

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

“EFICACIA DE LAS CLAUSULAS ESCRITURARIAS EN EL PERFECCIONAMIENTO y/o FORMACIÓN DEL MODO SUFICIENTE.”

Tema IV:

NOVEDADES EN EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS REALES EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Coordinador Nacional: Escribano Marcelo de Hoz

NI PURO PACTO , NI PURO HECHO

Los textos romanos, que se sindicaron como antecedentes indispensables para el posterior desenvolvimiento de la teoría del título y del modo, atañen al Código (2, 3, 20): "el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por el simple pacto", y al Digesto (41, 1, 31, Paulo): "la nuda tradición nunca transfiere el dominio si no se hubiera precedido de una venta u otra justa causa"

Autor: LAURA CHIAPPINOTTO
laurachiappinotto@hotmail.com
teléfono :2615011620

INDICE SUMARIO:

I. PONENCIA : Enunciado.

II. DESARROLLO.

a. Introducción

La evolución del pensamiento jurídico . El largo trecho desde *el dominus romano, con título y modo de Vélez Sarsfield* , al *titular del derecho real con título y modo suficientes del código civil y comercial de la Nación Argentina.*

b. Enunciación de algunas innovaciones en materia de derechos reales

a.1 Modo “Suficiente” para *todos* los derechos reales, menos para el .
derecho real hipoteca y el derecho real de servidumbre

a.2 Plazo para la entrega en la transferencia de inmueble: .
concurrentemente con la escrituración , si no se ha hecho ya con anterioridad (art.1139 CCCN) . Sanción por incumplimiento.

a.3 Las cláusulas escriturarias referidas al modo suficiente, y su .
eficacia, entre las partes y respecto de terceros

c. Fundamentación e Importancia del tema

d. Propuestas de Interpretación de los enunciados de la PONENCIA

III. CONCLUSIÓN.

IV. BIBLIOGRAFIA

PONENCIA:

- I. **La tradición posesoria , que consiste en actos materiales de al menos una de las partes que otorguen un poder de hecho sobre la cosa o “bien”, a favor de otra ,entre ellas , esos actos pueden ser suplidos por sus declaraciones- incluso unilaterales- , por disposición expresa del artículo 1924 CCCN**
- II. **El plazo de entrega del inmueble , si no se hubiera ya entregado, “debe” ser en el mismo acto de la escrituración por disposición del artículo 1139 del CCCN, constancia de lo cual se sugiere dejar en la escritura respectiva a los efectos de la publicidad cartular – art. 1983 CCCN , del nacimiento del derecho real , además de otras publicidades que pueda tener .**
- III. **Las cláusulas escriturarias que reflejan el modo suficiente ,son eficaces y oponibles respecto de las partes ¹ de manera que las lo completan y perfeccionan en tanto que exteriorizan los motivos o causa incorporándolos en forma expresa ² ; pero dichas cláusulas perfeccionadoras , serán “esenciales” - ya que la posesión no se adquiere sin ellas- cuando los hechos**

¹ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa. **ARTÍCULO 1924.- Tradición.** Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, *los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla. (la aclaración entre comas , con relación a terceros, infiere que entre las partes las declaraciones pueden suplir a los hechos materiales)*

² **ARTÍCULO 281.- Causa.** 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.

materiales no puedan explicar la causa de la posesión.³

DESARROLLO :

a. Introducción :

La evolución del pensamiento jurídico . El largo trecho desde *el dominus romano, con título y modo de Vélez Sarsfield* , al *titular del derecho real con título y modo suficientes del código civil y comercial de la Nación Argentina*.

Nuestra actual legislación mantuvo y adoptó , afortunadamente, para los modos derivados de adquirir los derechos reales, siempre dentro del ámbito propio de las transmisiones entre vivos, la dicotomía que deviene del sistema románico de título y modo . Los textos romanos, que se sindicaron como antecedentes indispensables para el posterior desenvolvimiento de esta teoría del título y del modo, atañen al Código- romano- (2, 3, 20) en cuanto dice : "*el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por el simple pacto*", y al Digesto (41, 1, 31, Paulo) en cuanto dice : "*la nuda tradición nunca transfiere el dominio si no se hubiera precedido de una venta u otra justa causa*". Estas oraciones las podríamos sintetizar en la frase : "***ni puro pacto ni puro hecho*** " ya que ante una posesión incausada , sin motivo alguno, ese acto jurídico debe adecuarse bajo pena de nulidad o extinción ⁴ , y a la vez que los meros pactos desprendidos de hechos materiales , no conforman el concepto clásico de tradición , ni se cumple la función publicitaria de la

³ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

⁴ **ARTÍCULO 1013.- Necesidad.** La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

posesión. De manera que, aunque los elementos son dos , están estrechamente ligados entre sí , y con la causa o fin inmediato determinante de la voluntad de las partes.

Partiendo de estos textos romanos antiguos, fue recién en la Edad Media e inicios de la Edad Moderna , que el filósofo alemán Juan Apel -en el siglo XVI – empleó por primera vez los términos *título y modo* , desarrollando a partir de allí la teoría que la práctica ha consagrado y a la cual , Vélez Sarsfield en el código derogado , y posteriormente el código civil y comercial de la Nación ley 26994/14 , adhirieron.

El principio cardinal es que toda transmisión requiere una causa ⁵, título idóneo o suficiente y una entrega. La terminología empleada por la doctrina para explicar estos principios ,habla de posibilidad y efectividad, causa eficiente y final, y causa próxima y remota, términos todos ellos enraizados en la Escolástica Aristotélica.

Muy relacionado con nuestro tema: *el “modo suficiente”* , está el desentrañar etimológicamente la palabra "tradición" , que proviene del latín "tradere", vocablo que significa "transmitir" y éste es el significado que tiene el nuevo nombre del modo : *tradición posesoria, que es “ transmitir la posesión”* , no la posesión a secas. En consecuencia cuando el CCCN habla entonces de posesión en el artículo 1909 , define la relación de poder que ya existe , luego de su adquisición por la tradición.

Descomponiendo a su vez éste elemento, *la tradición posesoria*, y siguiendo a Savigny, el solo hecho que la cosa haya sido entregada o de tener la cosa, más el título suficiente tampoco provocan el nacimiento del derecho real , hay que lograr la concurrencia de los elementos del elemento-corpus: la cosa o “ bien” más el “ánimus” : esto es comportándose como titular de un derecho real ⁶ y voluntariamente ⁷ - Nótese que ya no lo llamamos

⁵ **ARTÍCULO 726.- Causa.** No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

⁶ **ARTÍCULO 1909.- Posesión.** Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.

