LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN – 1) La posesión – 2) La posesión como integrante del patrimonio de los sujetos – 3) La transmisión de los derechos posesorios – 4) Cesión venta y cesión donación – 5) Subasta de derechos y acciones posesorios – 6) Los derechos y acciones posesorios ¿son derechos litigiosos?. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Pocas figuras jurídicas resultan tan controvertidas como la posesión. Ya desde muy remotos tiempos, tanto doctrina como jurisprudencia se lo han pasado batallando sobre su naturaleza, el fundamento de su protección y la naturaleza de las acciones que la tutelan.

En nuestros días se advierte como una suerte de resignación doctrinaria y jurisprudencial, con una convivencia relativamente pacífica de posturas completamente diferentes. Por algo Ihering, con su característica ironía, calificó a la posesión como la "institución molusco" porque "...no opone a las ideas que se quieren introducir de ella la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad o la obligación".

En los tribunales pueden advertirse posturas de lo más disímiles y hasta contrarias a principios posesorios típicos. Por ejemplo, el proloquio latino "nada tiene de común la propiedad con la posesión", ("nihil comune habet proprietas cum posesione") sentado por

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Director de la Carrera de Notariado de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial y Documento Notarial de la Universidad Notarial Argentina (Delegación Córdoba).

Vélez en el art. 2472 del Código Civil, brilla por su ausencia en muchas sentencias, tanto civiles como penales.

Observando con más detalle aún, hasta podríamos encontrar errores conceptuales gravísimos en normas penales, como el art. 181 del Código Penal que en su inciso a) tipifica uno de los supuesto de usurpación diciendo que lo comete "el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes". En efecto, tenemos expresado, junto a Fuster[1], que siempre la usurpación determina un ataque contra la posesión, sea ésta legítima o ilegítima; por ello la alusión al "ejercicio de un derecho real" que efectúa la norma sólo resulta de la confusión entre el derecho que subyace y la posesión misma. Téngase presente que la errada expresión de la norma permitiría incluir en el tipo usurpación a quien priva de ejercer una servidumbre de vista, por ejemplo y nadie duda que no debe considerarse usurpación ese supuesto, dado que no hay invasión ni despojo.

Por ello todo lo que se genera en torno a la posesión admite en teoría tantas y opuestas posturas como autores se dediquen a ella.

En el presente ensayo procuramos analizar la situación que se da en las llamadas "Cesiones de derechos posesorios", figura que permite, entre otras cosas hacer ingresar la posesión al tráfico comercial, sin perjudicar su posterior consolidación por la usucapión al permitir unir la posesión del adquirente cesionario a la del transmitente cedente.

1) LA POSESIÓN

Son muy conocidas las diversas teorías respecto a la naturaleza de la posesión. Analizar cada una de ellas atendiendo sobre todo a las clásicas posturas esgrimidas por Savingy y Von Ihering excedería enormemente el objeto de este breve ensayo. Pero por tener relación con el tema, a manera de síntesis, debemos recordar que, para una posición, la posesión es un derecho; mientras que para otra opinión se trata de un simple he-

[1] FUSTER, Gabriel A. y Gabriel B. VENTURA; "De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia", Lexis Nexis Córdoba, Nro. 9, Setiembre de 2007, pág. 734.

cho que genera consecuencias jurídicas. Sin embargo, en nuestro medio, la naturaleza **fáctica** de la posesión ya no es tema tan discutido en la doctrina ni en la jurisprudencia. Hay un marcado aumento paulatino, en cuanto a número de sostenedores la tesis "posesión hecho"[2].

Ahora bien, los sostenedores de la teoría "la posesión hecho" aclaran, siguiendo las explicaciones de Savigny, que ese hecho genera consecuencias jurídicas, entre ellas, la posibilidad de permanencia en la situación "posesión" mediante las defensas que la ley confiere al poseedor frente a ataques de terceros y hasta del mismo propietario. En efecto, en el Código Civil art. 2468 y siguientes, se prevén los ataques que puede sufrir el poseedor (turbación, desposesión y despojo) y las correlativas defensas frente a cada uno de ellos (acción de manutención, de recuperar y de despojo, respectivamente). Esa posibilidad de protección es, sin lugar a dudas, una prerrogativa que tiene sólo el poseedor y que será, a no dudarlo, susceptible de ser transmitida, tanto por actos voluntarios (la cesión de derechos posesorios), "mortis causae" (3417 C.C.) o mediante la venta forzosa que implica una subasta judicial (arts. 1324 inc. 4º y 2610 del Código Civil).

En otro sentido y más importante sin dudas: el poseedor tiene el derecho que le concede la posesión, de usar, gozar y disponer de la cosa poseída. Ese uso, goce y disposición no lo tiene el propietario desposeído, a pesar de la titularidad real de su derecho real.

El poseedor podrá pues, ocupar la cosa, efectuar disposiciones físicas y jurídicas, extraer los frutos y comportarse como si fuera el "*dominus*" puesto que en eso consiste precisamente el efecto jurídico de esta relación real. Es la aplicación de la norma del art. 2420 del C.C. que, en forma genérica, consagra los llamados "derechos inherentes a la posesión".

