

TRADICION

por

RICARDO BRUM BISIO

I. EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL (LA TEORIA DEL TITULO Y EL MODO)

1. Cuando se afirma que el Código Civil siguió la teoría del título y el modo lo que se quiere destacar es que, en el derecho positivo uruguayo, a diferencia de lo que ocurre en otros países -v. gr. Francia-, el contrato por sí solo carece de aptitud para producir un efecto real⁽¹⁾. Para que se constituya o se transfiera un derecho real es necesaria la conjunción de dos negocios jurídicos: un contrato y un modo.

Este es el sistema que adoptó el Codificador. "El proyecto resuelve otra cuestión que es verdaderamente de trascendencia: la que versa sobre la necesidad de la tradición. El derecho romano consideró insuficientes las convenciones para transferir el dominio de las cosas, distinguiendo cuidadosamente el título y el modo: el contrato sin la tradición no transfería el dominio"⁽²⁾.

Se apartó, pues, del Código Civil de Francia que "abandonó el principio de la tradición, mirándole como una de tantas sutilezas del derecho romano; el artículo 711 establece que la propiedad se transmite por el efecto de las obligaciones; y conforme a esta regla, los artículos 1138 y 1583, declaran que el comprador o contratante se hace propietario desde el momento del contrato, sin ser necesaria la tradición"⁽³⁾.

Los artículos del Código Civil francés citados por la Comisión no dejan lugar a dudas: "la obligación de entregar se perfecciona"⁽⁴⁾ por el solo

(1) El efecto real puede consistir en la transferencia de la propiedad o de un derecho real menor de goce (con excepción del uso y de la habilitación, art. 549 C.C), o en la constitución de un derecho real menor de goce.

(2) Informe de la Comisión Revisora de 1867, sección III. Es famosa la paremia -atribuida a Dioclesiano- "traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" (es decir, la tradición y la usucapión transfieren el dominio de las cosas, los meros pactos no lo transfieren).

(3) Loc. cit.

(4) En este artículo perfeccionamiento equivale a ejecución (GAMARRA, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. VIII, pág. 46).

consentimiento de las partes contratantes"; "la obligación de entregar hace al acreedor propietario" (art. 1138); la propiedad "se adquiere de pleno derecho por el comprador, desde que se haya convenido en la cosa y en el precio, aunque no se haya entregado la cosa ni pagado el precio" (art. 1583).

En suma, en el derecho francés basta el mero consentimiento de las partes para que se produzca el efecto real, en el derecho uruguayo dicho efecto se logra por la yuxtaposición de dos negocios jurídicos: un título y un modo; pero no cualquier título ni cualquier modo⁽⁵⁾.

2. La terminología en boga para aludir al sistema seguido en la materia en el derecho uruguayo es imprecisa e impropia en un doble sentido. Habitualmente se utiliza la palabra título como sinónimo de contrato⁽⁶⁾, y con la voz modo se hace referencia, genéricamente, a los cinco modos de adquirir el dominio (art. 705 C.C).

Sin embargo, cuando se menciona la teoría del título y el modo se piensa en un tipo específico de contrato y en un modo en particular, a pesar de lo cual no se aclara que dichas voces no se están usando con el significado que habitualmente se les asigna (al que acabo de hacer referencia). Tal manera de proceder puede crear confusión y es necesario, en consecuencia, precisar el significado de las voces título y modo en la locución mencionada. Cuando se habla de la teoría del título y el modo; el modo a que se hace referencia es la tradición y la categoría contractual a que se alude está formada por todos los contratos que, si preceden a aquélla, pueden producir un efecto real.

El Código Civil designa este tipo de contrato con variadas e imperfectas denominaciones: "título traslativo de dominio" (arts. 693 y 772), "título de adquirir" (art. 705), "título hábil para transferir el dominio" (art. 769, ordinal 3º) y título "capaz de transferir la propiedad" (art. 1208).

Las locuciones utilizadas no destacan lo que constituye la esencia del sistema: que el contrato por sí solo no tiene aptitud para constituir o transferir derechos reales. Sólo se refieren, además, a un derecho real -la propiedad- y exclusivamente a la transferencia⁽⁷⁾ de ese derecho, sin mencionar la constitución de derechos reales menores (arts. 496, 542, 636 C.C) ni la transferencia

(5) El sistema del título y el modo tiene su origen en el Derecho Romano y fue adoptado -entre otros países- por Uruguay, Alemania, España, Chile y Argentina. El sistema francés fue seguido por Italia y mantenido por el Código Civil aprobado en este último país en el año 1942.

(6) Dejo de lado otros significados de la palabra título -v. gr. documento- que no guardan relación con la cuestión planteada.

(7) Al hablar de "títulos de adquirir" el art. 705 no parece referirse a la constitución de un derecho, sino a su adquisición -derivada de la transferencia del derecho-; aunque es admisible, a mi juicio, interpretar que el vocablo comprende la constitución de un derecho real menor.

de éstos (art. 768), efectos jurídicos que también se generan o producen mediante la conjunción de esos dos negocios jurídicos: el título (hábil para transferir el dominio) y el modo (tradición).

3. Es necesario, entonces, complementar la terminología usada por el Código Civil a efectos de expresar cabalmente todo lo que se quiere significar cuando se habla de la teoría romana del título y el modo⁽⁸⁾. Y para ello corresponde recurrir a las clasificaciones del negocio jurídico realizadas por la doctrina.

El negocio jurídico⁽⁹⁾ es, según COVIELLO, "la manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquéllas." Las consecuencias jurídicas que el derecho vincula a la manifestación de voluntad no siempre son conformes a la voluntad subjetiva del autor del negocio jurídico: "antes, pueden estar en desacuerdo con ésta y aun serle del todo contrarias, pero siempre corresponden a la intención práctica, según las miras generales del derecho, y por eso puede decirse que son conformes a la voluntad normal de los individuos"⁽¹⁰⁾.

Con mayor precisión, señala BETTI que el criterio de distinción entre hecho y acto jurídicos lo determina *el modo en que el derecho objetivo considera y valora un hecho dado*. "Si el orden jurídico toma en consideración el comportamiento del hombre en sí mismo y, al atribuirle efectos jurídicos, valora la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina, el hecho se deberá calificar de acto jurídico. Y, en cambio, deberá ser calificado de hecho cuando el derecho tenga en cuenta el hecho natural como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente concurrente, o bien cuando, pese a considerar la acción del hombre sobre la naturaleza exterior, no valora al hacerlo tanto el acto humano en sí mismo como el resultado de hecho que acarrea, es decir, la modificación objetiva que aporta al estado de cosas preexistente"⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ SANCHEZ FONTANS señala que "el principio fundamental del sistema consiste en la distinción entre contrato y tradición, título y modo; causa remota y causa próxima, en la concepción de los glosadores; negocio obligacional y negocio traslativo, en la terminología moderna." (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año V, N°4, pág. 894).

⁽⁹⁾ También llamado acto jurídico

⁽¹⁰⁾ COVIELLO, Doctrina General del Derecho Civil, pág. 353.

⁽¹¹⁾ EMILIO BETTI, Teoría General del Negocio Jurídico, p. 11. Por ejemplo, "en la siembra, es el crecer de la planta sobre el fundo, y en la plantación, es el tomar allí raíces, lo que produce la adquisición por parte del propietario del fundo, no ya la voluntad del sembrador o de quien plantó, de tal forma, que la adquisición sucede igualmente sí, por acaso, la semilla ha sido llevada por el viento o la inmisión de las raíces depende de un hecho natural." En la accesión "únicamente se toma en consideración el resultado del obrar humano, no ya la voluntad, de la cual, antes bien, se prescinde completamente." (Ob. cit., Págs. 11 y 12).

4. Y en el tema a estudio, interesa fundamentalmente la clasificación que, tomando en cuenta los efectos del acto, distingue entre negocios jurídicos obligacionales y dispositivos.

El negocio jurídico obligacional es el que "determina el surgimiento de una relación obligacional entre las partes que lo han formado, pero no produce efecto real"⁽¹²⁾. También se lo define señalando que sólo produce efecto personal, lo cual es una forma de decir lo mismo con otras palabras.

En realidad las definiciones ponen el acento en el lado pasivo de la relación jurídica emergente del negocio, pero no hacen referencia, por lo menos en forma expresa, a su lado activo. Para que la definición destaque, de manera inequívoca, todos los efectos del negocio obligacional es necesario señalar que de éste surgen no solo obligaciones sino también derechos personales⁽¹³⁾.

El negocio dispositivo es, por el contrario, el que tiene aptitud para producir un efecto real que, en lo que dice relación con el tema a estudio, puede consistir en la transferencia de la propiedad o de un derecho real menor de goce o en la constitución de un derecho real menor de goce.

5. En el derecho uruguayo todos los contratos son negocios jurídicos obligacionales (arts. 1247 y siguientes). Con respecto a una categoría especial de contratos -los títulos de adquirir, art. 705- el Código ha reiterado el concepto. Resulta curioso señalar que, en este caso el Codificador, apartándose de su "modus operandi", destaca, pone el acento, en el lado activo de la relación jurídica. Tal vez haya procedido de esta manera porque de esa forma se pone de relieve, de manera clara y terminante, que el contrato no es hábil por sí solo para producir la transferencia o constitución de derechos reales.

En el Uruguay, entonces, el efecto real se logra por la combinación de dos negocios jurídicos⁽¹⁴⁾:

- a) un contrato (negocio obligacional) que debe pertenecer a la categoría de los que el Código llama "títulos hábiles para transferir el dominio";
- b) y un negocio dispositivo (el modo tradición).

El efecto real se genera "en el momento en que tiene lugar la tradición, pues este negocio es el que produce (*dicho efecto*) (arts. 705, 758, 769 y 775);

(12) GAMARRA, ob. cit., t. VIII, Pág. 49.

(13) Probablemente sea la comentada una forma elíptica de expresión. En efecto, si el negocio referido crea una relación jurídica que determina el surgimiento de obligaciones a cargo de "ciertas personas", es obvio que crea derechos personales (art. 473 C.C.).

(14) Recuérdese que en otros países basta con la realización de un solo negocio -cierto tipo de contrato: la compraventa por ejemplo- para que tal efecto se produzca.

pero la tradición por sí sola no es suficiente para generar ese efecto si no está acompañada por un título idóneo, un contrato que sea título hábil para transferir el dominio (artículo 769, 3o)⁽¹⁵⁾. (Debe tenerse presente, además, que la tradición supone el cumplimiento de una de las obligaciones que surgen del título).

6. Si aceptamos que los contratos de cambio⁽¹⁶⁾ son todos aquéllos que tienen por finalidad producir un traspaso⁽¹⁷⁾ definitivo de la propiedad o de otros derechos reales, debemos concluir que dichos contratos coinciden con la categoría que el Código Civil denomina títulos hábiles para transferir el dominio⁽¹⁸⁾. Parece discutible, sin embargo, afirmar (como lo hace GAMARRA⁽¹⁹⁾) que el mutuo -que es un contrato de crédito si lo clasificamos teniendo en cuenta su función- es un título hábil para transferir el dominio. Parece claro que este negocio jurídico no concuerda con lo establecido en el art. 705 C. C., ya que no surge del mismo ningún derecho a la cosa. Consecuentemente, la entrega no supone el cumplimiento de obligación alguna, lo cual impide asimilarla a una tradición. El punto es, sin embargo, de muy compleja elucidación pues esta última tesis conduce a sostener que dicho contrato -como excepción a la regla- es un negocio jurídico dispositivo, posición a la que también se le pueden hacer serios reparos.

7. En efecto, el mutuo es un contrato real y, en consecuencia, se perfecciona con la entrega de la cosa (arts. 1252, 2197, 2198 C. C.).

Si el contrato nace, se forma, en el momento en que se entrega la cosa, del mismo no puede surgir la obligación de entregarla.

Sin embargo, también es cierto que en el instante en que se produce la entrega se transfiere la propiedad y, por lo tanto, si se acepta que la entrega coincide con el momento en que nace el contrato, forzoso es concluir que éste genera el efecto real. (Sobre la categoría del contrato real y las dificultades que suscita es conveniente consultar GAMARRA, *Trat. de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX).

(15) GAMARRA, ob. cit., t. VIII, pág. 49.

(16) Esta clasificación se hace tomando en cuenta la función del negocio jurídico (confrontar GAMARRA, ob. y T. cit., pág. 134 y sigts.).

(17) La palabra traspaso ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo en ella la constitución de derechos reales menores de goce.

(18) GAMARRA, ob. cit., t. VIII, pág. 53.

(19) GAMARRA, *lug. últm. cit.*

II. FUNDAMENTO DE LA TRADICION

8. "Frente al sistema romano, producto empírico de una extensa evolución histórica, el sistema francés se levanta como una construcción puramente dogmática, como la réplica implacable de la razón frente a la historia"⁽²⁰⁾.