⁷ **ARTÍCULO 1922.- Adquisición de poder.** Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente:

ánimus domini , sino ánimus – de ser dueño o titular del derecho real , porque con el CCCN, tenemos un abanico de derechos reales sobre cosa propia como aclararemos más adelante-

Ya Vélez Sarsfield criticaba en la nota del artículo 577 del código civil derogado , al código civil francés , que adoptó en forma que pretendió ser innovadora la que el derecho real se constituía por el mero acuerdo de partes , teniendo en cuenta el solo contrato, elemento individual sin el elemento social , ya que podía pasar que las cosas que se convenía transmitir a veces no eran transmitidas , o que fueran transmitidas dos veces a distintas personas , de manera que esas convenciones deben ser acompañadas por signos tan visibles y públicos como sea posible, aludiendo a que “la publicidad es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció y que las legislaciones posteriores reconocieron” . No obstante ello , muy cierto por caso, interpretamos – y nos vamos adelantando en la exposición - *que las manifestaciones de las partes perfeccionan el modo suficiente, en cuanto a que lo reflejan , a la vez que exteriorizan la expresión de su voluntad ad effectum probationem ,y hacen conocida la causa de la posesión , ratificando las presunciones de legitimidad y buena fe del adquirente .*⁸

Aclaremos que la tradición posesoria como modo, debe además ser *suficiente*,⁹ de lo contrario no queda configurado o completado en cuanto elemento que constituye el derecho real y en consecuencia , el derecho real ,

⁸ **ARTÍCULO 1916.- Presunción de legitimidad.** Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley. **ARTÍCULO 1919.- Presunción de buena fe.** La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario.

⁹ El modo para ser suficiente, requiere de varios requisitos, entre ellos: que la cosa (o bien) sea entregada y que sea recibida por actos materiales , siendo oponibles entre las partes las manifestaciones que se hagan del que la entrega de entregarla o del que la recibe, art 1924 CCCN; que sean en forma voluntaria art. 1922 CCCN: nótese que una prueba de la voluntariedad de los actos es la manifestación expresa , en la misma escritura ; que no tenga contradictor - art. 1926 CCCN; , que sus otorgantes sean capaces- art. 1892-; ,que estén legitimados para ello art. 1892 CCCN en este punto adquiere importancia la legitimación objetiva por calificación notarial , o eslabonamiento de una relación de poder o derecho real uno respecto del otro .

si el modo es insuficiente , no nacerá, salvo por usucapión.

Lo cierto es que del modo a secas , posesión, o del juego de palabras “ posesión por medio de la tradición “ , se pasó a la consagración legal de la tradición posesoria como modo suficiente , lo cual indica una profunda evolución del pensamiento jurídico argentino, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

Ambos elementos constitutivos de los derechos reales , han sido definidos y fueron denominados por el artículo 1892 CCCN, como “*título suficiente*” y “*modo suficiente* “.

Estos términos , que no fueron los utilizados por el anterior código, *surgieron de la jurisprudencia nacional* - C. N. Civil sala D , 12/3/1991 ,LL, fs. 89737 , supl. del 17/9/91 - y fueron receptados por el proyecto de unificación del año 1998, y de allí fueron tomados por los codificadores del año 2014 .¹⁰

Vélez Sarsfield , no obstante ya había esbozado esos elementos en la nota al artículo 577 recientemente derogado, en la cual explicaba los sistemas vigentes al momento de la redacción del código ley 340/1871, y fundamentó su opción por la “ tradición” como forma de transmitir el derecho real .¹¹

Cabe destacar que en el código civil de Vélez Sarsfield , el más importante entre los derechos reales era el derecho real de dominio, ya que éste era el único derecho real sobre cosa propia ,con el condominio- , junto a un puñado de otros derechos reales – que eran los que recaían sobre cosa ajena- y así lo explicaba Vélez en las notas a los artículos 2502 y 2503 del código derogado , donde dice que “hemos juzgado conveniente aceptar el derecho puro de los romanos , que no reconoce al lado de la propiedad sino un pequeño número de derechos reales especialmente determinados”¹².

Hoy con el CCCN, tenemos varios derechos sobre cosa propia,¹³

¹⁰ GURFINKEL DE WENDI, Lilian, comentario al artículo 1892 CCCN , Código comentado RIVERA , Julio César, MEDINA Graciela Directores, tomo V, página 231, La Ley , año 2015.

¹¹ GURFINKEL DE WENDI, Lilian, ob cit pag 213 in fine.

¹² MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos Reales, tomo I pag 80 -

En el derecho romano , *el dominus* era el dueño y señor absoluto de la cosa , con título y posesión. Era el derecho más importante sobre cosa propia, además del condominio, ahora hay siete derechos sobre cosa propia.

¹³ **ARTÍCULO 1888.- Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real.** Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos

ellos son siete : el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria , *que junto con los siete restantes sobre cosa ajena , ya no podemos hablar de un puñado de derechos reales al lado del derecho real de dominio o propiedad como lo hacía Vélez.* Y como veremos más adelante , el modo está presente en ellos , y no solamente en el derecho real de propiedad como lo establecía el derogado art. 2351 , por lo que adelantamos en la exposición, al abrirse el abanico , aunque la causa se presume ¹⁴ si ésta ha sido expresada , la hace conocida, y es más fácil comprender frente a que relación de poder nos encontramos ya que pueden entrecruzarse un usufructuario quien puede constituir derechos reales de servidumbre y anticresis , uso y habitación , junto con derechos personales de uso y goce ¹⁵; asimismo en el Derecho Real de Tiempo Compartido, pueden coexistir haber relaciones reales y personales a la vez , conforme interpreta la prestigiosa jurista Alicia Puerta en el análisis del artículo 2088 CCCN ¹⁶, ó cuando el “ Derecho Real de Cementerio Privado “ concurre con el

inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena. Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.

¹⁴ **ARTÍCULO 282.- Presunción de causa.** Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera.

¹⁵ **ARTÍCULO 2142.- Derechos reales y personales.** El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien. *El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario.*

¹⁶ **ARTÍCULO 2088.- Bienes que lo integran.** *Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten,* y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados.

“Derecho Real de Sepultura “ en las partes comunes ¹⁷ ¹⁸, también puede no quedar clara la causa en el caso del superficiario quien puede o no tener propiedad superficiaria , entre otros múltiples ejemplos que podríamos dar.

Vemos entonces como hay un largo trecho desde *el dominus romano, con título y modo de Vélez ,con ánimus domini-* al *titular del derecho real con título y modo suficientes del código civil y comercial de la Nación Argentina*, ya que , se observa que si bien la raíz es romana, la teoría del título y del modo ha sufrido una profunda evolución y maduración.

b. Enunciación de algunas innovaciones en materia de derechos reales

b.1 Modo “Suficiente” para todos los derechos reales menos para la hipoteca y las servidumbres

En el derogado código de Vélez Sarsfield, como ya explicaremos , se hablaba expresamente de la posesión el derecho real de propiedad – art. 2351- , como si los otros derechos reales no la tuvieran.

La doctrina interpretó ¹⁹ que la posesión , como elemento constitutivo del derecho real, siempre debía estar .