Finalmente el poseedor luego de cierto lapso se transformará en propietario por imperio de la usucapión; es decir por la posesión continua e ininterrumpida durante veinte años, aun siendo de mala fe, es decir conociendo que no tenía título de derecho real alguno que justificase su posesión, por aplicación de la prescripción larga establecida en el art. 4015 y 4016 del Código Civil.

[2] Entre nosotros sólo Emilio Díaz Reyna, en sus clases, sostenía que la posesión es un derecho. Actualmente las dos cátedras de Derechos Reales de la U.N.C. defienden la tesitura de la posesión hecho.

Si el poseedor tenía un título nulo porque quien aparecía transmitiendo el derecho no era propietario o no tenía capacidad para enajenarlo, ese título sería un "justo título" (art. 4010 del C.C.). Sólo si fuera poseedor de buena fe (art. 2356 del C.C.) y luego de diez años de posesión, se consolidará el derecho de dominio en cabeza del poseedor, usando las expresiones de Vélez Sarsfield, mediante la prescripción breve prevista en el art. 3999 del Código Civil[3].

La importancia de la posesión, desde el punto de vista patrimonial, es tal que se ha llegado a sostener que es la realización fáctica de la propiedad y hasta se ha propuesto la sustitución de la famosa frase acuñada por León Duguit "la propiedad es función social" por "**la posesión** es función social"[4]. En efecto quien adquiere la propiedad de una cosa, generalmente lo hace para poseerla y raras veces será para engalanarse con un dominio vacío desprovisto de la relación posesoria. En efecto, advertiremos en los hechos que el fenómeno posesorio llega a separarse tanto de la propiedad "teórica" que la citada expresión "función social de la propiedad", correspondería más ser aplicada a la posesión que a la propiedad, según deja sentado Hernández Gil. Destaca este autor que la función social la cumplen las relaciones fácticas con las cosas y no los derechos sobre ellas. "La po-

[3] En la nota al art. 3999 del Código Civil, el Codificador expresa que "La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir: La cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que **consolidar** la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación[...]". MOISSET DE ESPANÉS, Luis ; "Notas sobre el justo título y la prescripción adquisitiva decenal", en "Estudios", Ed. Comercio y Justicia, Córdoba, 1978, pág. 78, "[...] la prescripción decenal consolida la adquisición que el poseedor ha efectuado a un *no propietario*[...]. MARCOLIN de ANDORNO, Marta N. "Prescripción Adquisitiva", Ed. Zeus, Rosario 1975, pág. 53. De nuestra parte estimamos que la adquisición se ha operado por el título y el modo, no por la buena fe que sólo ayuda a que se convalide el título mediante la posesión y el transcurso del tiempo. Tampoco creemos atinada la palabra usada por el legislador "consolida"; la expresión técnica que debería emplearse es "convalida" y responde, sin duda, al supuesto del art. 2504 del C.C. ajustado para estos casos de prescripción decenal. Decimos "ajustado" para estos casos porque en rigor de verdad, la norma del art. 2504 citado prevé la subsanación del título anterior al convalidado, mientras que el supuesto del 3999 del C.C. subsana el último título. Aún así estimamos más apropiado y cercano al supuesto hablar de "convalidación". Ver también sobre el punto nuestro "Tracto Abreviado Registral", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 290 y ss.

[4] Duguit, León; "Las transformaciones generales del derecho privado" (citado por Guillermo Allende; "Panorama de Derechos Reales", La Ley, Bs.As. 1967, pág. 398) dice: "[...] La propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser; es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un derecho; **es una función social**. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumpla esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino".

sesión es susceptible de producir efectos jurídicos al margen de todo título expresivo de un derecho que la confiera. Estimar que esa efectividad jurídica descansa en la probabilidad de que el título exista es, a mi juicio, empequeñecer el alcance de la posesión"[5].

El brocárdico romano "nihil comune habet proprietas cum possesione" (nada tiene de común la propiedad con la posesión) obedece a reglas posesorias nada más; sólo procura impedir que en el juicio posesorio intenten hacerse valer pruebas que son del petitorio, es decir que deben plantearse en una acción real y no proveniente de la posesión. Recordemos que el art. 2472 del Código Civil expresamente establece que "[...] la posesión nada tiene de común con el derecho a poseer, y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado". Fácilmente puede advertirse que se trata de una cuestión probatoria.

En el mundo del derecho sustancial, sin dudas, la posesión tiene tanto de propiedad que hasta contiene normas similares. Por ello vemos, por ejemplo, que los modos de adquirir la posesión (art. 2473 y ss.) son los mismos, salvo excepciones, que se aplican para adquirir el dominio (art. 2524 y ss.); los ataques y las correspondientes acciones defensivas son de un mismo tenor para la posesión (2468 y ss) que para la propiedad (2756 y ss.). La posesión se conserva por inercia y exige un acto de voluntad expresa del poseedor para considerarse abandonada (el "animus in contrarium actus"), según lo que surge del art. 2445 del C.C.. Igual ocurre respecto de dominio que en el art. 2510 del Código Civil resulta siendo perpétuo y subsiste con independencia del uso que el propietario haga de la cosa.

En fin, no cabe dudar que la posesión permite el uso, goce y disposición de la cosa y que, para más, dicho uso, goce y disposición no resulta posible con el dominio de un bien si, no se tiene al mismo tiempo la posesión. A los fines del uso, goce y disposición resulta más trascendente desde el punto de vista práctico la posesión que el dominio mismo.