En efecto, el sistema que de plano, sin otro requisito, otorga al contrato la propiedad de cumplir su función o finalidad parece más simple, más racional, menos artificioso.

9. Por otra parte, en la actualidad, la tradición no cumple ninguna función relevante, lo que permite sostener que carece de sentido mantener el instituto. Así es. Los autores que consideran que debe conservarse la tradición encuentran su fundamento en la vinculación que necesariamente debe existir entre publicidad y derecho real. El derecho real es un derecho absoluto, oponible "erga omnes", y por esta razón es imprescindible brindarle a los terceros la oportunidad de tener conocimiento de su existencia y de quién es su titular. La tradición cumpliría esta función de publicidad.

La argumentación no resiste la crítica: ni en la actualidad, ni en Roma, cumplía la función que se le atribuye. La transmisión de la propiedad es en el sistema romano - según GARCIA GUIJARRO- "negocio puramente individual y privado, despojado de un acto externo público que se pueda apreciar por todos con noción clara, distinta y completa, y, principalmente, privado de la sanción del poder social, que la autentica y legitima para que adquiera mayor firmeza y sea mejor apreciada y más respetada"⁽²¹⁾.

10. ¿Por qué razón o razones, entonces, se originó en el derecho romano este instituto? Se han dado varias, pero las que se presentan con un mayor grado de verosimilitud son las que transcribo seguidamente.

a. La identificación que los romanos hacían entre el derecho de propiedad y la cosa sobre la que éste recaía⁽²²⁾, lo que les impedía concebir que aquél se transmitiera por el mero consentimiento, puesto que una cosa sólo puede ser transferida de una persona a otra a través de un acto material.

⁽²⁰⁾ SANCHEZ FONTANS, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año V, N.º. 4; Págs. 893 y 894.

⁽²¹⁾ Citado por CESTAU, De la tradición, Peña & Cía. - Impresores (Montevideo 1939), pág. 184.

⁽²²⁾ Idea que subyace en numerosos artículos del Código Civil (v. gr. 646, 676 y 768). A mi juicio, en la actualidad, no es admisible sostener ni siquiera que la cosa es objeto de derecho. Tanto en el derecho real como en el personal el objeto es la prestación, es decir, una cierta actividad -en sentido amplio- del sujeto pasivo (singular o universal).

Dicha identificación es, hasta cierto punto, comprensible, ya que para los romanos la propiedad consistía en la "plena potestas in re", es decir, en todos los poderes concebibles de ejercer sobre una cosa, que es como decir la cosa misma⁽²³⁾.

b. Los antecedentes históricos del instituto. La circunstancia de que en un principio la venta fuera un contrato real y requiriera para su perfeccionamiento la entrega de la cosa. Con el tiempo la tradición se separa de la misma y la compraventa se transforma en un contrato consensual, meramente productor de obligaciones, que sirve de justa causa para adquirir la propiedad mediante el cumplimiento de una de dichas obligaciones⁽²⁴⁾.

c. La prohibición, que existía en Roma, de que los extranjeros pudieran adquirir y transferir la propiedad. Si los contratos hubieran tenido efecto real, la venta no habría estado al alcance de todos, ya que los extranjeros no habrían podido comprar ni vender⁽²⁵⁾. Si bien los peregrinos no estaban legitimados para adquirir la propiedad quiritaria, gozaban de la protección posesoria, y esta circunstancia hacía posible que, a través del sistema del título y el modo, se les otorgara la "plena potestas in re", en forma similar a como la tenía el propietario⁽²⁶⁾.

En efecto, en virtud de dicha prohibición, si un peregrino compraba y el propietario le hacía tradición, no adquiriría la propiedad de la cosa -aunque sí la posesión-, pero éste respondía por evicción ya que en Roma -como en nuestro país-el comprador, *en virtud del contrato, "debe entregar la cosa"* (art. 1688) y responde "de la posesión pacífica de la cosa vendida" (art. 1696)⁽²⁷⁾.

(23) El ejercicio efectivo de dichos poderes se manifiesta, de regla, a través de la posesión- Estos conceptos, que constituyen las ideas en las que se basó el sistema romano, explicarían que en él se exigiera al propietario tener la posesión de la cosa, para transferir su derecho. En efecto, partiendo de dichas premisas, hay que reconocer que existe cierta lógica en postular -aunque ello obviamente constituye un error- que si no se tiene la posesión, no se tienen esos poderes en que consiste el derecho de propiedad y, en consecuencia, no se la puede transmitir, porque "nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" (nadie puede transferir más derechos que los que tiene).

(24) SANCHEZ FONTANS, ob. cit., p. 893.

(25) Opinión de MAYNZ, citado por CESTAU, ob. cit., pág. 19

(26) SANCHEZ FONTANS dice que la razón que acabamos de señalar es el "fundamento en virtud del cual el derecho romano no imponía al vendedor la obligación de transferir la propiedad, ni reconocía validez a tal pacto." Ob. cit., p.895.

(27) "En los tiempos antiguos la función de cambio de cosa por precio era cumplida por la *mancipatio*, la que históricamente precede a la venta. Pero mientras la *mancipatio* supone la adquisición del dominio, la venta, como se ha dicho, es sólo constitutiva de obligaciones. Pero la venta presenta ventajas sobre la *mancipatio*, en la medida en que, siendo un instituto *iuris gentium* es accesible incluso a los no ciudadanos; puede concluirse entre personas lejanas, y es eficaz también respecto de la cosa ajena o no existente al tiempo del contrato" (ALFREDO DE GREGORIO, Nuevo Digesto Italiano, XII, P. 2a. TAT-Z, págs. 880 y siguientes).

11. Estas razones explican el surgimiento del instituto históricamente, pero no pueden alegarse, huelga decirlo, para justificar su mantenimiento hoy en día.

"La tradición es, pues, un anacronismo, un resabio histórico enteramente inútil, que debe ser desgajado de nuestro sistema, como la rama seca se arranca del árbol⁽²⁸⁾". La publicidad, que es esencial tratándose de derechos reales, debe asegurarse, en el Derecho moderno, a través del Registro⁽²⁹⁾.

12. Sin embargo, el sistema romano, al exigir la entrega de la cosa para que se transfiriera la propiedad, tornaba más difícil que, en los hechos, se vendiera el bien por quien no era su propietario. Es lógico suponer que, en dicho sistema, el comprador -por una elemental razón de prudencia- no iba a realizar el contrato si antes no se aseguraba de que el vendedor tenía la posesión de la cosa, ya que sólo la entrega (transferencia de la posesión, art. 758 C. C.) lo transformaba en propietario⁽³⁰⁾. Lo consignado es aplicable incluso en los supuestos de tradición ficta, ya que en esas hipótesis -como en las de tradición real- también es necesario tener la posesión de la cosa para que el modo referido se perfeccione. Debe recordarse que, de acuerdo con la definición legal (art. 758 C. C.), la tradición es la transferencia de la posesión de una cosa y, como se sabe, "nemo dat quod non habet". (Nadie puede, por lo tanto, dar la posesión si no la tiene). Curiosamente, este fundamento jurídico podría esgrimirse hoy en día, en nuestro país, con respecto a los bienes muebles (no registrables).

III. NATURALEZA JURIDICA

13. La tradición es, para CESTAU, un contrato. Tal es la conjetura que, verosímelmente, puede inferirse de su erudito trabajo sobre el tema⁽³¹⁾.

Si bien este autor estudia la cuestión tangencialmente -al interpretar el ordinal 4º del art. 769 C. C.-, la transcrita es la conclusión que puede sacarse

(28) GAMARRA, ob. y t. cit., pág. 75.

(29) Alegar que el sistema francés es falso porque la distinción entre negocio obligacional y negocio dispositivo está fundada en la naturaleza de las cosas no me parece de recibo; el argumento, además podría resultar apropiado para fundar una ley formulada por las ciencias naturales, pero es totalmente inadmisibles aplicado al ámbito propio del "deber ser". El argumento en cuestión fue desarrollado expresamente por SÁNCHEZ FONTANS -ob. cit. p.- 903- y subyace en el informe de la Comisión Revisora de 1867 (sección III).

(30) Confrontar CESTAU, ob. cit., págs. 18 y 19. Debe tenerse presente, al analizar lo que acabo de señalar, que -por regla general- el propietario es el poseedor del bien.

(31) De la tradición, Peña & Cía. -Impresores, Montevideo- 1939.

de la mayoría de las citas doctrinarias y jurisprudenciales que hace en ocasión de realizar dicho estudio⁽³²⁾.

14. Y bien, esta tesis es inaceptable fundamentalmente por dos razones.

a. El contrato es, según el art. 1247 del C. C., un negocio jurídico productor de obligaciones. La tradición no las genera.

b. De aceptarse ese criterio se distorsionarían completamente los principios básicos que en la materia establece el Código Civil. En efecto, el Código Civil uruguayo adoptó el sistema romano.

Exigió para que se produjera el efecto real la conjunción de dos negocios de diversa naturaleza; el título (negocio jurídico obligacional) y el modo tradición (negocio jurídico dispositivo).

Siendo esto así, no es admisible sostener que la tradición es un contrato, pues en tal caso sería forzoso concluir que a través de la yuxtaposición de dos contratos -título y título parafraseando la terminología romana-, que por definición sólo producen efecto personal (arts. 1247 y siguientes del C. C.) se alcanzaría el efecto real⁽³³⁾.

15. La tradición no es, entonces, un contrato.

Utilizando la terminología hoy en boga, es pertinente consignar que la tradición es *un negocio jurídico bilateral, dispositivo, causal y de cumplimiento*.

Y si la analizamos, además, a la luz de la clasificación que distingue entre modos originarios y derivados, forzoso es concluir que debe ubicarse en esta última categoría.

16. Es bilateral porque requiere el concurso de dos partes, a fin de que mediante el acuerdo de sus voluntades se forme el consentimiento (arts. 769, ord. 4º C.C.) y el negocio jurídico se perfeccione⁽³⁴⁾.

Cada parte puede ser una o muchas personas (art. 1247 C. C.). Parte es, según COVIELLO, la persona o el conjunto de personas que obran por el

(32) Véase, en particular, el párrafo que comienza en la parte final de la página 206 y termina en la p. 207. En dicho párrafo se cita textualmente la opinión de Machado, que el autor parece compartir. (En el mismo sentido puede verse lo dicho en el ordinal 4º de la p. 197).

(33) Hay autores, sin embargo, que han aceptado esta conclusión. (Confrontar CESTAU, ob. cit., pág. 207, opinión transcrita en caracteres pequeños y en negrilla). Resulta curioso comprobar que, a pesar de sostener que la tradición es un contrato, el autor citado, al comentar el ordinal 4º del art. 769 C. C. exige - para que ésta se perfeccione- capacidad de ejercicio en el tradente pero *sólo* capacidad de goce en el "accipiens", lo cual supone una flagrante contradicción de los principios que regulan la capacidad para contratar. Si la tradición tuviera naturaleza contractual ambas partes deberían tener capacidad de ejercicio, pues la misma es un requisito esencial para la validez de los contratos (arts. 1261, ordinal 2º y concordantes del C. C.).

(34) Es decir nazca, tenga plena fuerza jurídica (Diccionario de la Lengua Española, XIX edición. voces perfección y perfeccionar).

mismo interés propio; por lo que es única si el interés es único y dos si los intereses son dos⁽³⁵⁾.

17. Es dispositivo porque tiene aptitud para producir un efecto real: la transferencia de la propiedad o de un derecho real menor de goce -v. gr. el usufructo-, o la constitución de un derecho real menor de goce -usufructo, uso, habitación y servidumbre; arts. 496, 542 y 636 del C. C-. Dejo de lado, por el momento, la consideración de lo que el Código denomina "tradición de un crédito" (art. 768, incisos 2º y 3º).

La categoría del negocio jurídico dispositivo se construye por oposición a la de negocio jurídico obligacional: éste produce exclusivamente efecto personal, es decir, obligaciones y derechos personales.

Esta clasificación, como surge de lo expuesto, se realiza teniendo en cuenta los efectos del acto jurídico⁽³⁶⁾.

18. Es causal en virtud de que la función económico-social (causa) a que responde resulta evidenciada y visible en su estructura, caracteriza su tipo como negocio jurídico y despliega, por lo tanto, una influencia directa al determinar sus efectos⁽³⁷⁾.

Desde sus orígenes, en Roma, la tradición fue, a diferencia de otros negocios jurídicos -v. gr. la *mancipatio*-, un negocio causal. Esta última "podía emplearse en el derecho clásico para fines abstractos; es decir, transmitir la propiedad prescindiendo de la naturaleza y validez del negocio causal (por ej. compraventa, donación, constitución de dote, pacto de fiducia), a base del cual se efectuaba"⁽³⁸⁾.

En la "traditio" "sólo se veía el acto real de la entrega de la posesión, al cual prestaba su efecto transmisor la causa sobre que se fundaba"⁽³⁹⁾.

Comparto, pues, la posición de SANCHEZ FONTANS para quien la tradición regulada por el Código Civil es un negocio causal⁽⁴⁰⁾.