La prestigiosa jurista Marina Mariani de Vidal, en su libro Derechos Reales, tomo I, pág. 116 , ya había advertido que la posesión integraba todos los derechos reales , no solo el de propiedad como literalmente decía el derogado artículo 2351 , sino que también había posesión tanto en el usufructuario como en el nudo propietario , también en el usuario , en el habitador, en el acreedor prendario y en el anticresista. Y como una premonición , más adelante en su mismo libro , Mariani de Vidal agrega – pág. 117 - que “ **a la posesión hay que mirarla en relación a cada derecho real en particular** “ punto al que nos seguiremos refiriendo más adelante , y ya

¹⁷ Sabene, Sebastián: La causa del titular del Derecho Real de Cementerio Privado es la afectación y la causa del titular del Derecho Real de Sepultura es el acto jurídico que le dio nacimiento(venta, donación, permuta, etc) .

¹⁸ “...en ambos casos – DRCP y DRS- el acto constitutivo o traslativo será la causa de la adquisición del derecho , que no ocurrirá sin el complemento *de la tradición* que resulta el modo suficiente por tratarse de un derecho real inmobiliario ejercible por la posesión “ – art. 1982 CCCN . SABENE Sebastián y PANIZZA Leopoldo , “ CEMENTERIO PRIVADO y SEPULTURA : nuevas situaciones jurídicas registrables” Trabajo de Doctrina, Ponencia .

¹⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos Reales , Tomo I, 7 Edición año 2004 , pag. 116.

hemos comenzado a esbozar , poniendo de relieve la importancia de las cláusulas escriturarias en el perfeccionamiento del modo en los distintos derechos reales , en los que se hace difícil presumir frente al ejercicio de cuál relación de poder nos encontramos, si la causa no está expresada, por ejemplo cuando puedan coexistir un derecho real de superficie con un derecho real de tiempo compartido , y un derecho real de usufructo , coexistiendo derechos reales y personales a la vez , como ya dijimos.

El vacío legal sobre la existencia del modo en todos los derechos reales , ha sido superado por el CCCN , en el cual se alude a la necesidad de la concurrencia de título y modo suficientes para todos los derechos reales – art. 1892 CCCN , y especialmente se especifica el requisito de la posesión para el Derecho Real de Anticresis – artículo 2212 CCCN, y en el Derecho Real de Prenda – artículo 2221 CCCN, dilucidando finalmente que el modo está ausente en el Derecho Real de Hipoteca ya éste es un derecho real que no se ejerce por la posesión , al igual que en la servidumbres ²⁰, aclarando para estas últimas el art. 1892 que el primer uso es modo suficiente en la adquisición de la servidumbre positiva. Y en cuanto al Derecho Real de Usufructo, el nudo propietario, aunque no tenga el uso y goce , igualmente posee , ya que conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho – art. 2151 CCCN, y el usufructuario, además de poseer, tiene el uso y goce de la cosa conforme a su destino –art. 2145 CCCN.

b.2 Plazo para la entrega del inmueble en los contratos de transferencia : art. 1139 CCCN-

Se requiere, como vimos , conforme al art. 1892 CCCN, la doble conjunción de los requisitos de “título” y “modo”, o “título suficiente” y “modo suficiente” para la adquisición del derecho real . La doctrina interpretaba con el

²⁰ **ARTÍCULO 1891.- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios.** Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión.

código civil derogado que no interesaba en que orden se cumpliera cada uno, ya que Vélez no aclaraba²¹

Innova en este sentido el CCCN respecto del derogado código civil, en cuanto establece un plazo para la entrega del inmueble en el contrato de compraventa – art. 1139 CCCN²².

Para el artículo ese plazo de entrega del inmueble “*debe*” ser inmediatamente a la escrituración, que analizando el significado etimológico de la palabra²³, significa, en el mismo acto, o si queremos interpretarlo en armonía con el resto de las normas del CCCN, en forma “concurrente” – art. 1892 CCCN, para el caso de la compraventa. Nótese que el artículo no dice “inmediatamente después de la escrituración” sino “inmediatamente de la escrituración” por lo que interpretamos que al no decir la palabra después, el momento es el mismo acto, en concurrencia con la escrituración.

En este punto cabe aclarar que cuando se alude a compraventa, ésta, puede ser de cualquier derecho real sobre *inmueble*²⁴.

Y obviamente se aplicará para el caso que el vendedor todavía no haya hecho entrega del inmueble con anterioridad. Lo que hace el artículo es

²¹ Sobre la irrelevancia del tiempo de realización de cada uno hay acuerdo en la doctrina: Alterini, Jorge Horacio, comentario al artículo 2609 del Código Civil en Código Civil Anotado. Tomo IV-A, Llambías, Jorge Joaquín, y Alterini, Jorge Horacio, Abeledo-Perrot, 1981, página 405. Por nuestra parte parece suficiente argumentar que si se considera que el artículo 2609 prevé el título antes que el modo, la alternativa inversa surge del párrafo agregado al artículo 2355 por el decreto-ley 17.711/68.

²² **ARTÍCULO 1139.- Tiempo de entrega del inmueble.** El vendedor debe entregar el inmueble inmediatamente de la escrituración, excepto convención en contrario.

²³ Inmediato: definición de la Real Academia Española: “. Sin interposición de otra cosa. Ahora, al punto, al instante.

²⁴ **ARTÍCULO 1124.- Aplicación supletoria a otros contratos.** Las normas de este Capítulo se aplican supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a: a. transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero. b...

poner un plazo máximo para la entrega del inmueble , pero puede pactarse un plazo mayor , ya que el artículo prevé una excepción, el pacto en contrario, por lo que interpretamos que dicho pacto , por ser excepción , debe ser expreso y por escritura pública ²⁵- por tratarse de un acto accesorio a otro acto que debe otorgarse por escritura pública .

Cuando alude el artículo a la compraventa, por interpretación análoga , se refiere también al leasing (art. 1250 CCCN) , permuta (art. 1175 CCCN) y dación en pago (art. 943 CCCN) ya que las normas de la compraventa se aplican analógicamente a estos contratos. Volveremos sobre este enunciado más adelante, en el acápite propuestas de interpretación.