No desconocemos, por cierto, que esa posesión si no tiene respaldo en un derecho real que la justifica, en el sentido jurídico de la expresión, será una posesión ilegítima y de mala fe; pero estas expresiones (ilegítima y de mala fe) no son peyorativas, sino que re-

[5] HERNANDEZ GIL, Antonio; "La función social de la posesión", Alianza Editorial, Madrid 1969, pág. 84.

sultan de la aplicación técnica de los dispositivos legales que tienden a regular las prerrogativas que la ley brinda a cada categoría. Para mayor ilustración y eliminar todo "prejuicio" en torno a la expresión "ilegítima", remarquemos que el adquirente de un inmueble mediante boleto de compraventa es un poseedor ilegítimo, aún cuando lo hubiese adquirido del propietario en un acto válido como boleto privado. Igualmente ese mismo adquirente será reputado "de mala fe"; pero este calificativo no obedece a que su accionar sea contrario a derecho o a que haya protagonizado un ilícito o causado daño a alguien, sino que esta calificación implica tan sólo el conocimiento por parte del poseedor de que su posesión es ilegítima (art. 2356 del Código Civil)[6].

2) LA POSESIÓN COMO INTEGRANTE DEL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS

Si la posesión permite usar y extraer legítimamente los frutos que la cosa naturalmente produce, resulta obvio que constituye una manifestación del derecho de propiedad en sentido amplio.

La propiedad no debe ser relacionada sólo con el dominio de las cosas. La verdadera y primigenia aplicación de la palabra propiedad es la que alude a todo el activo patrimonial de los sujetos. La constitución Nacional en el artículo 17 se refiere a la propiedad, en ese sentido amplio que explicamos, cuando establece su inviolabilidad, y resulta más que claro que no se refiere sólo al dominio que se tiene sobre las cosas particulares, sino también a los créditos y derechos inmateriales.

La posesión integra pues el patrimonio de lo sujetos y, como tal, es susceptible de transmisión por su titular y de embargo por parte de los acreedores de éste.

[6] Es importante destacar que en el mundo del derecho la expresión "mala fe" responde a dos situaciones que pueden parecer encontradas. Así se habla de buena o mala fe "probidad" cuando se atiende al comportamiento del sujeto: sin ánimo de causar perjuicio, sin engaños ni ardides. Se habla aquí de buena o mala fe subjetiva. Es el concepto de buena o mala fe que campea en el marco contractual cuando, por ejemplo, en la primera parte del art. 1198 del C.C. se establece que "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión[...]". En cambio, aquí, en materia posesoria, la idea no es analizar el comportamiento del sujeto en cuanto a la valoración de su actuar, sino objetivamente demostrar el conocimiento o desconocimiento que éste tenga de una determinada situación. Por ello se suele atribuir a este concepto la expresión "buena fe objetiva".

3) LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS POSESORIOS

Se hace necesario remarcar, sin embargo que, como hecho, la posesión se transmite también en el mundo de los fenómenos; es decir mediante la tradición: La entrega voluntaria por el "tradens" y el recibir voluntario por parte del "accipiens" cumpliendo con los extremos exigidos por el art. 2377 del Código Civil que nos define la tradición como modo de adquirir la posesión, constituye el modo eficaz de transmitir el hecho de la posesión. Pero en la faz negocial se estila también la elaboración de un documento acreditativo de la transmisión de los derechos que ese hecho posesorio ya ha generado en el poseedor transmitente. Para ello se elaboran las famosas cesiones de derechos posesorios, para que todas las prerrogativas que la posesión ya ha proferido al poseedor transmitente, sean válidamente esgrimibles por el nuevo poseedor a quien aquel ha subrogado en todos sus derechos y acciones.

La regla general en materia de cesión es la cesibilidad. En efecto el art. 1444 del Código Civil establece claramente que "Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito".

Los sostenedores de la tesis de la "posesión derecho", suelen endilgar a los que sostienen la tesis la "posesión hecho", que opinar sobre la cesibilidad de los derechos y acciones posesorios es una contradicción ya que sólo pueden cederse derechos y, si para nuestra postura la posesión es un hecho, la contradicción resultaría palmaria. Por ello remarcamos que la posesión se transfiere sólo mediante la entrega de la cosa (la "traditio rei" – 2377 de C.C.) y si se confecciona un "título" mal llamado traslativo es sólo para poder justificar o acreditar el tiempo y las cualidades de esa relación real.

En efecto, uno de los elementos que más valiosa hacen a la posesión es el tiempo, ya que, a partir del año y sólo a partir del año, recién esta posesión genera para el poseedor las acciones posesorias defensivas (art. 2373 del C.C.); con el transcurso de diez años ya puede esgrimirse la usucapión breve (3999 del C.C.) y con el paso de veinte

años el poseedor ya es propietario por usucapión larga (art. 4015 y 4016 del C.C.)[7]. De manera que, como vemos, cuanto más tiempo de posesión tenga el transmitente, tanto más valiosa será la posesión ya que se acerca de manera paulatina al dominio del bien sobre el que recae; pero reiteramos que, aun sin tener en cuenta su carácter de dominio en potencia, ya permite usar, gozar y disponer de la cosa poseída.