El modo tradición solamente produce el efecto real si se hace en virtud de título hábil para transferir el dominio (art. 769, ord. 3º C. C), es decir, si

(35) Ob. cit., pág. 354, Nº 102.

(36) GAMARRA, ob. y t. cits., pág. 49.

(37) La definición de negocio causal -por oposición a negocio abstracto- es de BETTI (ob. cit., pág. 157).

(38) P. JORS-W. KUNKEL, Derecho Privado Romano, pág. 181.

(39) P. JORS - W. KUNKEL, ob. cit., pág. 182.

(40) Ob. cit., pág. 898.

se efectúa en cumplimiento de la respectiva obligación de entregar y, por otra parte, el contrato que la precede sólo alcanza a cumplir su función o finalidad mediante la tradición⁽⁴¹⁾.

19. Y, por último, la tradición es un negocio jurídico de cumplimiento⁽⁴²⁾, característica que se encuentra estrechamente vinculada con la que acabo de desarrollar.

La tradición supone el cumplimiento de una de las obligaciones que surge del título -v. gr. la obligación de entregar la cosa que nace del contrato de compraventa, art. 1661 C. C.-, y esta circunstancia la condiciona y caracteriza en forma específica.

Guardando congruencia con los conceptos desarrollados -la tradición como negocio jurídico causal y de cumplimiento- el art. 772 del C. C. prescribe que "el error en el título invalida la tradición".

Los supuestos que establece la norma son todos de nulidad absoluta del contrato por ausencia de consentimiento (art. 1261 C. C.) y, en consecuencia, al no surgir obligaciones la tradición no puede llevarse a cabo válidamente, ya que no es posible cumplir una obligación inexistente.

20. A mi juicio, los dos elementos esenciales de dicho modo son: a) la transferencia de la posesión y b) que ésta se realice en cumplimiento de la obligación respectiva emergente del título hábil para adquirir el dominio⁽⁴³⁾.

Si ésta es hecha por quien no es dueño no se produce el efecto real (arts. 769, ord. 1º y 775 C. C), pero existe como negocio jurídico y puede producir, eventualmente, ciertas consecuencias (art. 775, inciso final y 1681 C.C).

Pero si no se transfiere la posesión (art. 758 C.C) o dicha transferencia no se realiza en cumplimiento de la correspondiente obligación emergente del título respectivo, no es posible, a mi juicio, afirmar que se ha configurado, que tiene existencia como negocio jurídico.

21. Y es, además, un modo derivado. El modo es derivado si, conforme a la valoración que realiza el orden jurídico, "la adquisición está justificada por

(41) SANCHEZ FONTANS dice que el título no constituye la causa de la tradición, ambos negocios cumplen la función de concausa respecto a la consecuencia jurídica que consiste en la producción del efecto real (ob. y pág. cits.).

(42) GAMARRA, ob. y t. cits., pág. 36; SANCHEZ FONTANS, ob. cit., pág. 898.

(43) Como ha dicho SANCHEZ FONTANS con su habitual precisión, lo que caracteriza "a la tradición subsiguiente a la venta no es propiamente la intención o voluntad de transferir el dominio, sino de cumplir la obligación del vendedor" (ob. cit., pág. 898). Esta afirmación que, "prima facie", aparece como absolutamente contradictoria con lo dispuesto por el art. 758 del Código Civil -si se lo analiza en forma aislada- resulta, a mi juicio, una conclusión necesaria si se realiza una interpretación sistemática del conjunto de las disposiciones que regulan la tradición.

una relación del adquirente con *otra persona legitimada*, mediante la cual se opera necesariamente"; es originario si "la adquisición se justifica por una relación inmediata con el objeto de cuya adquisición se trata, sin depender de la mediación de otra persona"⁽⁴⁴⁾. Agrega BETTI, y a mi juicio este es un punto esencial, que la cuestión de si una determinada adquisición se produjo o no por un modo derivado "no encuentra motivo para ser planteada sino en aquellos casos en que una persona *ocupa el puesto de otra* respecto a un cierto interés que el Derecho protege. Donde no sea concebible que el adquirente subentre en lugar de otro, tampoco tiene sentido presentar tal cuestión"⁽⁴⁵⁾.

Conforme a ello, la usucapión es siempre un modo originario, incluso la prescripción abreviada (con justo título y buena fe)⁽⁴⁶⁾.

22. Cierta doctrina entiende, por su parte, que la tradición es una convención⁽⁴⁷⁾.

Si comprendemos dentro del concepto de convención al negocio jurídico bilateral que produce obligaciones, pero también al que es idóneo para modificarlas o extinguirlas, y siempre que incluyamos en dicho concepto negocios con aptitud para producir un efecto real, nada obsta, en mi opinión, a considerar admisible esta última tesis. La misma, por otra parte, no es incompatible con la posición desarrollada en primer término. Se trata, simplemente, de un cambio en la terminología utilizada.

Si tomamos en cuenta esa precisión considero que dicha terminología es apropiada para definir el instituto y ello -fundamentalmente- por las razones que expongo a continuación.

23. El Código Civil emplea la voz convención al definir el contrato(art. 1247). Este sería, entonces, una especie dentro del género convención (la que

(44) BETTI, ob. cit., pág. 23. Tomo estas definiciones de BETTI por la precisión que tienen, pero es necesario aclarar que, al referirse a estos conceptos, dicho autor utiliza una terminología diferente a la usada en este trabajo.

(45) Ob. cit., pág. 26. Como dije en nota anterior, BETTI utiliza otra terminología -de mayor generalidad a mi juicio-, pero creo que los conceptos por él desarrollados se pueden extrapolar a la clasificación que estoy analizando.

(46) "En efecto, quien adquiere mediante usucapión, aunque haya obtenido la posesión en forma derivativa, no llega a la propiedad apoyándose en una relación con el anterior propietario o con persona facultada para disponer del derecho de éste, sino que adquiere basándose en la propia posesión de la cosa prolongada por el tiempo requerido. La pérdida del derecho por parte del precedente propietario no es aquí el *prius*, sino, por el contrario, el *posterius* respecto a la adquisición por parte del nuevo". BETTI, lug. últ. cit., nota N° (7).

(47) CESTAU -ob. cit., págs. 207 y 208- cita a GALIANO y a ALESSANDRI RODRIGUEZ como partidarios de esta posición. Según parece -por lo que surge de la nota 15, pág 207- SAVIGNY y FREITAS eran de la misma opinión.

crea obligaciones y derechos personales); otra especie sería la tradición (que las extingue, ya que constituye el cumplimiento de una de dichas obligaciones).

24. El hecho de utilizar un concepto usado por el Código Civil facilita y otorga coherencia a la aplicación analógica de algunas disposiciones que regulan los contratos a la tradición (v. gr. los preceptos sobre capacidad, vicios del consentimiento), lo que permite subsanar algunas graves omisiones en que ha incurrido el Código en la materia. A las convenciones que exorbitan la definición legal del contrato pueden aplicarse las normas que rigen a los contratos, en ausencia de previsión expresa, pero esta aplicación no se hace por vía directa, sino por analogía⁽⁴⁸⁾.

IV. ANALISIS DE LA DEFINICION LEGAL

25. Según el art. 758 C. C. 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".

Al respecto, corresponde hacer las precisiones que seguidamente expongo.

26. Como ya dije, el contenido fundamental de la tradición es la transferencia de la posesión y que ésta se haga en cumplimiento de la obligación respectiva, que surge del título hábil para transferir el dominio. (Ver supra III, Nos. 19 y 20).

SANCHEZ FONTANS dice que "lo que confiere significación jurídica al hecho de la entrega es el contenido volitivo del acto o negocio jurídico, que le sirve de título"⁽⁴⁹⁾.

Si bien el segundo elemento -el que se refiere a la tradición como negocio de cumplimiento- no está mencionado expresamente en la definición legal, algunas disposiciones del Código Civil se relacionan con él. En particular corresponde destacar, por su importancia, el art. 772. Si el título es nulo, la tradición carece de validez, ya que al no existir obligación alguna que cumplir no es posible llevarla a cabo.

Quizá podría sostenerse que el art. 758 alude a dicho elemento, aunque de manera imperfecta, al hablar de "ánimo de transferir el dominio".

Dicho ánimo derivaría -sería consecuencia- del hecho de haber celebrado, con anterioridad, un negocio jurídico *cuya finalidad* está dirigida a producir un traspaso definitivo o el nacimiento de ciertos derechos reales.

(48) Opinión de CARRESI, citado por GAMARRA, ob. cit., pág. 39 y nota N° 103.

(49) Ob. cit., pág. 898.

27. En general, en relación con las disposiciones de este Título, la ley alude fundamentalmente a la transferencia del dominio como efecto típico de la tradición.

Esta afirmación debe ser completada en un doble sentido: a) la tradición es apta, además, para producir la transferencia del derecho de usufructo; y b) lo es también para la constitución de los derechos reales menores de goce a los que el Código llama desmembramientos del dominio (art. 472), es decir, usufructo, uso, habitación y servidumbre. No es posible incluir estos últimos tres derechos en el literal a) porque las servidumbres no admiten ser transferidas con independencia del predio "a que activa o pasivamente pertenecen" (art. 553 C. C.) y los derechos de uso y habitación "no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse" (art. 549 de dicho Código).

28. La referencia, en la definición, a la facultad de transferir el dominio alude, obviamente, a lo que, en la actualidad, se conoce como legitimación para disponer. Sin embargo, "la exigencia de que la tradición se haga por el dueño o por su representante no es requisito de validez del negocio"⁽⁵⁰⁾.

Comparto esta posición y creo que la misma puede fundarse, sin lugar a dudas, en lo dispuesto por los arts. 769, ordinal 1º y 1681 del Código Civil.

29. El primero de los arts. mencionados prescribe la ineficacia de la tradición "a non domino", no su nulidad.

30. Y en cuanto a los supuestos del art. 1681 -que en todos los casos prevé hipótesis de tradición "a non domino"-, para que opere la legitimación superviniente resulta forzoso admitir que la tradición hecha inicialmente también es válida, ya que esta calidad constituye un presupuesto indispensable para que se produzcan las consecuencias jurídicas que la norma citada determina.

31. En consecuencia, "si bien la transferencia del dominio es el efecto típico y normal de la tradición, la legitimación del tradente no es requisito esencial para su validez"⁽⁵¹⁾. O, para decirlo de otra manera, *la legitimación para disponer es presupuesto de eficacia pero no de validez de la tradición*.

32. La ineficacia puede derivar de la falta de uno de los elementos esenciales del negocio jurídico (causa intrínseca), o bien de la ausencia de una circunstancia extrínseca al negocio mismo, que es necesario que exista para que el negocio produzca todos sus efectos (causa extrínseca).

"La ineficacia por causa intrínseca puede llamarse exactamente *invalidéz*; si el negocio carece de uno de los elementos esenciales, no es válido. La

⁽⁵⁰⁾ SANCHEZ FONTANS, ob. cit., pág. 897.

⁽⁵¹⁾ SANCHEZ FONTANS, ob. y pág. citadas en último término.

ineficacia por causa extrínseca puede llamarse simplemente, y en sentido estricto, *ineficacia*; el negocio en sí es válido, pero no produce todos o alguno de los efectos que produciría, considerado abstractamente, y, por lo mismo, es simplemente ineficaz"⁽⁵²⁾.

33. En opinión de CESTAU el artículo comentado utiliza como sinónimos las palabras tradición y entrega⁽⁵³⁾. Sin embargo, la tradición puede llevarse a cabo no solamente a través de la entrega material de la cosa, sino también por medio de otras formas prescritas por la ley que nada tienen que ver con ésta.

(v. gr. arts. 764 y 767 C. C.). La imprecisión de la definición legal puede obedecer al hecho de "haber conservado los romanos la palabra *tradición*, locución latina que significa entrega material, al establecer la entrega simbólica"⁽⁵⁴⁾.

34. En realidad, un estudio sistemático de las disposiciones del Código Civil nos revela que la palabra entrega no siempre se utiliza como sinónimo de tradición.

Si bien en algunos artículos ha sido usada con ese significado (v. gr. 758 y 1686 C. C.), aludiendo a la transferencia de la posesión, la voz entrega es empleada en muchas ocasiones para hacer referencia no a la posesión sino a la mera tenencia (por ejemplo arts. 653, 2216 y 2240 del C. Civil).

35. La tradición, sin embargo, supone siempre la transferencia de la posesión (arts. 647 y 758 del C. C.).

La tradición puede ser real o ficta, pero obviamente no se produce si el tradente no es poseedor. La transferencia de la posesión es, entonces, un elemento esencial o constitutivo de aquélla, de tal modo que su falta "implica la falta del negocio jurídico mismo"⁽⁵⁵⁾. En suma, supone su inexistencia, situación que, en nuestro derecho, se equipara a la nulidad absoluta⁽⁵⁶⁾.

