Los sistemas que no exigen la tradición para transmitir derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión, desnaturalizan la estructura del derecho real; la relación directa del titular sobre el objeto, que supone el derecho real, solo se puede alcanzar por la entrega del *corpus* de la cosa.

E) Proyecciones sociales de la tradición inmobiliaria

XLIII. La seguridad jurídica y la justicia son dos valores que se requieren mutuamente para su concreción; sin seguridad no hay justicia, pero tampoco es posible la configuración de la justicia sin un mínimo de seguridad.

XLIV. La realización de la seguridad y de la justicia tiene como fruto a la paz social, entendida como la tranquilidad en el orden.

XLV. La violencia es la negación de la dignidad humana y puede tener raíces económicas, políticas y hasta lúdicas.

XLVI. El sistema de mutación jurídico real concausal del título y el modo suficientes, donde éste es la tradición por actos materiales, coadyuva enérgicamente con el postulado de la paz social, por las siguientes razones:

XLVII. i) Evita el conflicto porque tiene a reunir en la misma persona la “titularidad” del derecho y su “ejercicio”, sin divorciar la “realidad” de la “idea”.

XLVIII. ii) Protege al débil jurídico a través de la garantía de la posesión vacua y de la publicidad posesoria.

XLIX. iii) Resguarda adecuadamente los derechos del titular del derecho y del adquirente, sin prescindir de los poseedores con intereses legítimos

L. iv) Contribuye a que no se generen situaciones inequitativas al conectar la responsabilidad por la cosa con el control efectivo de ella.

LI. v) Impide un excesivo apego a los objetos materiales, y estimula el trabajo humano y la producción de riqueza.

LII. La diversidad de modelos de mutación de la titularidad se fundamenta en las diferentes visiones económicas, sociales y políticas imperantes en las disímiles comunidades

LIII. El límite de la tutela de la especulación económica debe ser la dignidad de la persona humana que fundamenta a todos los bienes humanos básicos, que ingresan en lo jurídico a través de la designación de “derechos humanos”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL TEXTO

- AA.VV., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, con las variaciones de D. Ildefonso L. García del Corral, Segunda Parte Código, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1885, pp. 223-224. Edición facsímil numerada editada por Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1988.
- AA.VV., *Curso de derecho registral inmobiliario*, organizado por Alberto D. Molinario, Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1971.
- ABELLA, Adriana, “Estudio de títulos”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 833, p. 455.
- ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Inscripción registral inmobiliaria: ¿constitutiva o declarativa?”, *La Ley*, 2012-A, p. 807.
- ADROGUÉ, Manuel A., “Situación jurídica del comprador de inmueble por instrumento privado”, *Doctrina Jurídica*, La Plata, 1970.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 3° edición, Bosch, Barcelona, 1977, tomo III “Derecho de bienes”.
- *Derecho Civil*, 12° edición, Edisofer, Madrid, 2004, tomo II “Derecho de las obligaciones”.
- ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, y VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de los derechos reales*, 6° edición, Editorial Temis y Editorial jurídica de Chile, Colombia, 2011.
- ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, pp. 75 y ss.
- ALFERILLO, Pascual E., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo VIII (Directores del tomo: Pascual E. Alferillo, Osvaldo Gómez Leo y Fulvio Santarelli).

- en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo II.

ALFONSO EL SABIO, *Las siete partidas*, glosadas por Gregorio López, Lecointe y Lasserre, Editores, Paris, 1843.

ALLENDE, Guillermo L., *La posesión*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

- *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.
- *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967.
- “El acto jurídico real (Con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades)”, *La Ley*, 110, p. 1062.
- “Soluciones inarmónicas del Código Civil. Su explicación por el Derecho romano”, *La Ley*, 130, pp. 917 y ss.

ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972.

ALTERINI, Atilio A., “Estudio de títulos”, *La Ley*, 1981-B, p. 858.

- en LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A., *Código Civil anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, tomo III-A.
- *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

ALTERINI, Atilio A. AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

ALTERINI, Ignacio E., “El bien de familia frente a la empresa familiar”, *La Ley*, 2010-F, p. 1444

- “Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social”, *La Ley*, 2012-E, p. 993.
- “Límites del deber de responder del escribano. Lo cierto y lo falso”, *La Ley*, 2014-D, p. 1131.
- *La acción y el derecho de voto*, Buenos Aires, Astrea, 2015.
- en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo VI.

- *Manual de derecho comercial*, dirigido por Eduardo M. Favier Dubois (h) y coordinado por Ignacio E. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2016.

ALTERINI, Jorge H., “Supervivencia del dualismo derechos reales y derechos personales”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, VIII-16 –enero-junio de 1966– p. 123.

- “Capacidad y legitimación”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1966-III, p. 251 y ss..
- “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, *JA*, 1971, pp. 634 y ss., y *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, N° 21, 1971.
- “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros”, *ED* 43, pp. 1181 y ss.
- “La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral. Con una armonización entre la tradición y la inscripción registral”, aporte de la Delegación Argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 30 de septiembre al 5 de octubre de 1974), editado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974; también publicado en *Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, T.II, Madrid, pp. 75 y ss. y en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, N° 120, 3ª Serie, Santa Fe, 1978.
- “Resolución de los contratos y dominio revocable (con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la transmisión del dominio -arts. 1376 y 3923 del Cód. Civ.-)”, *ED*, 50, pp. 633 y ss.
- “Importancia del estudio de títulos”, *Gaceta del Notariado*, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88.
- en LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, tomo IV-A.
- “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, *Acad. Nac. de Derecho*, 2001, pp. 47, y en el *Tratado de la buena fe en el Derecho*, dirigido por Marcos Córdoba, La Ley, Buenos Aires, tomo I, 2004, pp. 153 y ss.
- “Objeto de los derechos reales”, *Anuario del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad*

- de Buenos Aires. Tomo I*, Buenos Aires, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, pp. 89 y ss.
- “Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLVIII, Segunda Época, Número 41, 2003, pp. 328 y ss.
 - “La influencia del Código Civil Argentino en otras codificaciones”, en *La codificación: raíces y prospectiva*, El Derecho, Buenos Aires, 2004, tomo II “La codificación en América”, pp. 183 y ss.
 - “Hacia la recodificación civil en la Argentina”, en *La Codificación: Raíces y Prospectivas*, Educa, Buenos Aires, 2005, tomo III, pp. 191 y ss.
 - “La seguridad jurídica. Notariado y Registros”, *Temas doctrinarios 2*, Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, Buenos Aires, 2007, pp. 53 y ss.
 - “La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles”, *La Ley*, 2008-D, pp. 867 y ss., y en *Acad. Nac. de Derecho*, 2008 (marzo), pp. 1 y ss.
 - “Previsiones normativas contenidas en el Proyecto de Unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales”, *Revista del Notariado*, N° 903, pp. 197 y ss.
 - “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2012-E, pp. 898 y ss.

ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B., y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, Educa y Librería Histórica, Buenos Aires, 2005.

ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.

- “La teoría de las nulidades ante la incompetencia territorial del escribano”, *La Ley*, 2010-A, pp. 673 y ss., y en *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 904, pp. 87 y ss.

ALTERINI, María Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, *ED*, 211, pp. 624 y ss.; *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 879, pp. 85 y ss.

- ALTMARK, Daniel R., “Democracias y Digesto Jurídico Argentino”, *Sup. Especial. Digesto Jurídico Argentino*, 2014 (junio), pp. 5 y ss.
- ÁLVAREZ, Agustín y CORNET OLIVA, Victoria, en *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Pascual E. Alferillo, Alejandro Borda y Lidia M. R. Garrido Cordobera, y coordinado por Walter F. Krieger, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- ALVAREZ MARTÍNEZ, Georgina I., *Los grupos de contratos en el crédito al consumo* (tesis doctoral), La Coruña, 2008, (http://ruc.udc.es/bitstream/2183/991/1/AlvarezMartinez_Georgina.pdf).
- APELLO, Johanne, *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcommodata*, Fridericum Peypus, Nuremberg, 1535.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, trad. de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1952.
- AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto J. (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- en BUERES, Alberto J. (Director) y HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo 5
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. y notas por Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1993.
- ARMELLA, Cristina N., “Contratos conexos”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, 2015 (febrero), pp. 203 y ss.
- ARRAGA PENIDO, Mario O., “Dominio sobre inmuebles: requisitos constitutivos”, *JA*, 1996-II, pp. 921 y ss.
- ARRUÑADA, Benito, “El seguro de títulos de propiedad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 681, 2004, pp. 53 y ss.
- ATARD, Rafael, en el apartado XIV del “Preliminar” al *Tratado de derecho hipotecario alemán*, de Arthur Nussbaum, Madrid, 1929.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- BADENI, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

- “El procedimiento para la sanción de las leyes y el Digesto Jurídico”, *La Ley*, 2014-D, pp. 1191 y ss.
- BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, Ediciones internacionales universitarias, Madrid, 2006.
- BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, EJEA, Buenos Aires, 1967.
- BERCOVITZ ALVAREZ, Germán, *Tradición Instrumental y Posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- BERNAD MAINAR, Rafael, “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 720, 2010, pp. 1447 y ss.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2° edición, traducida y concordada con el Derecho español por A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, Giuffrè editore, Milano, 1999, Vol. VI “La proprietà”.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993.
- BIDEGAIN, Carlos M.; GALLO, Orlando; PALAZZO, Eugenio L.; PUNTE, Roberto; y SCHINELLI, Guillermo, *Curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, tomo V.
- BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F. D. y NATOLI, U., *Diritto civile*, UTET, Torino 1999, Vol. 2 “Diritti reali”.
- BONFANTE, Pietro, *Res mancipi e nec mancipi*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1888-89.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, 5° edición, actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9° edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008.
 - *Tratado de derecho civil. Contratos*, 9° edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008
 - “La Reforma del Código Civil. Los contratos en particular”, *ED*, 31, pp. 1105 y ss.

- BRASCHI, Agustín O., “Acerca del seguro de títulos (¿seguro de títulos seguros?)”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 876, pp. 259 y ss.
- BRENNA, Ramón G., “El Digesto Jurídico Argentino. Primer paso en el camino de la democratización de la información jurídica”, *Sup. Especial. Digesto Jurídico Argentino*, 2014 (junio), pp. 16 y ss.
- BRUNO, Rafael J., “Contribución al Estudio de la Historia de Roma”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año 29, N° 1-4 Marzo-Junio, 1942, pp. 59 y ss.
- BUERES, Alberto J. (Director) y Highton, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 4B (2007); tomo 5 (1997).
- BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
- *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981.
- BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1955.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.
- *Repetición del pago de lo que no se debe*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
- CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado*, 10° edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
- CALVO COSTA, Carlos A. *Derecho de las obligaciones*, 2° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- “La responsabilidad civil notarial”, *DJ*, 08/03/2006, pp. 571 y ss.
- CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, traducción a cargo de Manuel M. Zorrilla Ruiz, Bosch, Barcelona, 1965, tomo II, Vol. I “Situaciones jurídico-reales”.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción a cargo de Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco, “Prova testimoniale del pagamento”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, tomo II, pp. 335 y ss.

- “Negozio giuridico, atto illecito e atto dovuto”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, tomo I, pp. 353 y ss.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1996.

- “Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil Español”, en *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, coordinado Gabriel de Reina Tartière, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pp. 71 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Reus, Madrid, 1978.

CATALÁ, Nicole, *La nature juridique du payment*, L.G.D.J., Paris, 1961.

CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4° edición, La Ley, Buenos Aires, 2010.

CLERC, Carlos M., *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*, Ábaco, Buenos Aires, 1982.

COGHLAN, Antonio R., *Teoría general de derecho inmobiliario registral*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920.

COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

- “Sobre la naturaleza jurídica del pago”, *JA*, 1986-II, pp. 749 y ss.
- “Representación, mandato y negocio de apoderamiento”, *RCyS*, 2007, pp. 498 y ss.
- en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo III.
- en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso).

- CORNEJO, Américo A., “El objeto de los derechos reales”, *La Ley*, 1989-D, pp. 985 y ss.
- *Derecho registral*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
 - “¿Inscripción constitutiva de los derechos reales?”, *La Ley*, 2011-F, pp. 1353 y ss.
- CORNU, Gérard, *Derecho Civil. Los Bienes*, traducción de Javier Solís Herrera, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1996.
- COSSARI, Nelson G. A., “Pretendida sustitución de la tradición por la inscripción constitutiva en materia inmobiliaria”, *La Ley*, 2012-A, pp. 505 y ss.
- en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomos IX y X (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari).
- CUENA CASAS, Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.
- D’ALESSIO, Carlos M., en su disertación “Estudio de títulos y responsabilidad del notario”, producida en la Asamblea Ordinaria 2009 del Consejo Federal del Notariado Argentino, Mendoza, 19 y 20 de marzo de 2009.
- DASSEN, Julio, *Acciones posesorias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- DASSEN, Julio y VERA VILLALOBOS, Enrique, *Manual de derechos reales*, TEA, Buenos Aires, 1962.
- DE BUEN, Demófilo, *Derecho civil español común*, 2º edición, Madrid, 1930/31.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.
- DE LORENZO, Miguel F. y TOBIÁS, José W., “Apuntes sobre los contratos conexos” *DJ*, 1999-3, pp. 153 y ss.
- DE LOS MOZOS, José L., *La doctrina de F. C. Von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, Reus, Madrid, 1967.
- DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales de droit privé*, Arthur Rousseau édithur, Paris, 1911.