El documento acreditativo de la cesión de los derechos posesorios, generalmente por escritura pública[8], permite **unir o anexar** la posesión actual del adquirente, a la de su antecesor, tal como lo prevé el art. 2474 del Código Civil que establece que "para establecer la posesión anual, el poseedor puede unir su posesión a la de la persona de quien la tiene, sea a título universal, sea a titulo singular". Dicha norma resulta de aplicación igualmente para unir la posesión a los fines de la usucapión ya que el art. 4005, aunque con confusa redacción, alude igualmente a dicha posibilidad[9].

De esta manera concluimos que el cesionario podrá, con el transcurso del tiempo, llegar a completar el plazo de usucapión que restaba a su transmitente y transformarse él directamente en "dominus".

---

[7] Ya es propietario, aún sin sentencia que lo declare tal. No se discute en doctrina que la sentencia de usucapión es sólo declarativa y no constitutiva del derecho adquirido. Ver sobre el tema: LEVITAN, José; "Prescripción Adquisitiva del dominio", Bs.As. Astrea, 1979, 2da. Ed. pág. 138. LAPALMA BOUVIER, Néstor D., "El proceso de usucapión", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, pág. 19. MARCOLIN de ANDORNO, Marta N., "Prescripción Adquisitiva", Rosario, Zeus, 1975, 2da. Ed. pág. 119-121. AREAN de DIAZ DE VIVAR, Beatriz, "Juicio de Usucapión", Ed. Hammurabi, Bs. As. 1984, pág. 297-298. VENTURA, Gabriel B.; "Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral" en Anuario de Derecho Civil, Alveroni, pág. 187. VENTURA, Gabriel B. "La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio", en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Ed. Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 2000, Tomo III, pág. 167. VENTURA, Gabriel B. "Acciones Reales", en "Cuestiones Esenciales en Derechos Reales", Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs.As. 2002, pág. 140.

[8] No hay una norma que contenga esta exigencia formal. Por ello sostenemos que desde el punto de vista jurídico puro puede efectuarse la cesión de derechos posesorios en instrumento privado. No negamos en cambio, dado su trascendente relación con el dominio y la consiguiente seguridad estática que prima en los derechos reales que se ejercen por la posesión, que resulta conveniente su formalización por escritura pública.

[9] Si bien el art. 4005 del C.C. civil autoriza a unir o anexar la posesión sólo cuando ambas son "legales", con esta última expresión el legislador habría querido decir que se cumplan los extremos que posibilitan la accesión: 1. que ninguna de las dos posesiones sea viciosa; 2. que se liguen inmediatamente, sin estar separadas por una posesión viciosa, o sea que no hayan sido interrumpidas por una posesión viciosa (art. 2476); 3. que se liguen por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor, o sea, que procedan la una de la otra. Ver sobre el punto HIGTHON, Elena I. "Derechos Reales", "Dominio y Usucapión", Segunda Parte, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1983, pág. 164, 165.

4) CESIÓN VENTA Y CESIÓN DONACIÓN

El Codificador ha utilizado la figura contractual "compraventa" como la fórmula madre para varias contratos a título oneroso, y la "donación" para las que lo sean a título gratuito; por ello constantemente se remite a su regulación en cada una de las figuras similares. Así, en materia de cesiones que es el contrato que aquí analizamos, por ser el que se aplica para la transferencia de derechos y acciones posesorios, en el art. 1435 del C.C. se establece que cuando la cesión lo fuere por un precio en dinero o rematado, o dado en pago, o adjudicado, la cesión será juzgada por las disposiciones sobre el contrato de compraventa. Si en cambio fuere gratuita, lo será por las disposiciones de la donación (art. 1437 C.C.).

Estas reglas, por otra parte, serán las que se apliquen a todas las causas de adquisición a título oneroso o título gratuito respectivamente de derechos y acciones posesorios. Así, la permuta, la dación en pago, el aporte de capital y cuantas figuras innominadas más podamos imaginar, según que sean onerosas o gratuitas caerán bajo dichas fórmulas madres previstas en la ley de fondo.

5) SUBASTA DE DERECHOS Y ACCIONES POSESORIOS

Toca ahora referirnos a la posibilidad de subastar los derechos y acciones posesorios; es decir ese cúmulo de prerrogativas que se han generado por la posesión y que serían indubitadamente transferibles por vía contractual, según hemos visto.

Remarquemos que la posibilidad de embargar y subastar los derechos y acciones posesorios no nos merece observación especial, ni ha sido cuestionada, en general, por la jurisprudencia[10].

[10] "El derecho sustancial autoriza, en principio, por ser enajenables, la ejecución y la venta forzada por los acreedores de los derechos patrimoniales de origen contractual en condiciones tales que pueda conocerse con precisión lo que se ofrece. En efecto, los arts. 1435 y 1444 del Código Civil establecen la alienabilidad de los derechos y acciones a través del contrato de cesión de derechos por remate, y el art. 1327 preceptúa la posibilidad de vender todas las cosas que puedan ser objeto de los contratos aunque sean futuras". (Cám. Nac. Civil, Sala G, 7/4/82, en autos Leiro, Manuel y otro c/ Passo, Rubén E. y otros, en LL. 1982-C, 206).
"Es regla que emana del Código Civil que todo el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores. De ahí que constituyendo los derechos y acciones un bien susceptible de valor económico, la negativa a subastarlos sólo acarrearía desmedro al acreedor ejecutante, obligándolo a promover otro juicio de resultado incierto, cuando están reunidas las condiciones mínimas que tornan procedente el remate" (Cám. Nac.