Y en esta materia rige, también, el principio de la legitimación para disponer, es decir, sólo puede transferir la posesión el poseedor. La prueba de la adquisición de la posesión requiere -afirma GUILLOT- la "demostración de

(52) COVIELLO, NICOLAS; Doctrina General del Derecho Civil, pág. 366.

(53) Ob. cit., pág. 160.

(54) Opinión de DUQUE, citado por CESTAU, ob. cit., pág. 161.

(55) COVIELLO, ob. cit., pág. 364, N° 104.

(56) Confrontar GAMARRA, ob. cit., t. 10, pág. 10 y, en especial, la referencia bibliográfica que figura en la nota N° 5 de dicha página.

la posesión del tradente, del mismo modo que para probar el dominio no basta con demostrar que se ha adquirido la cosa de otro sino que se ha de acreditar que ese otro o sus causantes eran dueños⁽⁵⁷⁾. Dicha transferencia no tiene que producirse, exclusivamente, a través de la aprehensión corporal de la cosa (tradicción real, arts. 760 a 762 C. C.), también puede llevarse a cabo mediante tradición ficta (arts. 763 a 768).

36. Se puede transferir la posesión estando la mera tenencia a cargo de un tercero; por ejemplo cuando el poseedor -que no necesariamente debe ser el propietario- vende una cosa arrendada: "en este caso el vendedor cumple con su obligación de entregar"⁽⁵⁸⁾.

37. Por el contrario, "cuando la cosa está poseída por un tercero el vendedor deber recobrar previamente la posesión, para poder dar cumplimiento a su obligación, ejercitando a tal efecto las acciones correspondientes u obteniendo que el tercero la entregue al comprador"⁽⁵⁹⁾. El autor citado sostiene -aun cuando reconoce que la cuestión es dudosa- que si el comprador es privado de la cosa por medio de una acción posesoria no hay evicción, sino incumplimiento de la obligación de entregar: "el vendedor debe transferir una posesión legítima; si transfiere una posesión viciada incumple con su obligación de entregar. La misma solución se adopta en el Derecho Romano, cuyo sistema siguió nuestro Código"⁽⁶⁰⁾.

Creo que, en efecto, este es el sistema del Código Civil; el tradente debe (art. 758 C. C.) transferir la posesión, para lo cual debe tenerla, porque nadie puede dar lo que no tiene ("nemo dat quod non habet"). Se aplica, aquí también, el principio de la legitimación para disponer: si el tradente no tiene la posesión aunque entregue la cosa -en forma real o ficta- no hay tradición⁽⁶¹⁾.

38. No entiendo, por ello, que dicho autor señale, luego, que "cuando la cosa está poseída por un tercero, el comprador puede reivindicarla, porque así hubiera podido hacerlo el enajenante (que perdió la posesión pero ha transmitido la propiedad y el derecho de poseer)"⁽⁶²⁾.

(57) GUILLOT, De la posesión y de la reivindicación, p. 36.

(58) GAMARRA, ob. cit., t. 3º, v. II, pág. 41.

(59) Lug. últm. cit., pág. 80.

(60) Lug. últm. cit.

(61) Lo expuesto podría llevar a sostener que el mero tenedor nunca -en ningún supuesto- podría efectuar tradición. Debe recordarse, sin embargo, lo dispuesto por el art. 1199 C. C.: el mero tenedor podrá hacer tradición, con la transferencia de la posesión que ella implica, sólo en el supuesto de interversión del título que regula dicha norma, circunstancia que, como es obvio, deberá ser apreciada caso por caso.

(62) Ob. cit., t. 3º, v. II, pág. 43.

GAMARRA cita dos fallos jurisprudenciales -de primera y segunda instancia- dictados en un juicio en que se entabló la acción reivindicatoria, que recogen matices, esta última opinión que acabo de transcribir⁽⁶³⁾.

La sentencia de primera instancia menciona, por su parte, la posición de LAGARMILLA quien ha sido el autor que, en forma más tajante -a mi juicio-, ha desarrollado la tesis de la validez de la tradición realizada por quien no es poseedor.

39. Dice LAGARMILLA: "Cuando la ley habla de la transferencia de la posesión no pretende exigir la posesión de hecho ni el derecho de posesión en el tradente, aun cuando sólo tenga éste el derecho de poseer, la tradición da el dominio al adquirente. Nos parece que esto es indudable"⁽⁶⁴⁾.

Conviene aclarar, para comenzar, que el derecho de posesión (art. 649 ord. 3º del C. C) no tiene relación con la cuestión debatida y que la locución "posesión de hecho", que LAGARMILLA parece utilizar por oposición a los términos derecho de posesión es, en mi opinión, impropia y debe descartarse a fin de evitar confusiones. Hablemos, pues, simplemente de posesión.

40. Pero, además, y esto es lo fundamental, la tesis es errónea porque desconoce lo dispuesto por los arts. 758 y concordantes del C. Civil, que constituyen la legislación especial en la materia.

La ley dice expresamente que la posesión es transmisible a título singular y a título universal: "a título universal, por herencia, en virtud del artículo 1039 que establece que la propiedad y posesión de todos los bienes pasa de pleno derecho a los herederos en el momento de la muerte; y a título singular, por la forma en que nuestra ley reglamenta la tradición, en que si bien por su ubicación aparece como un modo de adquirir el dominio, en principio, antes que eso, es un modo de adquirir la posesión por cuanto mediante la tradición puede no transmitirse el dominio *pero lo que siempre se ha de transmitir es la posesión*. Es lo que establece el artículo 775 del Código Civil"⁽⁶⁵⁾. (Las negrillas no figuran en el texto original).

41. Cuando el tradente no está en posesión de la cosa, la tradición y, en consecuencia, la transferencia del dominio, es jurídicamente imposible, "porque por mucho que se idealice ese modo de adquirir, despojándolo de las formas

(63) Dichas sentencias figuran transcritas en LJU, t. XV, N° 2392, pág. 43 y siguientes.

(64) LAGARMILLA, E. J., De las acciones en materia civil, pág. 88.

(65) Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 74 (núm. extr.), 1988, "Accesión de posesiones", por los Escrib. Arturo Iglesias y Enrique Arezo Piriz. (Opinión vertida, en disertación realizada en la referida entidad, por el primero de los nombrados).

externas y visibles, para convertirle por ficción casi en exclusivo acuerdo de voluntades, es siempre esencial a toda tradición, real o ficticia, material o simbólica, que el enajenante se encuentre en posesión de la cosa que va a ser transferida, a fin de que el adquirente esté por lo menos en la posibilidad de ejercer su potestad física sobre la cosa(arts. 758, 763 y 765 del Código Civil)"⁽⁶⁶⁾.

42. SANCHEZ FONTANS señalaba, con su habitual agudeza, que "la innovación del Código francés no se limita a presumir en el contrato de venta la cláusula de tradición ficta. Al atribuir a esas formas de tradición espiritualizada los mismos efectos que a la tradición real, el sistema romano mantenía el principio de que la propiedad, sólo podía adquirirse mediante la tradición o entrega de la posesión. En el sistema francés, por el contrario, el solo consentimiento transfiere la propiedad, aunque no se transfiera la posesión o disponibilidad de hecho sobre la cosa". Y agrega, "en este aspecto radica el mayor acierto del sistema francés, desde el punto de vista dogmático, la crítica más aguda y profunda del sistema tradicional"⁽⁶⁷⁾.

43. Por las razones expuestas no comparto tampoco -por no ajustarse a todas las situaciones que pueden darse-, la explicación que da GAMARRA acerca del fundamento de los arts. 1698 y 1703 del Código Civil, "ante el caso de prescripción, iniciada por un tercer antes del contrato, y consumada luego de éste"⁽⁶⁸⁾.

En efecto, si la cosa está poseída por un tercero cuando se hace "tradición" al comprador -que es una de las hipótesis que puede plantearse-, este supuesto no corresponde a un caso de evicción, sino de incumplimiento de la obligación de entregar.

Si el vendedor incumple su obligación de entregar cuando transfiere una posesión viciada y, a causa de ello, el comprador es privado de la cosa por medio de una acción posesoria -por ejemplo-, debe sostenerse que hay incumplimiento de dicha obligación y no evicción cuando no se transfiere posesión de clase alguna (ni siquiera una posesión viciada).

44. Estrechamente vinculado con la cuestión que acabo de desarrollar se encuentra el debatido tema de la cesión de la acción reivindicatoria. "Traducida esta solución al plano del derecho sustancial no es otra cosa que reconocer la

⁽⁶⁶⁾ Fallo de la Alta Corte de Justicia del 30.VI.916, citado por CESTAU, ob. cit., págs. 401 y 402.

⁽⁶⁷⁾ Ob. cit., pág. 961.

⁽⁶⁸⁾ Lug. útm. cit., pág. 78.

posibilidad de que se venda o ceda el derecho de propiedad independientemente de la posesión"⁽⁶⁹⁾.

En efecto. El propietario que no es poseedor no puede transferir su derecho, pero ¿podrá transferir la acción reivindicatoria?; ¿podrá transferir su derecho de poseer?.

45. Si fuera posible tal cesión el propietario y vendedor -por ejemplo- que no fuera poseedor podría efectuarla; y el comprador y cesionario estaría en condiciones de lograr la posesión de la cosa y, al obtenerla, se transformaría en propietario del bien. De admitirse esta posibilidad sería razonable sostener que el consentimiento del cedente de la acción constituye, también, la manifestación de voluntad requerida por el ordinal 4º del art. 769 del C. C. La transferencia de la posesión (art. 758), la tradición, recién operaría cuando el cesionario lograra la posesión de la cosa por sentencia judicial.

46. En la misma línea de pensamiento el propietario podría, también, realizar solamente el negocio jurídico de cesión de la acción reivindicatoria, con lo cual el cesionario se transformaría en un verdadero propietario ya que se encontraría en condiciones -por tener los medios legales específicos para ello- de asegurarse el goce pleno y total de una cosa y podría impedir que los terceros turbaran, de cualquier forma, el mismo.

47. Por el contrario, de no aceptarse dicha cesión, el propietario no poseedor se vería obligado a iniciar la acción reivindicatoria y a triunfar en el juicio respectivo para estar en condiciones de realizar la transferencia de su derecho.

48. Sin embargo, considero que la cesión de la acción reivindicatoria con independencia del derecho real de que se trata es improcedente, por las razones que seguidamente expongo.

49. Si bien el dominio puede subsistir sin la posesión y aun sin el derecho de posesión, el derecho de poseer -es decir, el que asegura la acción reivindicatoria- "está naturalmente ligado" a la propiedad (art. 490 C. C.). Una interpretación sistemática de las normas que regulan la materia y de este artículo, en particular, autoriza a afirmar que la propiedad no puede subsistir sin el derecho de poseer, ni éste sin aquella.

50. El reivindicante es obligado a presentar la prueba de su propiedad (art. 679 C. C.) y, en consecuencia, necesariamente deberá haber adquirido la posesión de la cosa para demostrar la titularidad del derecho⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ SANCHEZ FONTANS, ob. cit., pág. 902.

⁽⁷⁰⁾ La hipótesis de una persona que solamente sea titular de la acción reivindicatoria y que no sea propietario, es obviamente un supuesto no previsto por la ley y totalmente ajeno a los principios consagrados por el Código Civil en la materia.

51. El derecho de propiedad supone la "plena potestas in re" y ello se logra, básicamente, porque su titular está protegido por la acción de dominio. El derecho subjetivo, el de propiedad en este caso, no es lo protegido -el interés, la voluntad, etc.- sino la protección -como ha dicho Kelsen-, es decir, la acción reivindicatoria. Puede decirse y dicha afirmación es esencialmente exacta, que los términos dominio y acción reivindicatoria son equivalentes, equiparables, correspondientes.

En virtud de ello, no es admisible que, mediante el subterfugio de ceder la acción, se pretenda salvar el escollo que significa la imposibilidad de hacer tradición si no se tiene la posesión de las cosa.

52. Porque el derecho de propiedad es un derecho unitario y simple⁽⁷¹⁾. Resulta equivocado concebirlo como la suma de ciertas facultades, entre las cuales estaría el derecho de poseer, que podrían cederse con independencia de aquél (separadamente).

El derecho de propiedad supone, como dije antes, la "plena potestas in re", es decir, todos los poderes que se pueden tener o que es posible concebir sobre una cosa; lo cual supone poseer el medio legal -la acción reivindicatoria en este caso- que permita excluir a todos los demás de la utilización o aprovechamiento -cualquiera que sea- de la cosa.

Reitero: si bien dominio y acción reivindicatoria no son términos sinónimos, puede decirse, y dicha afirmación es esencialmente exacta, que son términos equivalentes.