- DE SAINT-JOSEPH, Anthoine M., *Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros*, traducción a cargo de D. F. Verlanga Guerta y D. Muñoz Miranda, 2ª edición, Imprenta de D. Antonio Yenes, Madrid, 1847.
- DE SALVO VENOSA, Sílvio, *Direito Civil*, 4ª edición, Atlas, San Pablo, 2004, Vol. 5 "Direitos Reais".
- DE VISSCHER, Fernand, "Mancipium et res Mancipi", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, 1936.
- DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La responsabilidad civil del escribano en razón de las deficiencias internas de los instrumentos públicos", *JA*, 31, pp. 255 y ss.
- DIEZ-PICAZO, Luis, "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 555 y ss.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, volumen primero "Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias" (1979); volumen segundo "Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión" (1978).
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1978, Vol. III.
- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- DOMENACH, Jean-Marie, en *La violencia y sus causas*, Editorial de la Unesco, Paris, 1981.
- D'ORS, *Derecho privado romano*, 8ª edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.
- DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 5ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- ETCHEGARAY, Natalio P., *El boleto de compraventa inmobiliaria. Técnica documental -desarrollo y sistema-*, Jurídica, La Plata, 1972.
- EHREMBERG, Víctor, *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.
- ELGUERA, Eduardo A. y RUSSOMANNO, Mario C., *Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

- ENNERCCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor; y WOLFF, Martín, *Tratado de derecho civil*, traducción de las 32ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, octava revisión, Bosch, Barcelona, 1951, tomo III “Derecho de las cosas”.
- ESPÍN CANÓVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, 5º edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, vol. II “Derechos reales”.
- ETKIN, Alberto M., “Locación de servicios; prueba del pago”, *JA*, 57, pp. 580 y ss.
- “Pago”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XXI, pp. 368 y ss.
- FERRARI CERETTI, Francisco, “Responsabilidad civil del escribano”, *JA*, 1986-II, pp. 722 y ss.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, 9º edición, Zavalia, Buenos Aires, 2001, tomo I “Parte General”.
- FORNIELES, Salvador, “La prueba del dominio en el juicio de reivindicación”, *JA*, 1946-III, pp. 6 y ss.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina, *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Reus, Madrid, 2012.
- GAGLIARDO, Mariano, *La causa jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- GALDÓS, Jorge M., en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo VIII.
- GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, traducción a cargo de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALLI, Enrique V., “Naturaleza y prueba del pago”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Plata*, 1941, tomo XII, 2º parte, pp. 209 y ss.
- GARCÍA COLLANTES, José M., “Valor económico de la seguridad jurídica”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 887, pp. 25 y ss.

- GARCÍA CONI, Raúl R., "A 20 años de la ley 17.801 y a 130 del acta Torrens", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 812, pp. 27 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, Juan M., "La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, pp. 2239 y ss.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *La posesión*, 2° edición, Comares, Granada, 1987.
- GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Código Civil anotado, Libro III: Derechos reales*, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1972.
- GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., "Régimen jurídico del boleto de compraventa", *La Ley*, 143, pp. 1146 y ss.
- *Prehorizontalidad y boleto de compraventa*, La Ley, Buenos Aires, 1973.
 - *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974.
- GAYO, *Institutas*, traducción de Alfredo Di Pietro, 5° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad del dueño del automotor. ¿El artículo 27 de la ley 22.977 constituye una eximente de responsabilidad?", *La Ley*, 1984-D, pp. 1370 y ss.
- GINOSSARD, S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, Paris, 1960.
- GIORGIANI, Michele, voz: "Pagamento" en *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, tomo IX, pp. 414 y ss..
- GIRARD, Paul F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Arthur Rousseau Éditeur, París, 1898.

- GNECCO, Emilio P., “Algunas reflexiones acerca de la elaboración de las leyes”, *La Ley*, 1979-A, pp. 678 y ss.
- GOMES, Orlando *Direitos reais*, 10° edición, Forense, Rio de Janeiro, 1988.
- GONZALES BARRÓN, Gunther, *El Nuevo Derecho Registral*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2011.
- “La Constitución rechaza el Derecho Registral ‘extremista’. Crítica al fetichismo registral”, *Gaceta Constitucional*, tomo 66, 2013, pp. 229 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 5 y ss.
- GRECO, Roberto E., *Extinción de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- “Objeto del pago”, *RDCO*, Buenos Aires, 1971, pp. 237 y ss.
- GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Reus, Madrid, 1925.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos reales*, 2° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- HECK, Philipp, *El negocio jurídico real abstracto*, traducción de Manuel Gomez Valenzuela, revisada por José Luis Lacruz Berdejo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, pp. 1443 y ss.
- HEDEMANN, Justus W., *Derechos reales*, versión española y notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, vol. II.
- HEINECCIO, J. Gottl., *Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta*, traducción de Luis d. Collántes, 2° edición, Librería de Don Vicente Salva, Paris, 1847.
- HEREDIA, Pablo D., “La venta con pacto de reserva de dominio en el derecho argentino y en el derecho comparado, frente a la quiebra del comprador”, en *Contratos comerciales*, Instituto de Derecho Empresarial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2014.

- HERMIDA LINARES, M., *Problemas fundamentales de Derecho inmobiliario registral*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1973.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La posesión*, Civitas, Madrid, 1980.
- *La función social de la posesión*, Alianza editorial, Madrid, 1969.
- HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al derecho hipotecario*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- HIGHTON, Elena I., *Posesión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- "Hechos y actos jurídicos reales", *JA*, 1984-III, pp. 850 y ss.
- HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Tecnos, Madrid, 1989.
- HUERTA TRÓLEZ, Antonio, en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel, coeditado por el Consejo General del Notariado y Civitas, Madrid, 2002, tomo II, vol. 1º.
- IBARGUREN, Federico, *Apuntes de derecho civil, Libro III*, Centro Estudiantes de Derecho, R. Herrando & Cía. Impresores, Buenos Aires, 1915.
- IHERING, *El fin en el derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez, Editor B. Rodríguez Serra, Madrid, s/f.
- *Posesión. Teoría simplificada y puesta al alcance de todo el mundo*, trad. de Alfredo Schaffroth (h) y Amilcar A. Mercader, Talleres Christmann y Crespo, 1916.
 - "La lucha por el derecho", en *Estudios jurídicos*, traducción directa del alemán por Adolfo González Posada, Heliasta, Buenos Aires, 1974.
- JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho privado romano*, 2º edición, traducción a cargo de L. Prieto Castro, Editorial Labor, Barcelona, 1937.
- KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, traducción de G. Lisarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1873.

- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2º edición, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, Porrúa, Buenos Aires, 1982.
- KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.
- en ZANNONI, Eduardo A. (Director) y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2005, tomo X.
 - “El análisis económico del derecho y los derechos reales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 21, pp. 215 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, tomo III “Derechos reales”, vol. I “Posesión y propiedad”.
- LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, 2º edición, con la colaboración especial de Ignacio E. Alterini, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010.
- LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto y MAYO, Jorge, *Tratado de las obligaciones*, 2º edición, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009.
- LAMAS, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991.
- LAQUIS, Manuel A., *Derechos reales*, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil – Parte General*, traducción de la 3ª edición alemana (1975) a cargo de Miguel Izquiero y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978.
- LEGÓN, Fernando, *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1941.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Checklisten’: una técnica contra la inflación legislativa”, *La Ley*, 1996-E, pp. 1324 y ss.
- *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
 - “Las leyes temporalmente secretas (Sobre la vigencia y publicación de la ley)”, *La Ley*, 2006-E, pp. 1220 y ss.
 - “El Digesto Jurídico Argentino. Necesario, pero defectuoso e ineficaz”, *La Ley*, 2014-A, pp. 461 y ss.
 - en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado*.

Tratado exegético, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo V (Director del tomo: Luis F. P. Leiva Fernández)

- LIVIAM GRAZIANA ROCCA, *Magda María*, “Compraventa con efectos reales, compraventa con efectos obligatorios, compraventa por unidad y por medida en el derecho civil italiano: algunos aspectos a la luz de sus orígenes romanísticos”, *Revista de Derecho UNED*, N° 3, 2008, pp. 319 y ss.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3º edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1982.
- LLERENA, Pablo, PIZARRO, Angel S., e IBARGUREN, Federico, “Sistema Torrens. Informe de la Comisión Especial”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 83, pp. 341 y ss.
- LOCKE, John, *Two treatises of government*, Whitmore and Fenn, Charing Cross and C. Bronw, London, MDCCCXXXI.
- *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan J., “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 12 de diciembre de 1991, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXII, 1993, pp. 165 y ss.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, Zavalía, Buenos Aires, 1976.
- *Curso introductorio al derecho registral*, coeditado por el Colegio de Escribanos de Tucumán y Zavalía, Buenos Aires, 1983.
 - *Derechos reales*, Zavalía, Buenos Aires, 1989.
 - “La reivindicación por el comprador”, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán*, 1958-3, pp. 283 y ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, BdeF, Buenos Aires, 2015.
- LÓPEZ OLACIREGUI, José M., “La Tradición Traslativa de Dominio: Aspectos Jurídicos y Notariales”, *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 707, pp. 1185 y ss.

- LUQUI, Roberto E., “El Digesto Jurídico Argentino”, *La Ley*, 2014-E, pp. 903 y ss.
- MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil*, Félix Lajouane editor, Buenos Aires, 1898.
- MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, traducción de Juan R. Capella, Trotta, Madrid, 2005.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, 7° edición, Zavalía, Buenos Aires, 2004.
- “Derechos reales inmobiliarios: ¿Inscripción constitutiva?”, *La Ley*, 2012-A, pp. 1037 y ss.
 - “El poseedor en virtud de boleto de compraventa”, *La Ley*, 141, pp. 941 y ss.
- MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalía, 2016.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 6° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, “Estudio de títulos de dominio”, *Gaceta del Notariado*, Santa Fe, año 9, mayo/diciembre de 1970.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, Barcelona, 2008.
- MARTÍNEZ, Zenón, “¿Es cesible la acción reivindicatoria?”, *Homenaje a Zenón Martínez*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1945, pp. 687 y ss.
- MAYO, Jorge A., “Riesgo de la obligación del contrato y riesgo”, *La Ley*, 2003-E, pp. 1370 y ss.
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen IV, traducción a cargo de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1969.
- MENGER, Antonio, *El Derecho civil y los pobres*, traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.
- MIRANDA, Marcelo W., “La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos”, *Revista del*

Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 729, pp. 973 y ss.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La tradición traslativa del dominio. El Código civil español y el sistema iberoamericano”, *Revista de Derecho Privado*, 2004, pp. 771 y ss.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, “La registración como modo de adquisición del dominio”, *La Ley*, 2012-A, pp. 1021 y ss.

– “Principales reformas en materia de derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (noviembre), 17/11/2014, pp. 165 y ss.

– *Manual de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

MOLINARIO, Alberto D “La enseñanza de los derechos reales que integran el derecho civil”, Separata de los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, tomo XVIII, 1959.

– *De las relaciones reales*, La Ley, Buenos Aires, 1965.

– *Derecho patrimonial y derecho real*, La Ley, Buenos Aires, 1965.

MONTEJANO (H), Bernardino, *Curso de derecho natural*, 4° edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Altaya, Barcelona, 1993.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de teoría fundamental del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORALES MORENO, A. M., *Posesión y usucapión*, CSIC, Madrid, 1972.

MUSTO, Néstor J., *Derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1989.

NEPPI, Víctor, “Naturaleza jurídica del pago”, *La Ley*, 33, pp. 483 y ss.

NICOLAU, Noemí L., ARIZA, Ariel, FRUSTAGLI, Sandra, y HERNÁNDEZ, Carlos A., *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

NUÑEZ LAGOS, Rafael, “El Registro de la Propiedad español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 250, 1949, pp. 137 y ss.

- ORELLE, José María, en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo II (Director del tomo: José W. Tobías).
- ORGAZ, Alfredo, *La culpa (actos ilícitos)*, Lerner, Córdoba, 1970.
- OSSOLA, Federico A., en LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo V.
- OVEJERO, Daniel, *La posesión*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942.
- PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, 3º edición, Astrea, Buenos Aires, 2012.
- PAU PEDRÓN, Antonio, “Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios”, *Boletín de Información, Ministerio de Justicia de España*, 1991, pp. 3364 y ss.
- “Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, pp. 2187 y ss.
 - *La publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.
- PELÈ, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, N° 1, 2004-2005, pp. 9 y ss.
- PENA LÓPEZ, José M., *Concepto del derecho real*, Tórculo ediciones, 1998.
- PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho civil. Derechos reales*, TEA, Buenos Aires, 1973.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.
- PEPE, Marcelo A. y MENDIZÁBAL, Gonzalo A., “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, *La Ley*, 2009-D, pp. 871 y ss.

- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales. Numerus apertus y numerus clausus*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar, “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, pp. 201 y ss.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 15, UNED, Madrid, 2000, pp. 25 y ss.
- PÉREZ SIMEÓN, Maurici, “La transmisión de la propiedad en el nuevo código civil de la Federación Rusa”, *Anuario de Derecho Civil*, 2000, pp. 981 y ss.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, traducido de la novena edición francesa por José Ferrández González, Albatros, Buenos Aires, 1961.
- PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad civil del titular registral de un automotor y la ley 22.977”, *JA*, 1985-II, pp. 796 y ss.
- *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- PUFENDORF, Samuel, *Le droit de la nature et des genes*, traducción del original latino al francés por Jean Barbeyrac, Henri Schelte, Amsterdam, 1706.
- PUIG BRUTAU, José L., *Fundamentos de derecho civil*, 2° edición, Bosch, Barcelona, 1971, tomo III, Vol. I.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, 2° edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- *Los fines del derecho*, UNAM, México DF, 1981.
 - *Relativismo y Derecho*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “La seguridad como motivo radical de lo jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 239, UNAM, pp. 225 y ss.

- RIGNAUD, Luis, *El derecho real*, trad. por J. R. Xirau, Madrid, Reus, 1928.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducido por Delia García Daireux y supervisado por Jorge Joaquín Llambías, La Ley, Buenos Aires, 1965.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1948.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, “*Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. IV, pp. 1687 y ss.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 4º edición, Porrúa, D.F., 1976, tomo III “Bienes, Derechos reales y posesión”.
- ROSSI, Abelardo F., *Aproximación a la Justicia y a la Equidad*, EDUCA, Buenos Aires, 2000.
- ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social*, Panamericana, Bogotá, 1988.
- RUIZ MORENO, Isidoro (h), “Cesibilidad de la acción reivindicatoria”, *Rev. Fac. Der. Bs. As.*, año VII, N° 24, p. 534.
- RUSSOMANNO, Mario C., “Adquisición y transmisión de derechos reales sobre inmuebles”, *JA*, 1971, pp. 571 y ss.
- SABSAY, Daniel A., *Manual de derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, 2º edición, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- SALAS, Acdeel E., “La compraventa y los alquileres adeudados al día de la tradición del inmueble vendido”, *JA*, 66, pp. 486 y ss.
- “La naturaleza jurídica del pago”, *JA*, 1050-I, pp. 22 y ss.
- SALERNO, Marcelo U., *Derecho civil profundizado*, UMSA y Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- “Conocimiento de la norma ante el recaudo de su publicidad”, *La Ley*, 1995-D, pp. 448 y ss.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, 4º edición, actualizada por Sofanor Novillo Corvalán, TEA, Buenos Aires, 1952.

- *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, 6° edición, actualizada por Enrique V. Galli, TEA, Buenos Aires, 1952.
- *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales*, 5° edición, actualizada por Manuel J. Argañarás, TEA, Buenos Aires, 1961.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Breves reflexiones sobre las adquisiciones a *non domino* de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, N° 54, 2001, pp. 1555 y ss.

SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo IV.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de derecho civil*, 2° edición, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, tomo III.

SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas generales del derecho civil*, traducción y concordancias de Derechos español por A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, tomo II “Derecho de las cosas”.

SAVIGNY, *Tratado de la posesión, según los principios del derecho romano*, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid, 1845.

- *Le droit des obligations*, deuxième édition, traducido del alemán y con notas de C. Gerardin y Paul Jozon, Paris, 1873.

SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881.

SMAYEVSKY, Miriam, PENNA, Marcela A. y BRACAGLIA SOLÁ, Ana C. L., LORENZETTI, Ricardo L. (Director) y DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo I.

SIPERMAN, Arnoldo, *La tradición traslativa del dominio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

SOTO, Alfredo M., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires,

2016, tomo XI (Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto).

SOZA RIED, María de los Ángeles, “La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico?”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 2, 2003, pp. 287 y ss.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1968.

- “La reivindicación de la cosa antes de su tradición”, *La Ley*, 12, pp. 860 y ss.
- “El constituto posesorio en nuestro derecho”, *JA*, 52, pp. 614 y ss.
- *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1969.

SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.

STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, traducción y notas del Derecho español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, tomos II (Director de los tomos: José W. Tobías).

- “Apariencia jurídica”, *La Ley*, 1994-D, p. 316.

TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes*, traducción de Carlos Ignacio González, Porrúa, México, 1990.

TRAVIESO, Juan A., “El derecho internacional en el digesto jurídico argentino”, *Sup. Especial. Digesto Jurídico Argentino*, 2014 (junio), p. 54.

TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa”, *La Ley*, 1989-E, p. 8.

- “Exención de responsabilidad del titular registral del dominio de un automotor después de la ley 22.977”, *La Ley*, 1996-C, pp. 611 y ss.
- en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2016,

tomo IV (Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso).

ULPIANO, *Las reglas de Ulpiano*, texto latino-español, con un estudio introductorio y notas explicativas de Julio César Navarro Villegas, CreateSpace Independent Publishing Platform, Estados Unidos de Norteamérica, 2015.

VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de derechos reales*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969.

VALLEY DE GOYTISOLO, Juan B., “La propiedad en Santo Tomás de Aquino”, *Revista de estudios políticos*, N° 195-196, 1974, pp. 49 y ss.

- “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, *Revista Jurídica del Notariado*, N° 33, 2003, pp. 207 y ss.
- “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino”, en CÓRDOBA, Marcos (Director), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo II “Doctrina Extranjera”.

VARELA GIL, Carlos, “El origen de la mancipatio: de medio de publicidad dominical a modo de adquirir la propiedad”, *Revista General de Derecho Romano*, N° 9, 2007, pp. 37 y ss.

VÁZQUEZ, Gabriela A., “Objeto de los derechos reales”, *Anuario del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tomo I*, Buenos Aires, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, pp. 89 y ss.

- “Poseedor de boleto y embargo”, *La Ley*, 2007-F, pp. 499 y ss.

VÁZQUEZ, Gabriela A., y PEPE, Marcelo A., “Renovadas polémicas en los derechos reales”, *JA*, 2012-II, pp. 1039 y ss.