Tenemos establecido[11] que la regla aplicable para determinar qué objetos pueden subastarse es la siguiente:

-Todo lo que está en el patrimonio puede enajenarse;
-todo lo que puede enajenarse puede embargarse;
-todo lo que puede embargarse puede ejecutarse.

Destacamos que esta regla general es sólo eso: una regla que, como todas, admite excepciones. Al referirnos a la posibilidad de enajenar no hacemos alusión sólo al contrato de compraventa, sino a cualquier figura contractual que sirva a los fines de transferir la propiedad, sean derechos reales, derechos posesorios o derechos personales.

Así, por aplicación del art. 1444 del Código Civil, como ya dijimos, la regla general es la cesibilidad de todos los derechos y acciones. En la parte final del ya transcripto art. 1444 del Código Civil se establece como excepción a la cesibilidad aquellos derechos cuya causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito.

Pues bien esa excepción mencionada constituye también un apartamiento a la regla que hemos establecido en cuanto a que todo lo que integra el patrimonio puede enajenarse. Se plantea, entre otros casos, en los previstos en el art. 1445 del Código Civil, respecto de las acciones fundadas en "derechos inherentes" a las personas. Como ejemplo podemos citar la imposibilidad de ceder una obligación de hacer cuando resulta manifiesto que el deudor ha tenido en cuenta las condiciones particulares del acreedor para hacer nacer el crédito[12]; o la acción emanada del art. 954 del Código Civil; o el derecho

---

Civil, Sala G, id. anterior).
En contra: "La subasta de derechos hereditarios sobre un bien determinado no es más que una transferencia de derechos eventuales cuya existencia queda siempre condicionada a la adjudicación que oportunamente se practique [...] puesto que ningún heredero es propietario de bien alguno determinado que se halle en la masa indivisa" (C.Civil y Comercial de Río Cuarto, agosto de 1991, en LL. Córdoba, 1992 – 322).
Hasta se han llegado a subastar, con buen criterio, los derechos emergentes de un boleto de compraventa previamente embargado: "La transmisión forzosa del contrato, art. 1324 inc. 4º del C.C., implica la sustitución del demandado ejecutado por el adquirente en subasta, que se coloca en la misma situación jurídica del transmitente, debiendo por ende transferírsele la posesión [...] que se derive de aquél" (Cám. 3º C.C. de Córdoba, en LL. Córdoba, 1994, pág. 1068.

[11] VENTURA, Gabriel B. "Tracto Abreviado Registral", Ed. Hammurabí, Bs.As. 2005, pág. 279, 280.

[12] LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; "Teoría de los Contratos - Parte Especial" Ed. Zavalía, Bs.As. 1976, T 1, pág. 630, quien critica la tendencia a ejemplificar con los derechos de la personalidad (nombre, estado, capacidad) En esos casos, explica el citado jurista, "[...]la incesibilidad deriva más que de su inherencia de

de usufructo según lo preceptúa el art. 2870 del mismo cuerpo que sólo admite ceder el ejercicio mas no el derecho mismo. Las prohibiciones de contratar sobre herencias futuras contenidas en los arts. 1175 y 3599 del Código Civil, por efecto del "vetum mortis" serán también nítidos ejemplos de "bienes" no cesibles[13].

Igualmente veremos que, aun estando en el patrimonio y siendo susceptible de enajenación, algunos bienes puede no ser embargables, tal como ocurre con los elementos integrantes del patrimonio mencionados en el art. 3878 del Código Civil: "[...] el lecho cotidiano del deudor y su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio[...]"[14].

Por último algunos elementos del patrimonio pueden ser embargados pero no podrán ejecutarse, tal como ocurre con los bienes afectados a bien de familia o, en los supuestos de vivienda única previstos en el art. 58 de la Constitución Provincial de Córdoba y su ley reglamentaria 8067. Tales bienes son susceptibles de embargo; pero a la hora de ejecutar, el acreedor, tropezará con la necesidad de probar que no se dan los extremos que hacen inejecutables estos bienes, caso contrario el bien no puede subastarse[15]. Así, sólo a manera de ejemplo, diremos que podrá acreditar que en la propiedad embargada el deudor no habita, según exige el art. 41 de la ley 14394 de bien de familia; o que el propietario tiene otra propiedad, según lo preceptuado por el art. 5 de la ley 8067 de Córdoba (modificada por el art. 4 de la ley 8998)[16].

---

su carácter no patrimonial[...]". En razón de ello estaríamos en la primera premisa de nuestra regla: dicho *bien* no está en el patrimonio del sujeto.

[13] La norma del art. 1175 del C.C. resulta por demás interesante en su parte final. Este dispositivo ha pasado desapercibida por la doctrina a la hora de fundar la prohibición de efectuar cesiones sobre bienes hereditarios indivisos que son tan comunes en el tráfico negocial. En efecto el art. 1175 distrae al lector con su primera parte y no permite advertir fácilmente que en su "in fine" prohibe expresamente esas cesiones sobre bienes determinados. Dice en su última parte el citado artículo "...ni los derechos hereditarios eventuales sobre bienes determinados".