53. Quienes postulan que la acción reivindicatoria puede cederse, fundan su posición en lo dispuesto por el art. 685 del Código Civil. De este artículo infieren que "únicamente después de trabado el pleito" se impide al reivindicante ceder su acción reivindicatoria y su derecho de poseer. Antes de notificada la demanda "puede verificarse la cesión, porque ninguna ley se lo prohíbe, y porque se trata de derechos que le pertenecen, y que están en el comercio de los hombres (artículos 460, 486, 685 y 1668 del Código Civil)." "Para que la cesión transmita los derechos y acciones al cesionario basta que se haga la tradición de los mismos en la forma que el artículo 768 del Código Civil señala especialmente para la tradición de los *derechos y acciones*, es decir, mediante la entrega de los documentos que sirven de título o por el uso de uno y la paciencia del otro.

⁽⁷¹⁾ Posición de COVIELLO, citado por GAMARRA, ob. cit., t. II, pág. 229, nota (7). Creo que la concepción de COVIELLO sobre el derecho de propiedad es aplicable en la especie, aun cuando debe reconocerse que la misma se desarrolló en relación con los derechos reales menores de goce y no respecto al derecho de poseer.

Llenados estos requisitos el cesionario se hace *dueño del derecho* de poseer y de la *acción* reivindicatoria, y como tal dueño, puede ejercitarlos útilmente contra el poseedor⁽⁷²⁾.

54. El punto es de difícil elucidación y debe reconocerse que el argumento transcripto, basado en el art. 685 resulta de peso aunque, a mi juicio, no es decisivo.

Prefiero inclinarme por la posición que sostiene la improcedencia de la cesión de la acción reivindicatoria.

55. Para demostrar que la tesis que rechazo no es de recibo, resulta útil pensar en la contradictoria e inaceptable conclusión a la que se llega si aplicamos hasta sus últimas consecuencias los principios en los cuales aquélla se funda⁽⁷³⁾.

Quienes postulan la tesis que critico refieren la interpretación a "contrario sensu" del art. 685 exclusivamente al concepto de "acciones".

Dicha posición es arbitraria porque, en realidad, el artículo habla no sólo de acciones sino también de "derechos" "respecto de la cosa reivindicada." Si se pretende ser congruente, la interpretación debe abarcar todos los supuestos que maneja la ley y no uno solo de ellos (donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir).

56. Cabe preguntarse, entonces: ¿a qué derechos se está refiriendo la norma? La respuesta la proporcionan los artículos 676 y 677 del Código Civil: se trata del derecho de propiedad y los derechos reales menores de goce.

En consecuencia, para que la posición que rechazo fuera objetiva y coherente debería sostener que dichos derechos -al igual que la acción- pueden transferirse aun cuando su titular no sea poseedor de los mismos⁽⁷⁴⁾, lo cual supone sentar el principio contrario al que se consagra en el Código Civil (arts. 758, 763, 1680 y concordantes).

En suma, equivaldría a sostener que, por lo menos en algunos casos -v. gr. "constitutum possessorium"- el mero consentimiento transfiere la propiedad, como sucede en el sistema francés.

57. La complejidad de la cuestión debatida deriva de la desafortunada redacción del art. 685⁽⁷⁵⁾, pero parece excesivo derogar los principios básicos

(72) Sentencia de la Alta Corte de Justicia, citada por CESTAU, ob. cit., pág. 391.

(73) Una especie de demostración por el absurdo.

(74) En efecto, al iniciarse la acción reivindicatoria -supuesto en que, como es obvio, el actor no tiene la posesión de la cosa- y antes de notificada la demanda, por qué no inferir, "a contrario sensu", que la cesión de los derechos es procedente.

(75) Sobre las dificultades de interpretación que suscita el artículo puede verse GAMARRA, ob. cit., t. VIII, pág. 114 y siguientes.

y de carácter general del sistema uruguayo en base a una norma que regula un caso especial, recurriendo para ello, además, a una interpretación "a contrario sensu", la cual nunca resulta concluyente por sí sola.

58. Resumiendo:

a) si aplicamos en forma coherente y sistemática el principio en el que se funda la interpretación que rechazo, la conclusión a la que se llega es absurda;

b) y, por otra parte, no es admisible referir dicho principio hermenéutico, en forma arbitraria, a la acción reivindicatoria solamente, porque a ello se opone la máxima que prescribe que donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir.

59. Con respecto a las menciones hechas al art. 768 para fundar la tradición de la acción reivindicatoria y el derecho de poseer (supra nota al pie N° 66, referencia hecha en una sentencia de la Alta Corte de Justicia), cabe señalar:

a) ni dicho artículo ni ningún otro del Título sobre la tradición se refieren a la tradición de las acciones;

b) la palabra "derechos" consignada en su inciso primero alude a los derechos reales menores de goce, no se refiere al derecho de poseer y ni siquiera a la propiedad, derecho que el Código Civil confunde con la cosa sobre la que recae, siguiendo en esto la tradición romana;

c) si bien una de las formas de tradición que el artículo menciona - "entrega de los documentos que sirven de título" - no implica la aprehensión corporal de la cosa o el ejercicio del derecho, sí supone que quien hace la tradición ficta sea poseedor porque, en caso contrario, no se daría cumplimiento a lo dispuesto por el art. 758 C. C.

60. En la actualidad, estas conclusiones parecen absurdas ya que no se adaptan a las ideas e ideologías en boga en materia social, económica e incluso jurídica (libre mercado, libre circulación de los bienes, principio de la autonomía de la voluntad), pero son las que se desprenden del Código Civil que, en esta materia, ha seguido estrictamente los principios rectores del Derecho Romano.

Como dije al comienzo, comparto plenamente la posición de GAMARRA para quien la tradición es un anacronismo, y creo que ya es hora de modificar sustancialmente el sistema del Código Civil, admitiendo que el propietario, que no es poseedor, pueda transferir su derecho.

61. Siendo la propiedad un derecho subjetivo, una abstracción, un bien incorporeal, mediante el cual se establece una relación jurídica de un sujeto con

un conjunto de personas⁽⁷⁶⁾ con referencia a una cosa, resulta lógico, racional y adecuado a su naturaleza jurídica establecer que puede disponerse de él sin necesidad de transferir la posesión de la cosa.

V. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE SE TRANSFIERA EL DOMINIO POR TRADICION (ART. 769 DEL C. C)

62. La palabra *requisito* significa "circunstancia o condición necesaria para una cosa"⁽⁷⁷⁾. Puede referirse, además a circunstancias intrínsecas o extrínsecas, esenciales o accidentales y al ámbito de validez o de eficacia del negocio jurídico⁽⁷⁸⁾.

Prefiero, por ello, utilizar la voz requisito en lugar de presupuesto, concepto éste más limitado ya que la "orientación dominante caracteriza al presupuesto como una circunstancia extrínseca al negocio"⁽⁷⁹⁾.

Según se desprende de algunos de sus artículos -87 y 1261, por ejemplo- el Código Civil utiliza la palabra requisito en un sentido amplio, que se ajusta a la definición del Diccionario y a las características señaladas.

63. Con esta cuestión de índole semántica se encuentra vinculado el hecho de determinar si tales requisitos son de validez o de eficacia. A pesar de que hay quienes han resuelto en uno u otro sentido (afirmando que *todos* los requisitos son o de validez o de eficacia) el problema planteado, entiendo que tal enfoque del tema es erróneo.

En realidad, los requisitos enunciados por el art. 769 del Código Civil son *algunos* de validez y *otros* de eficacia.

Corresponde señalar, por otra parte, que los mismos deben entenderse referidos no sólo a la adquisición de la propiedad -como surge del acápite del artículo-, sino también a su transmisión y a la transferencia y constitución de los derechos reales menores de goce⁽⁸⁰⁾.

64. Es pertinente, entonces, hacer el análisis de cada uno de ellos.

65. "*Que la tradición se haga por el dueño o por su representante legal*" (ordinal 1º).

(76) El llamado sujeto pasivo universal (Planiol y Ripert).

(77) Diccionario de la Real Academia Española, decimonovena edición.

(78) Cfr. GAMARRA, ob. cit., t. X, pág. 31. Este autor refiere la distinción -obviamente- al contrato, pero, a mi juicio, la misma resulta aplicable en lo esencial al tema a estudio.

(79) GAMARRA, ob. cit., t. 10, pág. 35.

(80) Debe recordarse, sin embargo, lo dispuesto por el art. 549 C. C.

"Nemo dat quod non habet", "nemo plus juris tranferre potest, quam ipse habet" (ULPIANO, D. 50, 17, 54); es decir, no se puede dar lo que no se tiene, no se pueden transferir más derechos que los que se tienen.

Este principio jurídico fundamental que recogen las paremias transcritas viene, obviamente, del Derecho Romano y no es más que la aplicación a la materia jurídica de un elemental axioma lógico. Tal lo que consagra el ordinal a estudio.

Modernamente, a dicho principio, del cual se derivan diversas y fundamentales consecuencias jurídicas, se lo estudia y desarrolla a través del concepto de la legitimación para disponer.

Cuando una persona pretende transferir un derecho a través de un negocio jurídico que tiene aptitud para ello, y es titular de dicho derecho, decimos que tiene legitimación para disponer. En caso contrario, es decir, cuando no es titular del mismo, afirmamos que carece de legitimación. Este concepto resulta fundamental en los regímenes que, como el uruguayo, se adhirieron a la teoría del título y el modo, por la diversa trascendencia que tiene la titularidad del derecho con relación a los negocios jurídicos obligacional y dispositivo.

La legitimación para disponer es irrelevante respecto al título hábil para adquirir el dominio (negocio obligacional, art. 705 C. C.).

Además, en principio, la ausencia de legitimación para disponer -es decir, el hecho de no ser titular del derecho respectivo- no constituye circunstancia suficiente que amerite reclamar la resolución del contrato por incumplimiento; a menos que se haya pactado la cláusula de título perfecto (v. gr.: que el vendedor se haya obligado a transferir la propiedad)⁽⁸¹⁾.

El contrato no tiene aptitud para producir, en forma autónoma (por sí solo), la transferencia de un derecho real; en consecuencia es un hecho irrelevante, en relación con su perfeccionamiento y eficacia, que la parte que lo celebra sea titular de aquél.

Aunque con imperfecta redacción, el Código Civil señaló expresamente esta característica respecto al contrato de compraventa (art. 1669). La disposición es pleonástica y se limita a aplicar a un caso concreto los principios generales consagrados en otros artículos (por ejemplo: 1247, 1292 y 1293).

Es indudable que la "venta" (el contrato de compraventa) de cosa ajena "vale" (es válida y eficaz) "sin perjuicio de los derechos del dueño".

Y ello, por cuanto los contratos -incluso los títulos de adquirir, art. 705- sólo producen ciertos efectos jurídicos: obligaciones y derechos personales. Esa es su eficacia.

(81) GAMARRA, ob. cit., t. 10º, pág. 223 y siguientes.

Siendo esto así, resulta pleonástico afirmar que la titularidad del derecho de propiedad no va a verse afectada por el contrato de compraventa que se realice respecto a la cosa sobre la cual aquél recae. En efecto, si el contrato carece de aptitud para producir efecto real, en la especie la transferencia del derecho de propiedad, es obvio que su perfeccionamiento de ninguna manera puede alterar la titularidad del derecho real de que se trate.

Con respecto a la tradición la situación es diferente pues este modo de adquirir tiene aptitud para producir el efecto real y, por lo tanto, en este caso sí tiene sentido aplicar la máxima romana aludida anteriormente. La conclusión es, entonces, opuesta a aquella a la que se llega en relación con el negocio obligacional: la legitimación para disponer es requisito de eficacia de la tradición (negocio jurídico dispositivo).

Si el tradente no tiene legitimación para disponer, el efecto real⁽⁸²⁾ (consecuencia normal, común, de la tradición) no se produce. La tradición es, pues, ineficaz.

66. El art. 775 del C. C., que es aplicación del principio que he consignado, señala, sin embargo, un efecto de la tradición "a non domino": si ha precedido título hábil "servirá para adquirir el dominio por prescripción". La disposición se refiere a la llamada prescripción abreviada, regulada por los arts. 1204 y 1212 -entre otros- del Código Civil.

En estos casos se exigen dos requisitos: la buena fe y el justo título (arts. 1207 y 1208) y se admite, además, la adjunción de posesiones (art. 1206).

El justo título es el título hábil para transferir el dominio a que se refieren los arts. 775, inciso 2º y 769, ordinal 3º del C. C.. La ley lo llama justo título para señalar una diferencia que atiende no al título, sino a la legitimación para disponer y, en consecuencia, al modo tradición, que es el negocio jurídico cuya eficacia se encuentra determinada por aquélla.

En efecto, cuando la ley habla del justo título alude, en realidad, a una *situación* en que se perfeccionó un título hábil para transferir el dominio, pero luego, el que hace la tradición -en su virtud- no es dueño (carece de legitimación para disponer).

Para decirlo de otra manera: no existen diferencias entre el *título hábil* y el *justo título*⁽⁸³⁾; la *diferencia* no está en el título sino que tiene que ver con la legitimación para disponer y el negocio dispositivo (tradición).