Sanción legal para el caso de incumplimiento en la entrega del inmueble: Debe resaltarse que quien tiene título suficiente , pero no se le ha hecho tradición, no puede tomar la posesión por , sino que debe demandar su entrega (artículo 2239 CCCN). ²⁶ Es decir que , aunque el título sea suficiente , por lo cual será válido , si no se hace tradición posesoria al adquirente , éste no habrá adquirido el dominio del inmueble – art. 1892 CCCN. Y si toma la cosa por sus propios medios , la posesión ilegítima ya que no importará el ejercicio de un derecho, real o personal, constituido de conformidad a las previsiones de la ley (artículo 1916 CCCN) y solo sirve para adquirir el derecho real por la prescripción adquisitiva larga (artículo 1899 CCCN) . De la interpretación armónica de éstos artículos , consideramos que los actos jurídicos aunque válidos , el modo no habrá sido suficiente para adquirir el derecho real porque el transferente no cumplió con la obligación de

²⁵ **ARTÍCULO 1017.- Escritura pública.** Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; c. *todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública;*

²⁶ FALLO PLENARIO dictado por la Cámara Civil en pleno con fecha 24/10/1940 en autos “ Administración autónoma de propiedades con Banco Mercedes P.de” dijo Barraquero: “Por otra parte no debe confundirse la tradición que realiza el propietario al efecto de transmitir solamente la posesión , con el instrumento público mismo : el dominio de los inmuebles se pierde después de firmado el instrumento público de enajenación seguido de la tradición. Esta es la regla general, pero nada se opone , a que el vendedor al firmar un boleto de compraventa , realice anticipadamente la tradición del inmueble, y en ese caso aún no mediando escritura pública traslativa del dominio , el comprador incorpora a su patrimonio un derecho: la posesión de la finca , regida por disposiciones propias a ésta relación jurídica, y distintas, cuando no independientes, a las del dominio.

entregar la cosa en tiempo , y sin tradición posesoria no hay derecho real. Sólo tendrá el adquirente expedita la vía para demandar la entrega por las vías legales previa puesta en mora, o esperar los plazos legales para la prescripción adquisitiva larga.

b.3 Las cláusulas escriturarias referidas al modo suficiente y su eficacia

El nuevo ordenamiento ha innovado también respecto del anterior , en cuanto a que infiere que las cláusulas escriturarias son eficaces y oponibles respecto de las partes ²⁷ , de manera que estas cláusulas perfeccionan o completan el modo suficiente en tanto que exteriorizan los motivos o causa incorporándolos en forma expresa ²⁸ ; pero dichas cláusulas perfeccionadoras , serán “esenciales” - ya que la posesión no se adquiere sin ellas- cuando los hechos materiales no puedan explicar la causa de la posesión ²⁹ como son los casos de traditio brevi manu y constitutum possessorio, entre otros .

En este punto aclaramos que no sugerimos con estos

²⁷ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa. **ARTÍCULO 1924.- Tradición.** Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, *los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla. (la aclaración entre comas , con relación a terceros, infiere que entre las partes las declaraciones pueden suplir a los hechos materiales)*

²⁸ **ARTÍCULO 281.- Causa.** 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.

²⁹ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

razonamientos que los actos posesorios³⁰deban ser desestimados, ya que la tradición “debe” consistir precisamente , en la realización de actos materiales³¹ , pero hay veces , ahora que se ha abierto el abanico de posibilidades posibles de coexistencia y entrecruzamiento de distintas relaciones de poder , como hemos venido explicando , los hechos materiales no explican por sí solos la causa de la posesión , y donde la apariencia puede confundir , interpretamos que la causa de la posesión debe quedar expresada para ser comprendida y conocida.

Volveremos sobre este enunciado más adelante, en el acápite propuestas de interpretación.

b. Fundamentación e Importancia del tema.:

Las propuestas de interpretación que integran la ponencia , tienen por finalidad como venimos explicando, poner en relevancia los cambios en el nuevo código civil y comercial de la Nación Argentina ley 26.994/14 , relativos a la importancia de las cláusulas escriturarias respecto de las partes, para “perfeccionar” conjuntamente con los hechos materiales , y en casos puntuales para “formar” el *modo suficiente* , como elemento éste constitutivo de los derechos reales , junto con el *título suficiente* .

Asimismo , especificar en que casos las cláusulas escriturarias son esenciales para adquirir la posesión, con mención expresa de la causa de la posesión independientemente de la causa que debe existir en todo contrato³² de acuerdo al artículo 1923 CCCN , y asimismo destacar el rol del notario en esa configuración y/o perfeccionamiento o reflejo en el título suficiente, como

³⁰ **ARTÍCULO 1928.- Actos posesorios.** 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.

³¹ **ARTÍCULO 1924.- Tradición.** Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. *Debe consistir en la realización de actos materiales*

³² **ARTÍCULO 1013.- Necesidad.** La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato

autor del instrumento portante del mismo, en la pretensión que queden constituidos lo más perfectamente posible para su total eficacia .

Un tema que siempre ha preocupado a los notarios ,son las políticas de Estado y la regulación del derecho de fondo relativas a los derechos reales en especial sobre inmuebles ,en cuanto a sus elementos constitutivos , la protección legal, la prueba de su existencia entre las partes partes , su eficacia respecto de terceros , no solamente por los derechos mismos sino por los demás derechos que se funden sobre ellos, la consideración de su legitimidad, la resolución de conflictos , el rol del notario en la función de recibir , interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, desentrañando el rol del autor de ese instrumento portante del derecho real como “ título suficiente” , y la eficacia de las cláusulas en las escrituras públicas para perfeccionar el “modo suficiente” y a veces para adquirirlo, no sólo por la importancia de la protección del derecho constitucional de propiedad , sino porque además ésta, también es un derecho humano en el nuevo enfoque de la constitucionalización del derecho privado ³³.

Señala el Dr. Claudio Kiper ³⁴ que desde una perspectiva económica , los derechos reales se hallan vinculados con la riqueza individual y consecuentemente , con la del país en que se encuentran los bienes , resultando indispensable su protección para el desarrollo de la economía comercial , financiera, agropecuaria , etcétera, siendo la razón por la cual el Estado interviene celosamente en la regulación de las relaciones jurídicas vinculadas a esta materia colocando a los derechos reales dentro del orden institucional , reservándose la facultad de reglamentarlos, sobre todo en lo relativo a los inmuebles , haciendo incluso primar la ley nacional sobre la

33

Convenio
1, protocolo adicional No 1), en la

culo 23), en el
culo

n de tod
culo II-77).

³⁴CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION , Comentado, Lorenzetti Luis Ricardo , Director , Comentario al artículo 1884 CCCN, pag 21 , Editorial Rubinzal Culzoni , 24/07/2015

extranjera en todos los casos .

c. Propuestas de Interpretación :

c.1 La tradición posesoria , que consiste en actos materiales de al menos una de las partes que otorguen un poder de hecho sobre la cosa o “bien”, a favor de otra ,entre ellas , esos actos pueden ser suplidos por sus declaraciones- incluso unilaterales- , por disposición expresa del artículo 1924 CCCN

Ya hemos venido explicando que la tradición como modo publicitario , consiste desde el derecho romano ,en la realización de hechos materiales . Al plasmar el art. 1924 CCCN que hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe, y que dicha entrega debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, y que esos hechos materiales 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, infiere que dichas cláusulas “*si*” son eficaces y oponibles “entre las partes “.

Y por además , como hemos venido diciendo, dichas cláusulas también son eficientes y útiles porque permiten conocer la causa de la posesión, cuando la apariencia puede confundir.