[14] En Córdoba, por imperio del art. 542 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales son bienes inembargables: "[...]1) Ropas, enseres y muebles de uso del demandado y su familia. 2) Los muebles, herramientas, instrumentos o libros necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del demandado y su familia. 3) Las pensiones alimentarias y litis-expensas. 4) El usufructo que tuvieren los padres sobre los bienes de sus hijos, en la medida que fueren indispensables para atender las cargas respectivas. 5) Los sepulcros, salvo que se eclamare su precio de venta, construcción o reparación. 6) Los bienes afectados a cualquier culto reconocido. 7) Los bienes que se hallen expresamente exceptuados por otras leyes".

[15]Fuimos los primeros en sostener que la norma del art. 58 no aludía en realidad a "inembargabilidad" sino a "inejecutabilidad" en "La vivienda única en la Constitución Provincial y su reglamentación", Semanario Jurídico del Comercio y Justicia, Córdoba del 3/10/91. En igual sentido VENICA, Oscar "Inembargabilidad de la vivienda única" Ed. Lerner, Córdoba, 1992, pág. 33, 34.

[16] Tanto el art. 58 de la Constitución Provincial de Córdoba, como la ley 8067 fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Nación, en fallo muy "sonado" del 19 de marzo de 2002, dictado en autos

Sentadas, entonces, estas reglas generales, fácilmente podemos advertir que bien pueden los derechos y acciones posesorios o de otra especie (por ejemplo los derechos y acciones hereditarios o los que corresponden a los socios de la sociedad conyugal disuelta, sociedad civil o sociedad comercial disueltas y no liquidadas) ser subastados.

Los derechos y acciones posesorios o de otra naturaleza, están en el patrimonio; son susceptibles de ser transferidos por vía de la cesión de derechos, mientras no estemos en los supuestos de excepción (art. 1444 y ss. del Código Civil); son susceptibles de embargo y, finalmente, terminando con nuestra regla general, son subastables.

Sin embargo, en la faz práctica, nos queda una última cuestión a dilucidar, y es el procedimiento por el cual puede llevarse a cabo el embargo y la subasta posterior de estos derechos que, si bien recaen o se refieren indirectamente a una cosa, no son derechos al dominio mismo de la cosa. Nos referimos a los derechos y acciones hereditarios y a los derechos y acciones posesorios, objeto de nuestro análisis en este breve estudio.

En cuanto a los derechos y acciones hereditarios el tema no ofrece mayores dificultades, estimamos que la forma de trabar embargo sobre los mismos es a través de la oportuna intervención en el respectivo expediente sucesorio, que es el medio lógico en el que se realizan cartularmente los citados derechos[17]. El adquirente en la posterior subasta, no adquiere necesariamente los objetos que se encuentren dentro de la masa heredi-

---

"Banco del Suquía S.A. c/ Tomassini, Juan Carlos". "Corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de la ley reglamentaria 8067 en cuanto declara la inembargabilidad de la vivienda única, toda vez que la determinación sobre que bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor y cuales no lo están es materia de la legislación común, y como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, por lo que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito, pues ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la constitución y esta distribución de competencia no podría alterarse sin reformar la ley fundamental." (LL.Córdoba, 2002, pág. 325). Días después de este fallo se dictó la ley 8998 que partiendo de la constitucionalidad de los dispositivos impugnados por la Corte Suprema, efectúa modificaciones a la ley 8067 que enturbian aún más la situación. Ver al respecto nuestro trabajo "Novedades en torno a la vivienda única" en LL. Córdoba 2002, pág. 381. Un curioso fallo de la Cám. 8va CC. de Córdoba de fecha 12/6/1992, en Sem. Jurídico del 10/12/1992, establece otra excepción al principio. Si bien no compartimos lo absurdo del pronunciamiento por alterar, sin fundamentos, las reglas generales que hemos sentado, estimamos importante su transcripción. Dice: "Sólo **pueden embargarse** los derechos posesorios en cuestión, **no resultando en cambio aconsejable disponer su subasta**, por cuanto en estos casos existe una indeterminación de la cosa que sería materia de la subasta".

[17] Toda la doctrina elaborada en torno a la registrabilidad o no de las cesiones de derechos hereditarios, reaparece aquí a la hora de admitir un embargo de tales derechos en sede registral. De nuestra parte consideramos que tanto las cesiones de derechos como los embargos sobre los mismos deben hacerse valer en el expediente judicial correspondiente y no en los registros jurídicos de bienes, ni en la sección de anotaciones personales. Sin embargo, para ser coherentes con la previsión del art. 41 de la ley 5771 de Córdoba y el art.137 inc.b del Decreto 2080, deberíamos concluir que, si se admite la registración también debería registrarse su embargo.

taria, sino que se lo subrroga en los derechos hereditarios que tenía el subastado. Tan incierto será el derecho del adquirente en la subasta, como incierto era el que tenía el propio heredero.