VIDELA ESCALADA, Federico, *La causa final en el derecho civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

VIGO, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 3, N° 6, 1998, pp. 495 y ss.

VILLARES PICÓ, Manuel, “Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mutación jurídica sobre inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°s 348-349, 1957, pp. 289 y ss.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1956, tomo VI.

VILLEY, Michel, *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, traducción a cargo de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.

– *Compendio de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979.

ZANNONI, Eduardo A., *Elementos de la obligación*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., “Daños con las cosas y por el riesgo o vicio de la cosa”, en *JA*, 1983-IV, pp. 634 y ss.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sentencia del 03/04/1986, “Club Comunicaciones c. Universidad Nacional de Buenos Aires”, *Fallos* 308:452 - *La Ley*, 1987-A, p. 273.

Sentencia del 11/12/1986, “Inverfin, Cía. Financiera, S.A. c. Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, 1987-C, p. 144.

Sentencia del 15/10/1987, “Prille de Nicolini, Graciela Cristina v. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 310:2103 y *La Ley*, 1988-A, p. 217.

Sentencia del 05/05/1992, “Anzalaz, Dionisio Miguel - cesación (autos Anzalaz, D. M. c. Estado Provincial de La Rioja)”, *La Ley Online*.

Sentencia del 19/12/1995, “Martínez, “Hugo O. v. Provincia de Buenos Aires s/ cobro de australes”, *La Ley Online*.

Sentencia del 13/08/1998, “Giménez Zapiola Viviendas S.A. v. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *La Ley Online*.

Sentencia del 21/05/2002, “Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, *Fallos* 325:1156.

Sentencia del 10/11/2015, “Martínez Pérez, José Luis c. Palma, América y otros s/ medida cautelar s/ casación”, *La Ley*, 03/12/2015, p. 7.

2. Tribunal Supremo de España

Sentencia del 22/03/1930, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1930, pp. 31 y 788;

Sentencia del 25/04/1949, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1949, p. 568.

Sentencia del 22/03/1952, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1952, p. 506.

Sentencia del 9/06/1954, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1954, p. 1595.

Sentencia del 12/06/1961, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1961, p. 2362.

Sentencia del 18/04/1974, *RCDI*, N° 508, p. 686.

Sentencia del 8/07/1983, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1983, p. 4122.

Sentencia de 7/02/1985, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1985, p. 538.

Sentencia del 30/06/1989; *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1989, p. 4800.

Sentencia del 3/03/1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1992, p. 2156.

Sentencia del 12/05/1992, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1992, p. 3916.

Sentencia del 13/05/1995, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1995, p. 4233.

Sentencia del 1/07/1995, *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1995, p. 5421.

3. Juzgado Nacional en lo Civil

Nº 25, firme, 20/05/1974, “Megna de Pagano, María J. c/ Pagano, Rosario J. s/escritura de usufructo”, sentencia de Jorge Horacio Alterini.

4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

En pleno, 11/11/1958, “Arcadini, Roque (sucesión) c/ Maleca, Carlos”, *La Ley*, 92, p. 463; *JA*, 1958-IV, p. 427.

En pleno, 11/05/1977, “Dodero, Hipólito C. c. Consorcio de propietarios Neuquén 566/88/90 y/u otro”, *La Ley*, 1977-B, p. 424 - *ED*, 73-276.

Sala C, 08/09/1977, “Salomón de Bichara, María F. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, *ED*, 75-239.

Sala F, 03/11/1978, “Trevisán, José c. Zimmer, José y Monfasani, Juan c. Zanardi de Ferraris, Margarita”, *La Ley Online*.

Sala F, 14/11/1978, “Marciales, Juan, suc. y otra c. N. N. Alvarez Jonte 4072/76”, *La Ley*, 1979-D, p. 103.

Sala C, 21/11/1978, “Todros, José R. y otros c. Todros, Fraser, Jorge”, *La Ley*, 1979-B, p. 259 – *ED*, 83, p. 298.

Sala F, 27/08/1979, “Sigfrido, S. A. en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada, Mario”, *La Ley*, 1980-D, p. 295 - *ED* 87, p. 252.

Sala C, 22/11/1979, “Petrasca, Antonio A. c. Corona Martínez. Enrique A. y otras”, *La Ley*, 1980-B, p. 328.

Sala B, 19/02/1980, “Macor, Mario L. c. Sasso de Copello, María E. y otros”, *LA LEY*, 1980-B, p. 216 – *ED*, 87, p. 484.

Sala D, 08/10/1980, “La Holando Sudamericana, Cía. de seguros c. Milredes, S. R. L.”, *La Ley Online*.

Sala G, 20/08/1981, “Prezza, Pedro c. Braun, Arón s/repetición de pago y daños y perjuicios, Kanmar, S. A. c. Braun, Arón s/consignación”, *La Ley*, 1981-D, 419.

Sala C, 26/04/1983, “Bloomfield, J. A. c. Autopistas Urbanas, S. A. y otros”, *La Ley Online*.

Sala B, 09/12/1983, “Cendon, Gregorio y otros c. Bosio, Alejandro A.”, *La Ley Online*.

Sala D, 10/04/1984, “Copati, Daniela y otros c. Rolando, Juan M.”, *La Ley*, 1985-A, p. 14.

Sala D., 04/05/1984, “Zapata, Ana F.”, *La Ley Online*.

Sala A, 19/06/1986, “Krabbe King y Cía., S. R. L. c. Ayamendi, Soc. en Com. por Accs. y otra”, *La Ley*, 1986-E, p. 37 - *DJ*, 1987-1, p. 64.

Sala C, 08/08/1986, “Martínez, Carlos c. Almagro Construcciones, S. A.”, *La Ley* 1987-A, p. 66

Sala C, 23/03/1993, “Durán Peralta, Tomás c. Mecher de Valenzuela”, *La Ley*, 1993-E, p. 508 - *DJ* 1994-1, p. 484.

En pleno, 09/09/1993, “Morris de Sotham, Nora c. Besuzzo, Osvaldo P.”, *La Ley*, 1993-E, p. 586 - *DJ*, 1993-2, p. 909.

En pleno, 18/02/1999, “Servicios Eficientes S.A. c. Yabra, Isaac”, *La Ley*, 1999-B, p. 384.

Sala H, 18/03/1999, “L., L. S. c. Bauen S.A.”, *La Ley*, 1999-F, p. 80.

Sala B, 25/10/1999, “Consortio de propietarios 2625/53 c. Millet y Company Libertad”, *La Ley*, 2000-C, p. 924.

Sala A, 25/10/2001, “Ferrai Hnos. e Hijos c. Edesur S.A.”, *RCyS*, 2001-VI, p. 114; *RCyS*, 2001, p. 990.