Y esto es toda una novedad respecto del anterior código civil derogado ya que en el código civil de Vélez, en el artículo 2378 decía que la tradición se juzgaría hecha según algunas de las formas autorizadas por ese código, aclarando que “la sola declaración del tradens de darse por desposeído ó de dar al adquirente la posesión de la cosa , no suplía las formas legales” de manera que antes ni siquiera entre las partes podían oponerse estas manifestaciones . No obstante el notable jurista Carlos Pelosi encontró una

fórmula permitida por el ordenamiento jurídico : la declaración del propio adquirente de encontrarse en la posesión por la tradición efectuada, de esa forma , no era ya el tradens el que lo decía .³⁵ *Pero hoy ya esta fórmula de Pelosi no nos serviría tampoco, si no fuera por el nuevo texto del art. 1924 CCCN.*

Esta referencia que hace el artículo a los terceros , permite considerar que esas declaraciones tienen virtualidad entre el tradens y el accipiens lo que denota la consagración legislativa de una interpretación que en el sistema anterior, solo contaba con el respaldo de un sector minoritario de la doctrina como Salvat , dado que el Vélez quiso prohibir todo tipo de tradición “simbólica”, “instrumental” o “cartular”³⁶ . Ya no queda dudas que en este punto , el artículo 1924 CCCN siguió las ideas del prestigioso jurista Salvat y cuando la tradición ocurre inmediatamente de la escrituración , o ya ha ocurrido con anterioridad, la cláusula escrituraria sobre tal acaecimiento pensamos que debe verse reflejada para su publicidad cartular - art. 1893- la que va a contribuir a la buena fe del adquirente y su legitimidad.

Cuando las partes expresan por cláusulas escriturarias la causa de la posesión , aunque ésta se presume y normalmente concuerde con la causa del acto jurídico o título suficiente, se cumple una forma- entre otras- de exteriorizar al requisito legal del art. 1922 por el cual la relación de poder debe establecerse “voluntariamente” con la cosa y , dando valor a lo volitivo frente al hecho , para el jurista italiano Perozzi , la posesión es un acto jurídico unilateral porque se aposita en la voluntad del tradens . Para otros , se trata de dos actos jurídicos unilaterales. Pero la gran mayoría proclama que en este acto jurídico hay una duplicidad de voluntades, dos personas: el tradens que hace la entrega y el accipiens que la recibe, *de manera que en la actualidad la mayoría de la doctrina admite que la tradición es un acto jurídico bilateral*³⁷*incluso hay quienes afirman que se trata de un “contrato”,*³⁸ *si se admite la*

³⁵ CARLOS ALBERTO PELOSI en el modelo de escritura de compraventa que de su autoría en 1967, sugirió , y así lo hemos aplicado hasta la actualidad que puede hacerse constar la declaración del comprador de haber recibido la tradición, por cuanto el artículo 2358 hoy derogado , vedaba sólo la manifestación del “tradente”.

³⁶ Urbaneja Marcelo, Ob Cit

³⁷ ALTERINI, Jorge Horacio, comentario al artículo 2377 del Código Civil en Código

tesis amplia.

Yendo más allá, y analizando la estructura interna del negocio traditorio, los autores advierten que la tradición está integrada o compuesta por dos elementos: un acuerdo real y un acto material de entrega. El acuerdo real es algo distinto al acuerdo ya prestado (título), por ejemplo si se ejecuta una compraventa (título) hará falta un nuevo acuerdo de las partes además del acto material de entrega de la cosa. De hecho si el acreedor se niega a recibir la cosa, o no presta su consentimiento para realizar el acto material, el deudor puede desobligarse efectuando una "oferta real" que no equivale a la tradición pero que lo desobligará. En este sentido se sostiene que la tradición no es más que el cumplimiento de una obligación preexistente, en tal sentido, la tradición implica un pago. Por estos motivos, ya la doctrina notarialista ha venido sosteniendo que en las cláusulas escriturarias no debe afirmarse solamente que el adquirente se encuentra en posesión sino que es conveniente expresar la causa de la posesión misma (así tradición, constituto posesorio, traditio brevi manu)³⁹

Pensamos que es muy importante también la manifestación en la adquisición o transferencia de la relación de poder, en que carácter se adquiere, y con qué alcance, por muchas otras razones:

- Cuando el titular del derecho real intente probar que posee por otra persona, o que quien está en contacto con la cosa es un servidor de la posesión, si bien hay una presunción en éste último sentido, puede no quedar clara la relación de dependencia o servicio, hospedaje u hospitalidad. Las meras presunciones resultan insuficientes habida cuenta que el CCCN exige

Civil Anotado. Tomo IV-A, Llambías, Jorge Joaquín, y Alterini, Jorge Horacio, Abeledo-Perrot, 1981, pág. 114. También Papaño, Ricardo José; Kiper, Claudio Marcelo; Dillon, Gregorio Alberto; Causse, Jorge Raúl; Derechos Reales. Astrea, Buenos Aires, segunda edición actualizada y ampliada, 2004, tomo 1, pág. 81.

³⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. Derechos Reales. Zavalía, Buenos Aires, 1989, tomo 2, pág. 82 y 85.

³⁹ Tradición, "constituto posesorio", "traditio brevi manu" e inmueble ocupado por un tercero: su reflejo escriturario, Trabajo de Doctrina: *Marcelo Eduardo Urbaneja*

una posesión calificada a los efectos de adquirir un derecho real ⁴⁰ .

- Asimismo la inclusión de la cláusula escrituraria en el título suficiente que el tradens entrega y el accipiens recibe, si bien por sí misma no da la posesión , otorga el derecho a reclamarla legalmente , así lo expresa el art. 2239 CCCN que "Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales" . Pero también vimos que de la interpretación armónica de éste artículos con el art 1139 , el modo no habrá sido suficiente para adquirir el derecho real porque el transferente no cumplió con la obligación de entregar la cosa, y sin tradición posesoria no hay derecho real.

- También puede resultar de las cláusulas de entrega de posesión el carácter de viciosa o no de la posesión, ya sea que pueda probarse la clandestinidad o abuso de confianza , o de buena o mala fé del adquirente de la relación de poder , lo que se trasuntará en una diferente responsabilidad en cuanto a los frutos , y responsabilidad por pérdida de la cosa ⁴¹ En este punto es donde nos animamos a afirmar que las cláusulas escriturarias son también eficaces para publicitar cartularmente las diligencias efectuadas por el adquirente de la posesión , así como su falta de violencia , clandestinidad , o abuso de confianza, u otros vicios , toda vez que cuenta con la anuencia y acuerdo del tradens , anterior poseedor y único calificado para delatar esos vicios ⁴², en total conocimiento de la diferente eficacia de dichas cláusulas si son el reflejo de hechos cumplidos por el mismo notario , o si sólo son manifestaciones de

⁴⁰ BUERES, Alberto J. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION analizado, comparado y concordado , comentario al art. 1911 , Tomo II , pag 263

⁴¹ ARTÍCULO 1921 CCCN.- Posesión viciosa. La posesión de mala fé es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes.