(82) Que puede consistir en la transferencia de la propiedad y de algunos derechos reales menores de goce y en la constitución de derechos reales menores de goce.

(83) Ambos contratos, obviamente, deben cumplir los requisitos esenciales de validez previstos por el artículo 1261 del Código Civil.

67. He dicho que la tradición "a non domino" es ineficaz, pero ¿será válida?.

Considero que sí⁽⁸⁴⁾, en base a los fundamentos que expongo seguidamente.

68. La ausencia de legitimación para disponer no está mencionada, como supuesto de nulidad, por los artículos 771 y 772 del C. Civil.

69. Los casos de legitimación superviniente previstos en relación con el contrato de compraventa por el art. 1680, en especial el de su inciso 2º, no podrían admitirse si suponemos que la primera tradición es nula.

70. La legitimación no corresponde a los elementos esenciales o constitutivos del negocio jurídico (no es requisito de perfeccionamiento).

"La ausencia de un elemento constitutivo impide la formación misma del negocio, en cambio, la ausencia de un requisito de eficacia no obsta a que el negocio surja, sólo afecta la eficacia (de un negocio existente)"⁽⁸⁵⁾.

71. El art. 775 del C. C. no prescribe la nulidad de la tradición "a non domino", sino simplemente su ineficacia -no se adquiere por ella el dominio, dice la ley-⁽⁸⁶⁾.

72. El Código Civil establece, sin embargo, excepciones al principio que postula la ineficacia de la tradición "a non domino". A simple título ilustrativo, resulta interesante destacar el caso del poseedor definitivo de los bienes del ausente (art. 71 C. C.); un supuesto vinculado con el cuasicontrato de pago de lo indebido (art. 1318 C.C.) y una hipótesis de invención o hallazgo (arts. 725 a 728 C.C.) En todos estos casos la propiedad se transfiere a pesar de que quien realiza la tradición no es dueño.

En efecto, el ausente no puede reivindicar los bienes enajenados por el poseedor definitivo; al que pagó lo que no debía le está vedado iniciar acción de dominio respecto de la "especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso" (art. 1318); y en cuanto a la cosa hallada, "vendida en almoneda la especie, se mirará como irrevocablemente perdida para su dueño" (art. 728).

(84) *En el mismo sentido GAMARRA, ob. cit., t. 10º, pág. 228 y siguientes.*

(85) *GAMARRA, ob. cit., t. 10º, pág. 288 y nota Nº 119.*

(86) A pesar de que entiendo que las razones y argumentos señalados son decisivos, debo consignar que de una interpretación literal del art. 1449 C. C. surge que, en ciertos casos, se ha prescrito la nulidad de la tradición "a non domino". Si bien la redacción del artículo es confusa, parece referirse, exclusivamente, a los contratos de los que surge la obligación de transferir la propiedad -v. gr. permuta (art. 1772) y compraventa con cláusula "título perfecto"- . Si nos atenemos a la letra del precepto, debería concluirse, entonces, que constituye una norma especial que deroga, para el caso concreto que regula, el principio general enunciado precedentemente.

En este último caso no es posible sostener que el juez representa al dueño ya que no se dan los supuestos regulados por el art. 770 del Código Civil. (Corresponde tener presente, sin embargo, que el art. 1º del decreto-ley N° 10.307, del 5 de enero de 1943, modificó esta disposición).

73. La hipótesis de enajenación efectuada por el heredero aparente⁽⁸⁷⁾ no constituye una excepción al principio en estudio.

Si el heredero aparente vende la cosa el contrato es perfectamente válido y eficaz (art. 1669 C. C.), pero cuando la entrega, en cumplimiento de la obligación que surge del título, hace tradición "a non domino".

En la especie, resultan aplicables los arts. 769, ordinal 1o. y 775 del Código Civil. La tradición es ineficaz y el comprador -aun el de buena fe- no se transforma en propietario, a menos que adquiera el dominio por prescripción.

En suma, al no existir una norma de excepción que modifique los principios generales en relación con el caso del "heredero aparente", la cuestión debe resolverse por aplicación de las disposiciones referidas, que consagran dichos principios de carácter general. Lo dispuesto por el art. 1455 del C. Civil, que se ha pretendido usar como argumento para fundar la posición contraria a la que postulo, es inaplicable en la especie ya que se refiere a un supuesto jurídico completamente distinto al analizado⁽⁸⁸⁾.

74. Por su parte, el art. 1337 C. C. constituye aplicación del principio romano mencionado, aunque debe señalarse que, en relación con uno de los supuestos previstos por el mismo, el Codificador ha introducido una excepción muy singular.

La norma prevé el caso de la enajenación sucesiva de una misma cosa a dos personas distintas (por ejemplo, A vende la misma cosa primero a B y luego a C). De conformidad con el principio a estudio, resultará propietario aquél de los compradores al que primero se haga la tradición, con prescindencia de la fecha del contrato. En efecto, al realizar la segunda tradición el vendedor ya no es propietario (carece de legitimación para disponer) y, en consecuencia, no puede transferir derecho alguno (arts. 769, ord. 1º y 775 del C. Civil).

La ley recoge esta regla en el art. 1337, pero establece -como señalé- una excepción muy peculiar respecto a uno de los casos que contempla. Si el que primero adquiere la posesión lo hizo de mala fe⁽⁸⁹⁾ la tradición debe

(87) El heredero aparente es el que sólo tiene la apariencia de tal en el momento de realizar la enajenación; luego se determina que el legítimo heredero no es él, sino otra persona.

(88) Confrontar GAMARRA, ob.cit., t. III, vol. I, pág. 177.

(89) Si, por ejemplo, conocía la existencia del contrato anterior y entró en connivencia con el vendedor para perjudicar al primer contratante.

tenerse por inexistente a su respecto y, en virtud de ello, adquiere la posesión y la propiedad aquél a quien se hizo la tradición en segundo término.

Corresponde señalar, asimismo, que el artículo se refiere a todas las especies de tradición -real, ficta o simbólica- ya que no distingue entre unas y otras y que, en la actualidad, su ámbito de aplicación ha quedado limitado exclusivamente a los bienes muebles. En relación con los inmuebles el caso a estudio debe resolverse interpretando los arts. 13 y concordantes de la ley N° 10.793⁽⁹⁰⁾.

75. Con respecto a éstos rige, entonces, el art. 13 de la ley de Registros Públicos.

La redacción de la disposición es deficiente, razón por la cual darle una interpretación que presente un mínimo grado de coherencia constituye un verdadero rompecabezas jurídico.

En virtud de ello y a fin de comprender los problemas que plantea, es conveniente comenzar el análisis haciendo su crítica.

El artículo presenta por lo menos dos grandes defectos:

76. Dice que *entre las partes* la tradición producirá sus efectos desde que quede consumada, con independencia de que se inscriba o no el instrumento respectivo. En otras palabras, si antes de la inscripción se realiza el modo, el comprador -por ejemplo- será propietario *pero exclusivamente con respecto al vendedor*.

Tal situación constituye un absurdo desde el punto de vista jurídico, ya que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia y, en consecuencia, *es absoluto, oponible "erga omnes"* (arts. 472 y 489 del C. C). Un derecho de dominio que se tiene sólo respecto de una persona es, en puridad, una *no propiedad* o, para decirlo con mayor precisión, es en realidad *un derecho personal* (art. 473 del C. C).

En el supuesto a estudio (se efectúan la venta y la tradición, pero no se inscribe), interpretando literalmente el artículo, debería llegarse a la absurda conclusión de que si el "accipiens" -comprador en la especie- pierde la posesión de la cosa por usurpación de un tercero no podría reivindicarla, ya que sólo sería propietario con respecto al vendedor.

77. Con respecto a terceros -dice la ley- la tradición *valdrá* a partir de la inscripción del instrumento respectivo, estableciéndose que tendrá efecto retroactivo si ésta se efectúa dentro del plazo legal. La disposición utiliza la voz "valdrá", pero la inscripción de un instrumento en el Registro no puede

⁽⁹⁰⁾ Confrontar GAMARRA, ob. cit., t. III, vol. tercero, pág. 47 y siguientes.

constituir un requisito de validez del negocio jurídico. El Legislador tendría que haber utilizado los conceptos de eficacia u oponibilidad.

En efecto, como señalé supra -Nº 32 y nota al pie 52-, citando la autorizada opinión de COVIELLO, la ineficacia (en sentido amplio) que deriva de la ausencia de una circunstancia extrínseca al negocio (como la inscripción) no determina su *invalidéz*, sino su *ineficacia* (en sentido estricto).

En suma, interpretando también literalmente esta parte del artículo a estudio, el "accipiens" recién adquiriría la propiedad -derecho absoluto, oponible "erga omnes"- con la inscripción del respectivo contrato. Si la misma se realiza dentro del plazo legal (art. 7º), dicha adquisición se consideraría consumada en la fecha del contrato, en caso contrario, a partir de la inscripción.

78. Una interpretación de este tenor, que es posible realizar debido a la deficiente redacción del precepto, supondría una modificación sustancial del régimen previsto por el Código Civil.

Supondría -nada más ni nada menos- que la sustitución de la tradición por la inscripción registral respecto de los bienes inmuebles. En tal supuesto, el efecto real (transferencia o constitución de un derecho real) se produciría con la inscripción.

79. No parece ser éste el espíritu de la ley, ni parece haber sido ésta la intención del Legislador y, en consecuencia, preferimos acoger la interpretación que al respecto postula GAMARRA⁽⁹¹⁾, si bien debe reconocerse que la misma, debido fundamentalmente a la imperfección del texto legal, también presenta facetas pasibles de crítica.

80. Según este autor, el alcance del artículo 13 de la ley 10.793 queda limitado a dirimir un conflicto entre adquirentes sucesivos de una misma cosa, de un mismo propietario (vendedor, por ejemplo).

Veamos, sintéticamente, algunas de las hipótesis que pueden plantearse:

81. A vende un bien inmueble a B y le hace tradición, pero el contrato no se inscribe. B es propietario frente a todos y si pierde la posesión puede reivindicar (arts. 472, 489, 769, 775 y 676 del C. C). En este caso no se plantea un conflicto entre adquirentes sucesivos y, por lo tanto, rige el régimen del Código Civil.

Si luego A le vende a C y éste inscribe, se resuelve (me inclino por esta posición) del derecho de B. C adquiere la propiedad desde la fecha del contrato o desde la inscripción, según haya sido la fecha en que se inscribió el instrumento (art. 13, incisos 1º y 2º).

⁽⁹¹⁾ Ob. cit., t. tercero, vol. I, pág. 39 y siguientes.

82. Si los dos compradores inscriben, la ley da prioridad al que primero contrató o al que primero inscribió, según inscriban dentro o fuera del plazo legal, respectivamente.

83. Destaca GAMARRA⁽⁹²⁾ que la previsión del art. 13 consagra un caso de *venta de cosa ajena relevante respecto del dueño*. Se trata de una norma especial que prescribe una excepción al principio de la legitimación para disponer (establecido -entre otros- por los arts. 769, ord. 1º y 775 del C. C.). En efecto, cuando el vendedor vende y hace tradición por segunda vez ya no es dueño -el propietario en ese momento es B- y por lo tanto no podría transferir la propiedad por carecer de legitimación para disponer (porque nadie puede transferir más derechos que los que tiene).

84. De regla, la calidad de dueño debe tenerse en el momento en que se efectúa la tradición⁽⁹³⁾. La legitimación para disponer debe existir, entonces, "en el momento en que la tradición se perfecciona, momento que coincide (...) con aquél en que el negocio (tradición) produce sus efectos"⁽⁹⁴⁾.

85. La excepción a este principio general, la constituyen los casos regulados por el art. 1681 C. C., que se conocen con el nombre de legitimación superviniente. En las dos situaciones previstas por dicho artículo la tradición "a non domino" es válida y su ineficacia inicial se subsana luego -con carácter retroactivo-⁽⁹⁵⁾ como consecuencia de la ratificación del dueño o la adquisición del dominio por el tradente.

86. El concepto de legitimación fue desarrollado por CARNELUTTI, para quien esta noción (una de cuyas especies es la legitimación para disponer) se refiere o alude a una *posición* del sujeto⁽⁹⁶⁾.

La capacidad, dice, es un modo de ser de la persona, mientras que la legitimación para disponer atiende a una vinculación del sujeto con el objeto. La "vinculación" con el objeto supone una relación jurídica intersubjetiva. En el caso de los derechos reales esa relación -que se refiere a una cosa- vinculada a una persona con un conjunto indeterminado de personas (el sujeto pasivo universal, según Planiol y Ripert).

(92) Ob. cit., t. tercero, vol. I, págs. 40 y 41.

(93) CESTAU, ob. cit., pág. 199.

(94) GAMARRA, ob. cit., t. 10º, págs. 227 y 228 y nota Nº 117.

(95) GAMARRA, ob. cit., t. 10º, pág. 229.