La Cámara Cuarta C.C. de Córdoba, en contra manifiestamente de nuestra postura, tuvo oportunidad de expresarse sobre este tópico en autos "Mercadal Miguel Angel c/ Arco Isabel y Otros – Ordinario – Recurso de Apelación", con votos coincidentes de los Dres. Fernández, González de la Vega de Opl y Bustos Argañaras. Lo hizo lamentablemente de manera poco feliz, confundiendo el objeto de los derechos hereditarios con el objeto mismo de la subasta. Así llegó a sostenerse en el decisorio que los derechos hereditarios no pueden subastarse, dado que el heredero adquiere "[...]una expectativa a todo o parte del patrimonio relicto (art. 3263 C.C.) sin consideración alguna a su contenido especial **ni a los objetos de esos derechos** [...] La subasta a solicitud de los acreedores del heredero de los derechos y acciones que tuviere o pudiere tener en la sucesión del causante, importa entonces el ofrecimiento por el órgano jurisdiccional del remanente del patrimonio del difunto cuya determinación y cuantificación sólo es posible tras el cómputo del activo y deducción del pasivo" (lo resaltado es nuestro).

Con semejante decisorio la cámara en cuestión estaría negando también la posibilidad de enajenación voluntaria de los derechos hereditarios a través de la cesión, situación que ha sido desde siempre admitida, estudiada y analizada concienzudamente por toda la doctrina nacional, ya que la norma expresa del art. 1446 del C.C. claramente le da cabida en el marco de los contratos, cuando establece que "Los créditos condicionales, o eventuales, como los créditos exigibles, los aleatorios, a plazo, o litigiosos, pueden ser el objeto de una cesión".

Pero no quedan tan sólo ahí las consecuencias del grueso error al que han arribado los magistrados en el citado caso. Piénsese que, con igual criterio al esgrimido en el fallo, también se estaría negando la posibilidad de celebración de cualquier contrato aleatorio, dado que su resultado estaría supeditado a un aleas que los camaristas, por pura e intuitiva exigencia de precisión, no toleran ver en sus subastas. Ironizando, para no dramatizar... a partir del decisorio que criticamos, si queremos respetar su doctrina, los bille-

tes de rifa o lotería no pueden ser vendidos ni tampoco subastados, sino sólo hasta que se haya determinado si resultarán o no premiados.

Volviendo ahora a los derechos y acciones posesorios, los mismos no son embargables ni subastables por separado, sino siempre acompañados de la posesión que tiene el sujeto ejecutado. No resulta imaginable siquiera que alguien pueda adquirir el derecho a ser protegido en una relación real, ni a adquirir el dominio por usucapión, si no se adosa a la adquisición de tales prerrogativas, también la relación real misma sobre la que las mismas recaen. Por otra parte, de las cualidades de la posesión del ejecutado y su tiempo de posesión, dependerán también las características de los derechos y acciones posesorios y la posesión misma que recibirá el adquirente en la subasta.

Por ello concluimos que tanto el embargo, como la subasta, deben canalizarse en el mundo de lo jurídico y en el mundo de lo puramente fáctico ya que se trata de la posesión (que es un hecho, según vimos). Se ordenará el embargo de los derechos posesorios, mediante notificación al poseedor y, posteriormente, de hacerse procedente la subasta por incumplimiento de la obligación asumida por el deudor, se privará al poseedor de la posesión de la cosa y se subastará la posesión (es decir el derecho a ocupar con ánimo de dueño la cosa, usándolo y gozándola) y los derechos ya generados a su respecto: el tiempo (2475 y 4005 del C.C.), la posibilidad de defensa (art. 2468 y ss. C.C.) y la posibilidad de adquisición por usucapión (art. 4015 y 4016 del C.C.).

6) LOS DERECHOS Y ACCIONES POSESORIOS ¿SON DERECHOS LITIGIOSOS?

Conocer si los derechos objeto de un negocio jurídico traslativo (cesión donación, venta, permuta, aporte en capital, adjudicación, etc.), son litigiosos o no, tiene gran trascendencia práctica ya que ello repercutirá en la consideración del riesgo, su precio y hasta la forma de instrumentarlos.

Otro problema de índole práctico es la posiblidad de efectuar un aporte societario que sólo consista en una "cesión aporte", si se nos permite la expresión. Es decir uno de los socios aporta los derechos posesorios que tiene sobre un campo, por ejemplo. Para forzar más nuestro pronunciamiento podríamos agregarle que dicho inmueble constituye el elemento vital para el objeto social. Al respecto el art. 40 de la ley de sociedades comerciales niega la viabilidad al aporte de bienes litigiosos y ello torna muy trascendente analizar si los derechos posesorios tienen o no ese carácter[18].

En relación con la forma de instrumentarlos, el Código Civil se ha referido expresamente a ellos en el art. 1455, cuando luego de establecer que sólo será exigible como forma para las cesiones la forma escrita, exige para las acciones litigiosas en forma imperativa: **escritura pública** o **acta judicial**. La norma viene a colación en nuestras lucubraciones porque es justamente en relación a este dispositivo que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter de litigiosos de ciertos derechos y acciones. Así, en general la jurisprudencia exige, para considerar derecho y acción litigioso que exista una causa iniciada judicialmente y, en algunos supuestos, hasta se ha requerido que ya se haya contestado la demanda.