⁴² ALTERINI , Jorge Horacio , artículo citado en 9) punto X

parte ⁴³, pero eficacia al fin , pues quien podrá desdecirse luego que firmó ,de la cláusula de entrega de la posesión libre de vicios sino mediante una nueva manifestación y probanza del vicio de su voluntad , vicios que no se advierten sólo con ver el hecho de la relación de poder.

- Otra prueba que dichas cláusulas son importantes es en lo referente a la presunción legal sobre la fecha y extensión de la relación de poder , conforme al artículo 1914 CCCN, que si media título, se presume que la misma ha comenzado desde la fecha del título y que tiene la extensión que en el se indica. Son todas presunciones iuris tantum , pero es dable la importancia de su manifestación, sobre todo si coexisten distintas relaciones de poder para que quede claro que no se contradicen o excluyan entre sí, por ejemplo el usufructuario, el nudo propietario , y el servidor de la posesión.

- Si bien la mera voluntad no alcanza a intervertir la especie de la relación de poder- art. 1915 CCCN- *lo será si alcanza ese resultado*, en esto hay un cambio importante respecto del régimen anterior , ya que luego de explicarse que la sola voluntad no alcanza para intervertir el título de la relación de poder , aclara el nuevo código que si se logra ese resultado, el elemento volitivo podrá intervertir la causa de la posesión y esa voluntad es también la manifestación de un acto exterior que, junto con otros , publicitan o delatan la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa ^{44 45}

⁴³ ARTÍCULO 296.- Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe: a.en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b.en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

⁴⁴ ARTÍCULO 1915.- Interversión. Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto.

De manera que la “ voluntad “ siempre está presente ya sea para adquirir o para ejercer la relación de poder.

*Un contacto físico que carece de toda voluntariedad no produce efectos jurídicos, por ejemplo el que está dormido o encadenado a la cosa no tiene la posibilidad de actuar en derecho en los ámbitos de la posesión. Es necesaria la voluntad*⁴⁶ dicen los Fundamentos del Anteproyecto

La nueva normativa prevé que tanto la tenencia como la posesión puedan estar fundadas en un título ya que art. 1914 habla de relación de poder, con lo cual hay dos presunciones *iuris tantum* en ambos casos , 1) que ellas comenzaron desde la fecha del título 2) la de que tienen la extensión en él indicada. De manera que si hay título , son muy importantes las cláusulas contenidas en él en cuanto a la prueba de la existencia de la relación de poder , ya sea tenencia o posesión, y a su extensión

Nótese que por la redacción del art. 1924 CCCN las manifestaciones escriturarias pueden tener eficacia entre las partes habiendo sido vertidas incluso unilateralmente “ la mera declaración del que la entrega de darla, a quien la recibe, o de éste de recibirla “

Es interesante conocer también que ha dicho la jurisprudencia referido a estas cláusulas en caso de conflicto entre el reivindicante con título en el cual se la hizo tradición y otro que detente la posesión

Hay muchos casos en los que se ha tenido en cuenta al título – y las declaraciones efectuadas en el mismo que las contienen- como *prueba en la reivindicación de inmuebles si el título fuera anterior a la posesión*, y así lo ha consagrado el artículo 2256 CCCN en los incisos b) y c) , regla el caso que los derechos provengan de distintos antecesores y en éstos casos siempre prevalecerá aquel que tenga el derecho real con título y modo , como regla general, por eso si el título del reivindicante es posterior a la posesión, éste es insuficiente , *ya que su antecesor nunca pudo hacerle tradición ni por tanto perfeccionar el derecho real* , - **AFIRMACIÓN DE LA QUE SE INFIERE QUE SI**

⁴⁵ artículo 1909 CCCN “Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no. “

⁴⁶ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO , pag 206

SU ANTECESOR LE HIZO TRADICIÓN PERFECCIONÓ EL DERECHO REAL- ver nota de doctrina 46 y fallo citados al pie 47- pero si fuera anterior , la ley presume –iuris tantum- la completitud del derecho real y por lo tanto procederá su reivindicación, porque su antecesor le hizo la tradición posesión.^{47 48} . Si los derechos de ambos contendientes provienen del mismo antecesor , obviamente , la ley prefiere a aquel que fue puesto en posesión , aunque su título fuese posterior, *salvo mala fe* , es decir mala fe ya sea en la adquisición del título cuando éste es de nulidad manifiesta , aunque no esté declarada ⁴⁹ , o mala fe en el modo cuando se adquirió de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas ⁵⁰ , en tales casos, en que haya mala fe prevalecerá el título a la posesión.

En consonancia ha dicho la Suprema Corte en Causa no: 2-56073-2011 "RIVERO, JORGE NICOLAS C/ RIVAROLA, ABEL Y OTRA S/ REIVINDICACION" JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL No 1 - TANDIL

⁴⁷ BUERES, Alberto J. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION analizado, comparado y concordado , comentario al art. 1911 , Tomo II , pag 498

⁴⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Santiago del Estero Autos: Salónica S.A.C.I.A. c. Penida, Luciano ,Fecha: 16/05/2007, La Cámara resolvió: “La ley exige que el que se titula dueño debe probar tal aserto para que la acción sea viable. Ello así, la determinación de la condición de dominio que debe revestir el accionante, es exigida sine qua non, ya que esta acción tiende a modificar el estado actual de una cosa restituyendo la posesión al reclamante. *Dicho título puede consistir, tratándose de inmuebles, en escritura pública traslativa -venta, permuta, donación, etc., o bien declarativa- partición entre otras* (conf. Lafaille, Derechos Reales T III n° 2096; Marina Mariani de Vidal, T III pag. 213). El art. 2789 del Código Civil dispone que "si el título del reivindicante que probare su derecho a poseer la cosa, fuere posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno no es suficiente para fundar la demanda". Según el supuesto aprehendido por la norma, faltaría el ius possidendi, ya que la anterior posesión del demandado obstaculiza a que el título pueda perfeccionarse y no es admisible que puedan concurrir dos posesiones iguales, y opuestas sobre la misma cosa (art. 2401 Código Civil). *La Corte Suprema de Justicia la Nación ha expresado que el art. 2789 citado, no puede ser aplicado en forma aislada, sino correlacionándolo con el art. 2790 del mismo cuerpo legal (CSJN, ED, 22-514). Desde esa perspectiva en autos se agregan documentos (fs. 57/76) que acreditan una secuencia dominial hasta llegar a la titularidad del reivindicante, de modo que cobra vigencia la presunción del art. 2790 citado de que el autor del título anterior a la posesión del demandado era poseedor y propietario.*

⁴⁹ La nulidad manifiesta del título como presunción de mala fe del que pretenda adquirir también es una novedad, ya que el derogado artículo 4009 hacía presumir la mala fe por defectos de forma en el título de adquisición , pero no un criterio más amplio como su nulidad manifiesta .