(96) El concepto de legitimación para disponer está basado, a mi juicio, en el principio romano "nemo plus juris transferre potest quam ipse habet", del cual constituye un desarrollo. Dicho principio, cuyo enunciado más sencillo es "nadie puede dar lo que no tiene" ("nemo dat quod non habet") no es otra cosa, como se comprende fácilmente, que la aplicación al campo jurídico de un elemental axioma lógico.

Para decirlo en otras palabras: si el tradente es el titular del derecho que, a través de la tradición -hecha en virtud del título, art. 769 ord. 3° C. C.- se pretende transferir o constituir, decimos que tiene legitimación para disponer. En caso contrario, afirmamos que carece de legitimación.

87. *"Que el que hace la tradición, o la consiente, sea capaz de enajenar" (ordinal 2°).*

La norma se refiere a la capacidad de ejercicio y no a la legitimación para disponer, como impropriamente entendió parte de la doctrina nacional (GUILLOT, BAYLEY, CERRUTTI AICARDI y PEIRANO FACIO)⁽⁹⁷⁾.

Obviamente el ordinal no se refiere a la legitimación para disponer porque este requisito fue previsto por el ordinal 1° del artículo a estudio. Sería innecesario y contradictorio que la ley lo tratara en dos ordinales diferentes.

88. Según CESTAU esta disposición exige capacidad de ejercicio en el tradente. "En el adquirente basta la capacidad de goce, es decir, le basta con ese atributo inherente a todo individuo, pero siendo la tradición, la transferencia de la posesión, no pueden adquirir personalmente por tradición los que no pueden adquirir la posesión"⁽⁹⁸⁾.

89. No comparto la opinión expuesta: tanto el tradente como el "accipiens" deben tener capacidad de ejercicio. De no ser así el negocio jurídico tradición se verá afectado por una nulidad (absoluta o relativa, según el caso -arts. 1279, 1280 y 1560 C. C.).

Tal lo que surge del art. 1456 del Código Civil, que versa sobre el negocio jurídico llamado paga. En efecto, la tradición es una especie de paga (art. 1448) y, por ende, es lícito recurrir a las normas contenidas en dicha sección para interpretar o incluso integrar, a través del método lógico sistemático (art. 20 del C. C.), las disposiciones ubicadas en sede de tradición.

Y ¿qué dice el art. 1456?

Dice exactamente lo contrario a lo postulado por CESTAU: que la tradición ("el pago") hecha a un incapaz de ejercicio ("incapaz de administrar sus bienes"⁽⁹⁹⁾) es nulo ("no es válido"), a menos que se pruebe "que la suma pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho

(97) GAMARRA, ob. cit., t. 10°, pág. 92 y siguientes.

(98) Ob. cit., pág. 201 CESTAU no aclara, sin embargo, a qué edad se es capaz, en nuestro derecho, para adquirir la posesión. Cabe consignar que nuestro Código, a diferencia del chileno que fija esa edad en 17 años, no contiene previsión alguna al respecto. La opinión de este autor es incompatible, además con su propia tesis sobre la naturaleza jurídica de la tradición. En efecto, si ésta es, en su concepto, un contrato es obvio que ambas partes han de tener capacidad de ejercicio.

(99) Sobre el significado de esta locución, ver GAMARRA, ob. cit., t. 10°, pág. 90. y siguientes.

se justifique con arreglo a lo dispuesto sobre la anulación en el Capítulo VII de este Título." La norma pertinente del capítulo mencionado es el art. 1566 (incisos 2º y 3º), que prescribe cuándo debe entenderse que se ha hecho más rica la persona incapaz⁽¹⁰⁰⁾, es decir, cuándo la suma pagada se ha empleado en su provecho (en la terminología del art. 1456).

90. *"Que la tradición se haga en virtud de título hábil para transferir el dominio" (ordinal 3º).*

La expresión es sumamente afortunada: la tradición ha de hacerse en virtud del título, es decir, a través del cumplimiento de una de las obligaciones que surgen del contrato. Esta circunstancia es la que confiere verdadero sentido a la tradición, distinguiéndola como negocio causal⁽¹⁰¹⁾ y de cumplimiento.

Título hábil para transferir el dominio⁽¹⁰²⁾ es todo contrato que, complementado con el modo tradición, tiene aptitud para transferir un derecho real o constituir un derecho real menor de goce.

Como dije al comienzo de este trabajo la locución "título hábil para transferir el dominio" es impropia en un doble sentido. El título puede ser hábil -apto, capaz, idóneo, si lo complementamos con la tradición-, no sólo para transferir el dominio, sino también para transferir un derecho real o para constituir un derecho real menor de goce (v. gr. arts. 495, 496, 542, 632 C. C.)⁽¹⁰³⁾.

91. Por esta razón GAMARRA propone denominar a estos contratos "títulos hábiles para producir un efecto real"⁽¹⁰⁴⁾, posición que comparto pues postula el uso de una terminología más precisa y ajustada a los conceptos a que se refiere.

En lo que tiene que ver con el ordinal comentado, la categoría aludida está integrada por los siguientes contratos: compraventa, permuta, donación,

(100) "...en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieren sido necesarias, y faltando esta circunstancia, en cuanto las cosas subsisten y se quiera retenerlas." (Art. 1566, inciso final del C. C.)

(101) "Contrato y tradición cumplen la función de concausa respecto al efecto jurídico que consiste en la transferencia de la propiedad". SANCHEZ FONTANS, ob. cit., pág. 898.

(102) Al que el Código Civil -impropiamente- también denomina "título traslativo de dominio" (art. 693), "título de adquirir" (art. 705) y "título capaz de transferir la propiedad" (art. 1208). Digo impropiamente, porque en nuestro derecho ningún contrato tiene aptitud para producir, por sí sólo, la transferencia o la constitución de un derecho real (art. 705, inciso 2º).

(103) Dejo de lado la consideración de los contratos de garantía (prenda, hipoteca) y la forma en que se constituyen y transmiten los derechos reales respectivos, porque exorbitan el ámbito de este estudio.

(104) Ob. cit., t. VIII, pág. 56.

renta vitalicia, transacción y promesa de enajenación de inmuebles a plazos. Se trata de los llamados contratos de cambio, es decir, de aquéllos cuya finalidad, cuya función, es producir un traspaso -cambio- definitivo de los bienes. (Para que la finalidad o función de estos contratos se cumpla, no basta con que nazcan, se formen, se perfeccionen⁽¹⁰⁵⁾: es necesario, además, que se cumpla con una de las obligaciones que surgen de ellos, es decir, se requiere que se haga efectiva la tradición). La inclusión del mutuo -que es un contrato de crédito, si lo clasificamos en base al criterio reseñado, tomando en cuenta su finalidad o función- en la categoría de "título hábil para transferir el dominio" plantea problemas jurídicos de difícil solución (ver supra I, Nos. 6 y 7 y nota al pie 19).

92. Se requiere, en consecuencia, un contrato que sea título hábil para producir un efecto real, que no se encuentre afectado por un vicio irremediable, en cuya virtud se haga la tradición.

Si el contrato es absolutamente nulo⁽¹⁰⁶⁾, la "tradición" que eventualmente pueda efectuarse carece de existencia jurídica, situación que, como ya dije, se asimila a la nulidad absoluta (ver supra III, Nos. 18 a 20).

En efecto, el contrato absolutamente nulo equivale a la nada jurídica, es decir, no produce ni obligaciones ni derechos personales, situación que, además no se puede subsanar (art. 1561 C. C.). En consecuencia, la tradición no puede llevarse a cabo ya que ella supone el cumplimiento de la obligación de entregar, la cual -como acabo de señalar- no se generó.

93. En cuanto a las prohibiciones de los arts. 271, ord. 3º, 412, ord. 1º, 1657, 1675 y 1678, que el Código califica erróneamente como incapacidades especiales (art. 1281), constituyen hipótesis de ausencia de legitimación receptiva, que dan lugar a contratos absolutamente nulos. Los contratos realizados en contravención a la prohibición legal tienen objeto y causa ilícitos (arts. 1284 y 1288 C.C.) y, por ende, resultan absolutamente nulos (art. 1560).

94. El hecho de que los casos de ausencia de legitimación receptiva puedan ser comprendidos en los supuestos jurídicos previstos por las disposiciones que regulan el objeto y la causa ilícitos, y la circunstancia de que su falta determina consecuencias distintas a las que ocasiona la ausencia de legitimación para disponer⁽¹⁰⁷⁾, han llevado a cuestionar el concepto mismo de legitima-

⁽¹⁰⁵⁾ En principio, un contrato nace a la vida jurídica (se perfecciona) cuando se alcanza el consentimiento, al que se llega mediante un acuerdo de voluntades.

⁽¹⁰⁶⁾ Por incumplimiento de la solemnidad prescrita por la ley o por haber sido celebrado por un incapaz absoluto (art. 1560 C. C.), por ejemplo.

⁽¹⁰⁷⁾ La falta de legitimación para disponer determina la ineficacia del negocio dispositivo (tradición), mientras que la ausencia de legitimación para recibir ocasiona la nulidad absoluta del negocio obligacional (título hábil para adquirir el dominio).

ción para recibir y su reunión dentro de una misma categoría jurídica -la legitimación- con la legitimación para disponer⁽¹⁰⁸⁾. Estoy de acuerdo con la crítica referida. No tiene sentido crear una categoría jurídica nueva si existen conceptos desarrollados por la Ciencia Jurídica que explican, satisfactoriamente, las situaciones aludidas. Por otra parte, si bien hay entre los dos tipos de legitimación algunas semejanzas⁽¹⁰⁹⁾, las diferencias que las separan son de tal importancia que resulta conveniente, desde el punto de vista técnico y más aún desde el pedagógico, eliminar la legitimación receptiva como subespecie del género legitimación.

95. Si el contrato es relativamente nulo⁽¹¹⁰⁾ produce obligaciones viciadas de nulidad (art. 1559 C. C) y la tradición -ejecución voluntaria de la obligación- determina un supuesto de ratificación tácita que subsana la nulidad relativa (arts. 1570 y 1571 C. C). En este último caso debe considerarse, entonces, que se dio cumplimiento al requisito previsto por el ordinal 3º del art. 769 C. C., ya que al efectuarse la tradición se subsanó la nulidad, pues el vicio del acto o contrato era susceptible de ratificación tácita (art. 1570).

96. El art. 773 C. C. establece, por su parte, que si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas. Para CESTAU la norma se refiere " a los requisitos de forma que la ley exige en la enajenación de ciertos bienes". "Así, por ejemplo, la compra venta de bienes inmuebles no se considera perfecta mientras no se haya otorgado escritura pública"⁽¹¹¹⁾. Según se desprende de la transcripción precedente, el autor citado interpreta la norma a estudio refiriendo dichos requisitos de forma al título en virtud del cual se hace la tradición.

Tal interpretación, que supone adoptar una de las posibles acepciones que, para el Código Civil, tiene la voz "enajenación", priva de contenido al precepto mencionado. Así es. La exigencia de la solemnidad -cuando se encuentra prescrita por la ley- en el contrato en virtud del cual se hace la tradición está incluida, en forma implícita, en el requisito del ordinal 3º del art. 769. Si no se cumple con ella, el contrato es absolutamente nulo (art. 1560), lo que equivale a decir que no existe como tal. Por ende, no es posible

(108) GAMARRA, ob. cit., t. III, v. I, pág. 191.

(109) Ambas tienen que ver con posiciones del sujeto, lo que permite distinguir las de la capacidad que se refiere a un atributo intrínseco de éste. La legitimación para disponer tiene que ver con la posición del sujeto con respecto al objeto, es decir, se refiere a la relación jurídica que vincula al sujeto con el sujeto pasivo universal (Planiol y Ripert) y tiene como punto de referencia objetiva una cosa. La legitimación para recibir tiene que ver con la posición de una persona con respecto a otra, es decir, se refiere a la relación jurídica que vincula a un sujeto con otro sujeto determinado.

(110) Porque se celebró, por ejemplo, por un incapaz relativo.

(111) Ob. cit., págs. 214 y 215.

hacer la tradición "en virtud de título hábil para transferir el dominio", como exige el artículo citado. En consecuencia, si se eliminara el art. 773 el efecto jurídico por él establecido fluiría, naturalmente, de la recta interpretación del ordinal 3º del precepto mencionado.

97. La otra posible interpretación es la que toma en cuenta la acepción restringida de la voz enajenación. En tal caso el término comprende no al título sino al modo. La tradición ficta puede revestir la forma solemne (art. 767 C. C.) y si no se da cumplimiento a la formalidad prescrita por la ley para la misma, no se produce el efecto real.

Si bien esta segunda interpretación no implica reiteración de un principio ya consagrado en el Título III, supone, sin embargo, aplicación de los principios generales.