Sala E, 13/09/2005, “Torres, Martín O. c. Supermercados Ekono S.A.”, *DJ*, 11/01/2006, p. 80.

Sala M., 22/02/2006, “Bergese, José A. c. intrusos y/u ocupantes”, *La Ley Online*.

Sala E, 26/04/2006, “Brenelli, Oscar J. B. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otro”, *DJ*, 04/10/2006, p. 377.

Sala L, 29/08/2006, “Balsarini, Angela D. c. Lubrimax y otro”, *RCyS*, 2006, p. 1327.

Sala J, 09/03/2007, “Peralta, Petrona c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley Online*.

Sala C, 18/05/2007, “Garber, Ricardo Elías c. Kazez, Ester Bienvenida”, *La Ley Online*.

Sala L, 26/11/2008, “Cian, Martha Ramona y otro c. Empresa Technicals S.R.L. y otros”, *La Ley Online*.

Sala L, 05/07/2011, “Cons. de Prop. Avda. Rivadavia 3033 c. Leven S.A. y otros s/ daños y perjuicios derivados de la vecindad”, *La Ley Online*.

Sala C, 14/11/2013, “Chiozza, María Cristina c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *RCyS*, 2014-IV, p. 116.

Sala J, 08/04/2014, “S. M. Y. y otros c. Edenor s/ daños y perjuicios”, *ED*, 257, p. 552 - *RCyS*, 2014-VII, p. 162.

Sala F, 02/06/2014, “L. L., A. A. c/. A. D. Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, *La Ley*, 2014-F, p. 486 – *RCyS*, 2015-I, p. 59.

Sala J, 08/04/2015, “Bonzoni, Luisa c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Bs. As. Hospital Ita. y otro s/ daños y perjuicios”, *La Ley Online*.

5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala D, 14/10/1993, “Benvenuto de Yudgar Vicenta, tercera de dominio en: Aciso Banco Coop. Ltda. c. Steinvortzel, Benito”, *La Ley Online*.

Sala E, 04/02/2004, “Salem, Jaime c. Schvartzman, Leonardo”, *DJ*, 2004-3, p. 75.

6. Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal

Sala II, 02/08/1988, “Ventrucci, Edgardo A. c. Banco de la Nación Argentina”, *La Ley*, 1989-A, p. 107.

Sala III, 21/05/1996, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. Instituto Municipal de Obra Social”, *La Ley*, 1996-D, p. 476 – *DJ*, 1996-2, p. 534.

7. Cámara Nacional de Apelaciones Especial Civil y Comercial

Sala IV, 28/06/1978, “Wiben, S. R. L. c. Consorcio de propietarios Acevedo 240/242”, *La Ley Online*.

En pleno, 18/08/1980, “Morrazo, Norberto R. y otro c/ Villarreal, Isaac y otros”, *JA*, 1981-II, p. 271.

Sala V, 21/04/1987, “Roldán, Aparicio c. Guarnaccia, Liberato y otro”, *La Ley*, 1989-B, p. 618 – *La Ley*, 1989-C, p. 631 – *DT*, 1987-B, p. 1127.

8. Cámara Nacional de Paz

Sentencia del 18/09/1963, “Richmond Hotel, S.R.L. c. Argentina Nueva, Cía. Gral. de Navegación”, *La Ley*, 112, p. 175.

9. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala V, 21/04/1987, “Roldán, Aparicio c. Guarnaccia, Liberato y otro”, *La Ley*, 1989-B, p. 618 – *La Ley*, 1989-C, p. 631 – *DT*, 1987-B, p. 1127.

Sala VI, 17/03/2015, “Silveti, Jorge Ricardo c. Industria Papelera Sudamericana S.A. y otro s/ accidente - acción civil”, *RCCyC*, 2015 (julio), p. 287.

Sala X, 17/02/2009, “García, Gastón Alexis c. Edesur S.A. y otro”, *La Ley Online*.

Sala X, 28/02/2013, “Titizano Calla Rodolfo c. Stieglitz Construcciones S.A. s/ley 22.250”, *La Ley Online*.

10. Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia

Sentencia del 18/11/1997, “González Osterode, Rafael A. c. Lomonaco, Héctor”, *LLLitoral*, 1998-2, p. 837.

11. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Sentencia del 07/11/1995, “Firinu, Angel A. c. Frigorífico Alca S. R. L. y otros”, *La Ley Online*.

Sentencia del 19/02/2002, “Guatto de Minchín, Olinda Josefina C/ Maidana Pablo Damián y otros S/ Daños y perjuicios”, Ac. 78.032.

12. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos

Sentencia del 01/03/2005, “Marco, Eugenia B. y otro c. Nidera Argentina S.A. y otro”, *LLLitoral*, 2005 (julio), p. 598.

13. Superior Tribunal de Justicia de Jujuy

Sentencia del 24/06/2014, “Burgos, Miguel Ángel; Burgos, Ricardo; Burgos, Carmen Raquel del Valle; Burgos, René Máximo; Burgos, Susana Tomasa y Burgos, Carlos Alberto c. Balut, Jorge Celín; Balut,

Víctor Hugo; Balut, Carlos Alberto y quienes resulten titulares del inmueble del Padrón A-3742 s/ordinario por prescripción adquisitiva s/recurso de inconstitucionalidad”, *LLNOA*, 2014 (diciembre), p. 121.

Sentencia del 07/09/2015, “Zambrano, Carlos y Zambrano, Claudia c. Toconás, Ester Santos; Sajama, Alejandro; Municipalidad de Tilcara s/ interdicto posesorio de recobrar”, *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 2016 (marzo), p. 26 – *LLNOA*, 2016 (marzo), p. 171.

14. Corte Suprema de Justicia de Tucumán

Sala civil y penal, 03/10/1996, “Petroil S.A. c. Rey, Francisco”, *LLNOA*, 1998, p. 339.

15. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata

Sala III, 16/10/1979, “Gaurie, Juan C. c. Kremer e Hijo, S. A., Simón”, *La Ley Online*.

Sala III, 28/02/2008, “L. de S., R. C. v. V., O. A. y otros s/ Desalojo Falta de Pago”, *La Ley Online*.

16. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy

Sala II, 05/05/2014, “Z., C. y otra c. Toconás, Ester Santos y otros s/ interdicto posesorio de recobrar”, *LLNOA*, 2014 (septiembre), p. 889 – *LLNOA*, 2014 (octubre), p. 941.

17. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 6ta Nominación de Córdoba

Sentencia del 03/03/2004, “Renella, Héctor E. c. Vázquez, Elsa A.”, *LLC*, 2004 (julio), p. 625.

18. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 7ma Nominación de Córdoba

Sentencia del 29/06/1983, “García, Carlos c. Alvarez Alonso, Agustín”, *La Ley Online*.

Sentencia del 18/08/1988, “Bonilla, Carlos H. c. Bernard, Yolanda O.”, *La Ley Online*

19. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la 8va Nominación de Córdoba

Sentencia del 14/04/1993, “Astrada, Eduardo”, *LLC*, 1993, p. 522

Sentencia del 20/11/2003, “Bruno, César M. y O. c. Empresa Constructora Delta”, *LLC*, 2004 (diciembre), p. 1231.

20. Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y del Trabajo de Villa María, Córdoba

Sentencia del 18/11/1983, “Ochoa, Oscar M. c. Gallo, Omar E.”, *La Ley Online*.

21. Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén

Sentencia del 03/03/2009, Sala I, “Baca Cau, César Augusto c. González, Martín S. y otro”, *La Ley Online*

22. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia

Sala III, 20/11/1995, “Galarza, Irma E. y otro c. Supercimiento S.A. y otros”, *LLLitoral*, 1997, p. 262

Sala IV, 04/09/2012, “Medina, Cristian Nelson c. Rivolta, Julian José y/o quien resulte Propietario, Usuario y/o Usufructuario del Vehículo Dominio BBH-300 s/ daños y perjuicios y daño moral”, *La Ley Online*.

23. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario

Sala I, 20/03/2007, “Constantino, Ruben Orlando”, *LLBA*, 2007 (julio), p. 691.

24. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta

Sala III, 26/08/2016, “R., E. V. A. c. G. O., A. S. y/o quien resulte civilmente responsable s/ – Sumario - Daños y perjuicios por accidente de tránsito”, *RCyS*, 2016-XII, p. 176.

25. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas

Sala III, 09/03/2006, “Pereira, Carlos R. c. Morand, Jorge A.”, *LLLitoral*, 2007 (febrero), p. 88.

26. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes

Sala I, 20/03/2007, “Constantino, Ruben Orlando”, *LLBA*, 2007 (julio), p. 691.

Sala III, 04/07/2012, “Bonafina, Carlos Domingo c. Tribu de Rondeau s/Prescripción Adquisitiva de Dominio”, *La Ley Online*.

Sala I, 04/08/2016, “M., M. A. y otros c. Tribu de Rondeau y otra s/ prescripción adquisitiva”, *La Ley*, 2016-E, p. 461.

27. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón

Sala II, 28/06/1994, “Vasconcel, Alejandro c. Cabrera, Florencia”, *La Ley Online*.

Sala II, 18/05/2000, “C., C. R. c. Comcenter S. A.”, *LLBA*, 2001, p. 1052.

28. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino

Sentencia del 27/10/2009, “Arias, Eduardo Raúl y otros c. Gimenez, Marcelo Fabian y otros”, *La Ley Online*.

29. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro

Sala II, 26/02/2004, “Marinetto, Rodolfo V. y/o v. Lodeira, Patricia B. y/o s/pago por consignación”, *La Ley Online*.

30. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín

Sala I, 08/09/2004, “Hernandez Bonaro, Mónica v. Consorcio copropietarios Amadeo Sabbatini n° 4792/96 s/ Consignación”, *La Ley Online*.

31. Cámara de Apelación Civil y Comercial de Tucumán

Sala III, 22/05/2007, “Cruz, Faustina c. Suc. Corbacho Fernández Camilo”, *LLNOA*, 2007 (septiembre), p. 855

32. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca

Sala II, 20/09/1990, “Bercheche S. A., Eleodoro c. Agropecuaria Don Antonio y otros”, *La Ley*, 1991-D, p. 320.

Sala II, 25/03/1997, “Verdinelli, Emilio c. Consorcio de Propietarios Monoblock G. calle Newton 1125 Barrio Tiro Federal”, *LLBA*, 1998, p. 623.

Sala II, 02/05/2006, “Espinoza Ross, Juan I. c. Damiani, María E. y otra”, *La Ley*, 2006-D, p. 355– *LLBA*, 2006, p. 634 – *RCyS*, 2006-VI, p. 121.

33. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata

Sala I, 25/09/1996, “Lastra, Federico, suc. y otro c. Schwitzer, Mauricio y otros”, *LLBA*, 199-1035.

34. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza

Sala I, 20/09/2007, “Cabrerá, Sara A. y otro c. Díaz, Luis E. y otro”, *La Ley Online*

Sala I, 23/10/2008, “Bevilacqua, Natalia c. Suárez, Carlos”, *La Ley Online*.

Sala I, 05/11/2013, “Vera, Cristian Nelson c. Romero, Sergio Daniel y otro s/ daños y perjuicios”, *RCyS*, 2014-I, p. 136 – *LLBA*, 2014 (abril), p. 326.

35. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora

Sala I, 24/02/1981, “Larrea, Osvaldo S. c. Rojas de Figueroa, Laurentina”, *La Ley Online*.

Sala I, 26/09/2006, “Basabe, Horacio y otra c. Miodyk, Dino y otros”, *LLBA*, 2007 (febrero), p. 67

36. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Concepción del Uruguay

Sentencia del 04/09/2015, “Paz, Roberto Enrique s/prescripción adquisitiva”, *La Ley Online*; CSJN, 15/07/2014, “M., N. A. c. E.N.A. - O.N.A.B.E. s/prescripción adquis.”, *La Ley*, 12/08/2014, p. 7; *DJ*, 01/10/2014, p. 31; *RCCyC*, 2016 (marzo), p. 287.

37. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de San Juan

Sala I, 26/11/2008, “U., J. E. c. Giménez, Miguel B. y Tac Ltda.”, *LLGran Cuyo*, 2009 (abril), p. 299.

38. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa

Sentencia del 26/09/1980, “Luquez, Pedro E. y otro c. Pérez Marolle, Carlos M. y otros”, *La Ley Online*.

39. Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza

Sentencia del 04/12/2009, “Ortiz, Melania Edelmira c. Empresa Provincial Transporte de Mendoza”, *LLGran Cuyo*, 2010 (abril), p. 270

40. Cámara de Paz de Santa Fe

Sentencia del 26/07/1978, “Martini de Di Paolo, Rosa A. c. Pujato, María y otros”, *La Ley Online*.

41. Cámara de Apelaciones del Noroeste de Chubut

Sentencia del 18/09/2007, “G., L. F. c. A., F. R.”, *La Ley Online*.