⁵⁰ ARTÍCULO 1919.- Presunción de buena fe. La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. La mala fe se presume en los siguientes casos: a. cuando el título es de nulidad manifiesta; b. cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c. cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.

que si alguno de los títulos de dominio del reivindicante o de sus antecesores que se hubiese presentado al juicio fuese de fecha anterior a la posesión del reivindicado se presume la preexistencia de la posesión desde la fecha del título y el demandante – propietario con título- puede ampararse en ella para reivindicar el bien de quien lo detenta sin título” (S.C.B.A. Ac.68604, 16/2/2000 cit. “Denesink de Soto”). En el mismo fallo referenció el tribunal que “la acción reivindicatoria se vincula con el título, con el derecho a poseer, con independencia de la posesión misma” (Borda, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil”, T.II p.479). Requiere como presupuesto “la pérdida de la posesión ya entregada” (Cifuentes Santos-Sagarna Fernando “Código Civil Comentado y Anotado” T.V p.3).

En conclusión: la jurisprudencia ha sostenido que la transferencia voluntaria de la posesión obtura la acción del poseedor posterior ,habida cuenta que ya había resuelto la Corte que quien puede probar la concatenación de titularidades , resulta ser propietario , es decir se debe probar *una secuencia dominial hasta llegar a la titularidad del reivindicante*, de modo que cobra vigencia y virtualidad la presunción legal del actual artículo 2256 CCCN que el autor del título anterior a la posesión del demandado era poseedor y propietario.

En cuanto a las cláusulas escriturarias y su eficacia en el reflejo del modo esta, hay cierta doctrina muy calificada, que considera que las fórmulas tantas veces empleadas por los escribanos en las escrituras en las cuales se reproducen las manifestaciones de las partes de haber entregado ya la posesión, carecen de valor legal alguno y sólo serán válidas cuando el escribano efectivamente haya estado presente en la toma de la posesión y así lo declare.⁵¹ Esta postura, pensamos que ciertamente deberá replantearse, al menos en cuanto a sus efectos entre las partes .

La nueva ley agrega que en caso de oposición, esto es, para ser oponible a los terceros esa tradición o entrega debe ser acompañada por la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa , no alcanza solo con las

⁵¹ GURFINKEL DE WENDY, Lilian, comentario al artículo 1892, Código Comentado Rivera Medina , año 2015

manifestaciones que las partes hagan , ejemplificado la ley cuales podrían ser esos actos posesorios del que la recibió o conservó, tales como su cultura, la percepción de frutos , amojonamientos, impresión de signos materiales entre otros signos. Nada dice sobre cuales podrían ser los actos posesorios de la entrega , por lo que pensamos que cualquier acto material podría refrendar las manifestaciones de las partes .

En este punto también nos preguntamos si sería útil dejar constancia de la entrega de las llaves, la carpeta con los impuestos pagados ya que es obligación del poseedor pagar los impuestos ⁵², entrega de los planos , como asimismo del primer testimonio o primera copia por parte del tradens , constituirnos en el inmueble a fin de constatar el contacto material o la posibilidad física de establecerlo o que ingrese en la custodia del adquirente ⁵³ o cualquier otra modalidad , que reiteramos no hace falta entre las partes, pero podría ser eficaz para su oponibilidad respecto de terceros para caso de conflicto.

Consideramos y sugerimos en consecuencia, que los notarios debemos replantearnos las cláusulas relativas a la entrega y recepción de la posesión en el título suficiente, y asesorar a los contratantes en ese sentido , cláusula que no puede quedar reducida a un renglón al final del mismo .

En este punto reiteramos que no sugerimos con estos razonamientos que los actos posesorios deban ser desestimados, ya que la tradición “debe” consistir precisamente , en la realización de actos materiales, pero hay veces ,

⁵² ARTÍCULO 1939.- Efectos propios de la posesión. La posesión tiene los efectos previstos en los artículos 1895 y 1897 de este Código. A menos que exista disposición legal en contrario, *el poseedor debe satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa* y cumplir la obligación de cerramiento.

⁵³ ARTÍCULO 1922.- Adquisición de poder. Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente: a. por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años; b. por medio de un contacto con la cosa, de la posibilidad física de establecerlo, o cuando ella ingresa en el ámbito de custodia del adquirente.

ahora que se ha abierto el abanico de posibilidades posibles de coexistencia y entrecruzamiento de distintas relaciones de poder , como hemos venido explicando , los hechos materiales no explican por sí solos la causa de la posesión , y donde la apariencia puede confundir , interpretamos que la causa de la posesión debe quedar expresada para ser comprendida y conocida.

c.2 El plazo de entrega del inmueble , si no se hubiera ya entregado, “debe” ser en el mismo acto de la escrituración por disposición del artículo 1139 del CCCN, constancia de lo cual se sugiere dejar en la escritura respectiva a los efectos de la publicidad cartular – art. 1983 CCCN , del nacimiento del derecho real , además de otras publicidades que pueda tener .

Remitimos a lo dicho en el acápite del DESARROLLO apartado b.2

c3 . Las cláusulas escriturarias que reflejan el modo suficiente ,son eficaces y oponibles respecto de las partes ⁵⁴ de manera que las lo completan y perfeccionan en tanto que exteriorizan los motivos o causa incorporándolos en forma expresa ⁵⁵ ; pero dichas cláusulas perfeccionadoras , serán “esenciales” - ya que la posesión no se adquiere sin ellas- cuando los hechos materiales no puedan explicar la causa de la

⁵⁴ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa. **ARTÍCULO 1924.- Tradición.** Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, *los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla. (la aclaración entre comas , con relación a terceros, infiere que entre las partes las declaraciones pueden suplir a los hechos materiales)*

⁵⁵ **ARTÍCULO 281.- Causa.** 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.

posesión.⁵⁶

Cuando los hechos materiales no pueden explicar la causa de la tradición posesoria, como son, por ejemplo, los casos de la traditio brevi manu y del constituto posesorio (ó constitutum possessorio), ya que ésta, como elemento del derecho real no puede faltar, no es que no haya tradición sino que el legislador exime de la obligación de efectuar hechos materiales, pero exige en contrapartida otro acto publicitario para adquirir la posesión, como es la notificación al tenedor de la identidad del nuevo poseedor⁵⁷, acto que debe ser efectuado por escrito para ser probado y, por ser accesorio a otro acto instrumentado por escritura pública, debe tener la misma forma impuesta- art. 1017 CCCN-.⁵⁸ Es en estos casos en los cuales las cláusulas escriturarias que reflejan el modo, no solamente son perfeccionadoras, sino esenciales, ya que sin ellas la posesión no es adquirida, y por ende, el derecho real no habrá nacido.