En efecto. La falta de solemnidad ocasiona la nulidad absoluta del acto o contrato (art. 1560 C. C.). La tradición es un acto jurídico bilateral, una convención y, en consecuencia, corresponde aplicarle por analogía las disposiciones de la materia contractual que concuerdan o se corresponden con su naturaleza jurídica -en aquello que tiene de semejante con el negocio jurídico que denominamos contrato-. Por ejemplo, todas las normas vinculadas en sentido amplio con su formación o perfeccionamiento admiten su aplicación analógica, ya que tanto el contrato como la tradición son negocios jurídicos bilaterales, es decir, actos que nacen como consecuencia de un acuerdo de voluntades⁽¹¹²⁾.

En resumen, las cláusulas de tradición ficta previstas en el art. 767 C. C. deben constar en instrumento público; en caso contrario la tradición resulta afectada por una nulidad absoluta y, en consecuencia, "no se transfiere el dominio", porque el negocio jurídico absolutamente nulo no produce ningún efecto.

El hecho de un contrato (que sea "título hábil") que cumpla con las solemnidades previstas y una tradición ficta que no las cumpla, es una hipótesis de muy difícil realización en la práctica pues, en general, la tradición regulada en el art. 767 se establece como cláusula del título en virtud del cual ésta se realiza. Sin embargo, si bien no es lo común puede darse en algunas circunstancias y hasta estar motivado por necesidades de orden práctico que ambos negocios se encuentren separados en el tiempo. Si, por ejemplo, la tradición se difiere con respecto al título porque el vendedor aún no es propietario -ni poseedor- en el momento de realizarse el contrato y, luego, la hace en forma ficta en razón de que el inmueble vendido está ubicado en un

(112) Cabe recordar además que, a mi juicio, es legítimo considerar al modo tradición como una de las especies de convención -otra lo sería el contrato, art. 1247 C. C.- (ver supra III, N° 13), planteamiento que apoya la interpretación analógica de las disposiciones mencionadas.

lugar apartado y de muy difícil acceso. En tal caso, si se omite dar cumplimiento a la solemnidad prescripta por la ley para el referido modo de adquirir la tradición será absolutamente nula y, por ende, no se transferirá el dominio (art. 773). Creo que la interpretación que postulo se adapta mejor al supuesto planteado que la sostenida por CESTAU.

98. La palabra enajenación admite, entonces, múltiples acepciones diferentes: a veces se utiliza para hacer referencia a los negocios dispositivos (traslativos y constitutivos), como es el caso típico de la tradición, o, más impropiamente, para aludir al título hábil para producir un efecto real -v. gr. contrato de compraventa, donación, etc.-. El Código Civil, la ley y la doctrina emplean promiscuamente las diversas acepciones⁽¹¹³⁾. La palabra que figura en la norma a estudio no es decisiva, entonces, en cuanto a apoyar una u otra posición.

La discusión es, hasta cierto punto, ociosa ya que, como dije, el precepto es aplicación de principios generales. Sin embargo, su ubicación en el Código vuelve más congruente la segunda interpretación desarrollada.

99. *"Que haya consentimiento de partes."* (Ordinal 4º).

La tradición es un negocio jurídico bilateral: para que se forme -se perfeccione- se requiere el acuerdo de voluntades. En este sentido puede considerársela, como el contrato, una convención (art. 1247 C. C.). (Ver supra III, Nos. 22 a 24).

100. Las disposiciones del Código Civil que regulan el contrato y que se refieren, en sentido amplio, a su perfeccionamiento, prestan la base dogmática a la interpretación de los preceptos sobre tradición. Es no sólo conveniente, sino necesario (art. 20 C. C.) recurrir a los principios señalados, a través de la analogía (art. 16), a efectos de realizar una correcta interpretación contextual -lógico sistemática- de las disposiciones que regulan la tradición y se refieren a la forma en que se perfecciona, aspecto que, como se señaló, tiene de común con el contrato.

Y bien, el ordinal a estudio se refiere al perfeccionamiento del negocio jurídico tradición. Para que esto suceda, para que la tradición surja como acto jurídico, se requiere en todos los casos el consentimiento de partes⁽¹¹⁴⁾.

101. A veces se requiere la entrega de una cosa para que el negocio se forme (v. gr. arts. 760 y 763 C. C.), pero en todas las especies de tradición el

(113) Sobre el particular ver GAMARRA, ob. cit., t. VIII, pág. 61 y siguientes, N° 6.

(114) Consentimiento "significa acuerdo de voluntades". Al respecto, confrontar GAMARRA, ob. cit., t. XI; pág. 173 y siguientes. Dice este autor (pág. 177) que "el consentimiento no se integra únicamente por las declaraciones de voluntad coincidentes, es necesario que las partes *se hayan propuesto esa coincidencia y hayan emitido su declaración para esa finalidad*". (Las negrillas no figuran en el texto original).

consentimiento es indispensable⁽¹¹⁵⁾. Esta circunstancia permite distinguir claramente el modo tradición de otros modos de adquirir previstos por el Código Civil (por ejemplo, la ocupación). "La tradición difiere del abandono o derelicción, por el elemento intencional, que entraña un condicionamiento de la voluntad: el tradente sólo se desprende de la posesión de la cosa en cuanto el adquirente la acepte; si no media ese acuerdo sobre la transferencia de la posesión, si no existe consentimiento recíproco, no se opera el efecto traslativo"⁽¹¹⁶⁾.

102. Vinculado con el punto a estudio se encuentra una de las clasificaciones de los modos de adquirir: la que distingue entre modos originarios y derivados.

Originarios son aquellos modos que dan el dominio a una persona, con independencia, sin requerirse la voluntad de otra. Derivados son, por el contrario, aquéllos en que la adquisición se efectúa por una persona, por el querer de otra. La doctrina agrega, además, que en los modos originarios no hay interés en investigar si el bien, que hoy pertenece a una persona, ha correspondido anteriormente a otra. En los modos derivados, por el contrario, es esencial determinar a quien corresponde la titularidad del derecho que se pretende transferir. Obviamente, esta última característica se refiere a la legitimación para disponer. Huelga decir, asimismo, que la tradición es un modo derivado. Lo es, también, la sucesión, mientras que son originarios la ocupación, la accesión y la prescripción.

103. La inclusión de la usucapión en una u otra categoría plantea problemas de difícil solución.

Parece claro que la prescripción que no requiere ni justo título ni buena fe puede considerarse, sin inconveniente, modo originario. Y en cuanto a la prescripción que sí los requiere -la llamada prescripción abreviada-, si bien el punto es opinable, entiendo que debe considerársela también de esa manera. En efecto, si bien esta modalidad de usucapión supone un acuerdo de voluntades -que determina el perfeccionamiento del justo título-, sin el cual no se produce la adquisición del derecho por prescripción, no hay -y este es, a mi juicio, un elemento esencial- transferencia del derecho de la parte que realiza el contrato (y luego la tradición) al "accipiens". (Ver supra III, N° 21 y, en especial, la opinión de BETTI que allí se desarrolla).

104. Se refieren al consentimiento otras dos disposiciones ubicadas en sede de tradición: los arts. 771 y 772. Estos preceptos aluden al error -que

(115) "Los medios por los cuales un sujeto puede manifestar su voluntad son muy variados. El más común es el lenguaje, ya sea oral o escrito; pero también puede expresarse la voluntad, prescindiendo del lenguaje, por medio de signos, gestos o señales, o cualquier comportamiento (positivo u omisivo) que permita deducir la intención de su autor." GAMARRA lug. últm. cit., pág. 193.

(116) SANCHEZ FONTANS, ob. cit., pág. 899.

tradicionalmente es considerado un "vicio del consentimiento"⁽¹¹⁷⁾-, estableciendo la nulidad de la tradición cuando aquél recae sobre los elementos que señala.

La ley sólo regula el error -como vicio de la voluntad- al reglamentar la tradición.

Sin embargo, la doctrina está de acuerdo en que el consentimiento en la tradición debe ser "libre y espontáneo, lo que equivale a decir que debe estar exento de error, violencia y dolo". Y este consentimiento debe versar "sobre la cosa objeto de la tradición, sobre la persona a quien se hace la tradición (y) sobre el título que le sirve de causa"⁽¹¹⁸⁾.

105. La tesis que postulo, sosteniendo la aplicación analógica de las normas que se refieren al perfeccionamiento del contrato a la tradición, permite compartir y fundar la opinión que acabo de transcribir.

106. Parece más técnica la orientación de algunos Códigos extranjeros -alemán, brasileño, argentino- que dedican una sección a tratar los vicios de la voluntad respecto de los actos jurídicos en general, y no la del nuestro que, siguiendo al Código Civil Francés, reguló la materia al disciplinar los requisitos esenciales para la validez de los contratos⁽¹¹⁹⁾.

El criterio seguido por el Legislador obliga al intérprete a aplicar a los aspectos esenciales de los actos jurídicos -por ejemplo, los vinculados con su perfeccionamiento, validez o nulidad, etc.- los principios inducidos de los artículos que regulan los contratos y que se refieren a los mismos. La ausencia de una parte dedicada a la regulación sistemática y general de los actos jurídicos, impone la solución señalada como único medio de subsanar el vacío que presenta el Código Civil en dicha materia. Los artículos 16 y 20 de éste autorizan, por otra parte, tal proceder.

107. Los artículos 771 y 772 del C. Civil prescriben la nulidad de la tradición cuando el error recae sobre "la especie que debe entregarse", "o la persona a quien se hace la entrega"⁽¹²⁰⁾ o el "título". El error que recae exclusivamente sobre el nombre es irrelevante (art. 771, inciso 2º)⁽¹²¹⁾.

(117) Resulta más apropiado hablar de vicio de la voluntad. Según MESSINEO el consentimiento es el resultado de la combinación de dos voluntades, y por ello no puede ser influido por vicios que, por su naturaleza subjetiva, pueden ejercitar tan solo su acción sobre la formación de las voluntades singulares, esto es, de cada sujeto individual (citado por GAMARRA, ob. cit., t. XII, pág. 13 y nota 7).

(118) CESTAU, ob. cit., págs. 208 y 289.

(119) GAMARRA, ob. cit., t. XII, pág. 9.

(120) Respecto a la paga del Código Civil prescribe que, en principio, "debe hacerse de la misma cosa debida" (art. 1458) y al acreedor o a la persona que lo represente (art. 1453). Sin embargo, "la paga hecha a persona incompetente es válida, si el acreedor la ratifica o se aprovecha de ella" (art. 1458).

(121) Quiero entregar la cosa a Pedro y a él se la entrego -quien la acepta-, pero equivocadamente creo que se llama Juan y no Pedro.

108. A mi juicio, los artículos comentados, en cuanto aluden a "la especie que debe entregarse" y a "la persona a quien se hace la entrega", deben interpretarse como casos de error en el negocio jurídico tradición. Es decir, el error vicia la voluntad necesaria para que se produzca el acuerdo que genera dicho modo.

De conformidad con los principios generales el error sobre la cosa en la tradición supone, siempre, un caso de ausencia de consentimiento y, en consecuencia, hipótesis de nulidad absoluta (v. gr.: debo entregar el libro "X" y, por error, entrego el "Z", que acepta el "accipiens" también por error).

Por aplicación de estos mismos principios cabría llegar a idéntica conclusión respecto al error sobre la identidad del "accipiens". En efecto, quien debe prestar el consentimiento es el acreedor o su representante; si no actúa ninguno de ellos el consentimiento no se forma y hay, en consecuencia, nulidad absoluta. Sin embargo, "la paga hecha a persona incompetente es válida, si el acreedor la ratifica o se aprovecha de ella" (art. 1453 -"in fine"- del C. C.).

109. En cuanto a la referencia hecha al título en el art. 771 y el art. 772 del C. Civil, si bien la cuestión es dudosa, comparto la opinión de CESTAU⁽¹²²⁾, para quien estas normas regulan el error como vicio de la voluntad necesaria para perfeccionar el contrato y, como ya señalé, las mismas permiten afirmar que si el título está afectado por una nulidad absoluta la tradición no puede llevarse a cabo (no nace como negocio jurídico).

110. *"En el contrato de venta, además de las cuatro circunstancias indicadas, se requiere que el comprador haya pagado el precio, dado fiador, prenda o hipoteca, u obtenido plazo para el pago." (art. 769, "in fine").*

111. Se trata de un requisito especial, que sólo rige respecto del contrato de compraventa. La interpretación del precepto debe realizarse, además, en coordinación con lo dispuesto por el art. 1732 C. C., que prohíbe el pacto de reserva de dominio.

112. Si el pago del precio debe hacerse al contado, la propiedad no se transfiere si aquél no se hizo efectivo (art. 769, "in fine").

Si no se pagó el precio pero se dio fiador, se constituyó prenda o hipoteca o se obtuvo plazo para el pago, el dominio se transfiere aunque no se haya pagado el precio; y si por cláusula contractual se estipula lo contrario, ésta no produce efecto alguno (art. 1732)⁽¹²³⁾.

(122) Ob. cit., págs. 211 y 212.

(123) Confrontar, GUILLOT, "Comentarios...", N° 357, pág. 253 y siguientes.