Lo que se evita con la norma es el absurdo de pretender que en los casos de traditio brevi manu el ocupante tenedor para poder adquirir el dominio deba desocupar la cosa para luego volver a ingresar; o en el constituto posesorio que el transmitente entregue físicamente la cosa para tomarla

⁵⁶ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

⁵⁷ **ARTÍCULO 1923.- Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

⁵⁸ **ARTÍCULO 1017.- Escritura pública.** Deben ser otorgados por escritura pública: a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados a. los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; b. los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles; **c. todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública;** d. los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

nuevamente al instante como tenedor .⁵⁹ Pero en este punto coincidimos plenamente con el Dr. Bueres en el Código Comentado de su autoría , comentario al artículo 1923 CCCN , en que el artículo está mal redactado , ya que en que en los casos de la traditio brevi manu y constituto posesorio , no es que la tradición no deba hacerse, ya que como elemento constitutivo del derecho real, siempre debe estar presente ⁶⁰, sino lo que la norma quiere decir , es que no son necesarios actos materiales i en los supuestos de la segunda parte del artículo – traditio brevi manu y constituto posesorio –

Como hemos venido explicando , la gran diferencia con la concepción del anterior código civil derogado , del dominus del derecho romano , quien tenía poder absoluto sobre la cosa , con la presunción de que “el dominus, posee porque posee “ , con el nuevo CCCN , donde hay números nuevos derechos reales sobre cosa propia - ahora son siete- otros ejemplos en los cuales los hechos materiales no pueden explicar la causa de la posesión , son aquellos derechos que pueden estar configurados como derecho real y personal a la vez , tal es el caso del “Tiempo Compartido” por las disposiciones del artículo 2808 CCCN ⁶¹, ó cuando el “ Derecho Real de Cementerio Privado “ concurre con el “Derecho Real de Sepultura “ en las partes comunes ^{62 63}, también puede no quedar clara la causa en el caso del superficiario quien puede o no tener propiedad superficiaria , entre otros.

En cuanto al Principio de Calificación Registral, dependerá del criterio que se aplique al caso concreto , pero pensamos que excede a las facultades

⁵⁹ BUERES, Alberto J. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION analizado, comparado y concordado , comentario al art. 1911 , Tomo II , pag 248

⁶⁰ ARTÍCULO 1924.- **Tradición.** Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla.

⁶¹ Interpretación de la Dra Alicia Puerta de Chacón

⁶² Sabene, Sebastián: La causa del titular del Derecho Real de Cementerio Privado es la afectación y la causa del titular del Derecho Real de Sepultura es el acto jurídico que le dio nacimiento(venta, donación, permuta, etc) .

⁶³ “...en ambos casos – DRCP y DRS- el acto constitutivo o traslativo será la causa de la adquisición del derecho , que no ocurrirá sin el complemento *de la tradición* que resulta el modo suficiente por tratarse de un derecho real inmobiliario ejercible por la posesión “ – art. 1982 CCCN . SABENE Sebastián y PANIZZA Leopoldo , “ CEMENTERIO PRIVADO y SEPULTURA : nuevas situaciones jurídicas registrables” Trabajo de Doctrina, Ponencia .

calificadoras del registro de la propiedad inmueble corroborar o exigir la realización efectiva de la tradición como requisito a la inscripción. En este sentido en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en La Plata en 1981, se concluyó que "La tradición no es en la actualidad un presupuesto indispensable de la inscripción registral" (Comisión 4, conclusión III).

CONCLUSION

Conforme ha quedado expresado , consideramos que el nuevo ordenamiento ha innovado en dejar plasmada una teoría general de los derechos reales, actualizando las denominaciones de sus elementos constitutivos conforme a la evolución del pensamiento jurídico , y aportando sus definiciones.

Ha contribuido a la certeza en la configuración y nacimiento del derecho real y la circulación del instrumento portante del título suficiente, al establecer como obligación legal del transmitente , un plazo máximo para la entrega del inmueble transferido salvo pacto en contrario, el cual es en forma inmediata de la escrituración , es decir , concurrentemente , en el mismo acto , interpretamos del texto del art. 1139 CCCN si no lo ha hecho con anterioridad . Sugerimos que dicha entrega debe quedar plasmada en la escritura a los efectos de la publicidad cartular pregonada por el artículo 1893 , del derecho real constituido con ambos requisitos legales.

Ha consagrado en el texto legal el principio general que la tradición debe estar manifestada por hechos materiales , pero otorga validez y oponibilidad de las cláusulas escriturarias entre las partes , de acuerdo al art. 1924 CCCN , incluso aunque fueran manifestaciones unilaterales , que sirven en la prueba del modo suficiente, receptando una teoría minoritaria durante la vigencia del código civil derogado. Y son esenciales para la existencia del derecho real cuando los hechos materiales no pueden explicar la causa de la posesión

En dable aclarar que en muchos casos es el mismo negocio

jurídico el que sirve de soporte y fundamento al acto traditorio , pero consideramos que habiéndose abierto el abanico de los derechos reales sobre cosa propia , es de gran importancia que las partes manifiesten en forma expresa la causa o fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de su voluntad , cuando los hechos materiales no pueden explicarla o pueden llevar a confusión .

La expresión de la causa , sirve como otro elemento de prueba la existencia de la misma , ya que la falta de causa , si no está probada , da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato de acuerdo al 1013 CCCN , sobre todo cuando la apariencia puede confundir

Consideramos que el notario, como autor del documento portante del título suficiente no sólo contribuye a perfeccionar el derecho real con la forma impuesta , sino que al interpretar y dar forma jurídica a la voluntad de las partes contratantes , debe lograr “reflejar “ las situaciones de hecho que hacen a la tradición posesoria , y contribuir a perfeccionar el modo si expresa la causa , cuando los hechos materiales no la pueden explicar , la que da un reflejo , como si fuera un espejo a esa situación de hecho .

Si las situaciones de hecho son confusas , no habrá certeza sobre si el modo ha sido suficiente y la posesión puede ser tachada de incausada , con la sanción de la ilegitimidad , y la consecuente insuficiencia del modo (artículo 1892 CCCN). Se trata, entonces, de merituar el correcto alcance del articulado del Código Civil para adecuar la técnica notarial a lo que del mismo surge.

BIBLIOGRAFIA

ALTERINI, Jorge Horacio, comentario al artículo 2377 del Código Civil en Código Civil Anotado. Tomo IV-A

BUERES, Alberto J. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION analizado, comparado y concordado año 2015.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION LEY 26994

CLUSELLAS , Gabriel , CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Comentado.

FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO

JURISPRUDENCIA

MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos Reales, Tomo 1. Año 2004, Zavalía

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. Derechos Reales. Zavalía, Buenos Aires, 1989

LORENZETTI , Luis Ricardo , Director , CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION , Comentado, , Editorial Rubinzal Culzoni , año 2015

PUERTA de CHACON , Alicia . Tiempo Compartido . Trabajo doctrinario

RIVERA- MEDINA Directores, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO , Thomson Reuters, La Ley, año 2015

SABENE , Sebastián y PANIZZA Leopoldo , “ CEMENTERIO PRIVADO y SEPULTURA : nuevas situaciones jurídicas registrables”, trabajo doctrinario

URBANEJA , Marcelo Eduardo: Tradición, "Constituto Posesorio", "Traditio Brevi Manu" e Inmueble ocupado por un tercero: su reflejo escriturario , Trabajo de Doctrina.