A modo de ejemplo citaremos sólo algunos de los fallos relacionados a este tema:

1- "El derecho sólo adquiere la calidad de litigioso cuando se halla contestado judicialmente en el momento de celebrarse la cesión" (Corte S. de la Nación, 8/9/39, Fallos 184-517).
2- "El derecho es litigioso cuando ha sido controvertido, porque si no lo fue tampoco es litigioso". (Cám. Civil 1ra. 19/12/47, LL 49-721)
3- "Se debe considerar cesión de derechos litigiosos aquella relativa a un derecho que en el momento de la formalización del contrato esté sometido a la decisión de la justicia" (Supr. Corte de Buenos Aires, 11/9/1984, LL, 1986-C-531)
4- "No es litigioso el **derecho posesorio** antes de demandar por usucapión" (Supr. Corte de Buenos Aires, 9/6/59, AS 1959-II-204).

[18] En la práctica, con independencia de nuestras lucubraciones académicas, el Registro de Personas Jurídicas no admite dichos aportes esgrimiendo la norma del art. 40 de la ley 19.550.

Más allá de la contundencia del último pronunciamiento transcripto, no cabe dudar acerca de la **no litigiosidad** de los derechos y acciones posesorios. Que los mismos sean dudosos y hasta de cierta precariedad no les da el carácter de litigiosos. Nadie cuestiona los derechos del poseedor como tal ni el propio legislador que, sin duda alguna y con total claridad los defiende y protege mediante las pertinentes acciones. Pocas instituciones son objeto de tanta protección como la posesión misma.

Concluimos así que los derechos y acciones posesorios son perfectamente aportables por no encontrarse incluidos en la categoría de bienes litigiosos y por ende no entran en la prohibición del art. 40 de la ley 19.550. Sin embargo no negamos que la duda puede aparecer si adoptamos el camino del razonamiento errado de considerar la posesión como un dominio probable. Ahí sí aparece en nuestra valoración un juicio de usucapión, con citación a terceros colindantes y titulares registrales o de otros derechos reales. Pero tal lucubración no es la correcta al analizar el objeto de los derechos y acciones posesorios ya que los mismos no deben necesariamente aspirar al dominio de los bienes sobre los que recae, sino a la posesión misma con las prerrogativas de uso goce y disposición que genera. Cotejar la relación real posesión, con el derecho real que no se tiene, constituye un razonamiento sofístico que trastorna la naturaleza de las cosas, amén de transgredir el principio “nihil comune habet proprietas cum posessione” al que ya nos hemos referido. Es justamente por ello que se habla de derechos posesorios y no de dominio.

CONCLUSIONES

1- La posibilidad de protección posesoria es una prerrogativa que tiene sólo el poseedor, que será susceptible de ser transmitida, tanto por actos voluntarios (la cesión de derechos posesorios), “mortis causae” (3417 C.C.) o mediante la venta forzosa en una subasta judicial.
2- El poseedor tiene el derecho que le concede la posesión, de usar, gozar y disponer de la cosa poseída. Amén de las prerrogativas establecidas en art. 2420 del C.C. que, en forma genérica, consagra los llamados “derechos inherentes a la posesión”.

3- El poseedor luego de cierto lapso se transformará en propietario por imperio de la usucapión; es decir por la posesión continua e ininterrumpida durante veinte años, aun siendo de mala fe, es decir conociendo que no tenía título de derecho real alguno que justificase su posesión.
4- La importancia de la posesión, desde el punto de vista patrimonial, es tal que se ha llegado a sostener que es la realización fáctica de la propiedad y hasta se ha propuesto la sustitución de la famosa frase acuñada por León Duguit "la propiedad es función social" por "la posesión es función social", tal como propone Hernández Gil.
5- A pesar del proloquio "nihil comune habet prorpietas cum possesione", receptado por Vélez en el art. 2472 del C.C. la posesión tiene tanto de propiedad que hasta contiene normas similares; por ejemplo los modos de adquirir y los ataques y las correspondientes acciones defensivas son de un mismo tenor para la posesión que para la propiedad; la posesión se conserva por inercia y exige un acto de voluntad expresa del poseedor para considerarse abandonada (el "animus in contrarium actus"), tal como ocurre respecto de dominio que en el art. 2510 del Código Civil resulta siendo perpétuo y subsiste con independencia del uso que el propietario haga de la cosa.
6- A los fines del uso, goce y disposición física de la cosa, la posesión resulta más trascendente, desde el punto de vista práctico, que el dominio mismo.
7- La posesión constituye una manifestación del derecho de propiedad en sentido amplio, tutelado por el art. 17 de la Carta Magna.
8- La posesión, por integrar el patrimonio de los sujetos, es susceptible de transmisión por su titular y de embargo por parte de los acreedores de éste.
9- La posesión, como hecho, se transmite mediante la tradición; es decir mediante la entrega voluntaria por el "tradens" y el recibir voluntario por parte del "accipiens" cumpliendo con los extremos exigidos por el art. 2377 del Código Civil.
10- Las denominadas cesiones de derechos posesorios no transmiten la posesión, sino los derechos que ella ha generado en cabeza del cedente. El cesionario pasará así a ocupar el lugar de éste por efecto de la subrogación expresa producida por el contrato.

11- La importancia del documento de cesión resulta de dejar acreditado el transpaso voluntario y pacífico, permitiendo que todas las prerrogativas que la posesión ya ha generado en cabeza del poseedor transmitente, así como su tiempo y cualidades, sean válidamente esgrimibles por el nuevo poseedor a quien aquel ha subrogado en todos sus derechos y accion

12- La posibilidad de embargar y subastar los derechos y acciones posesorios resulta evidente y no ha sido cuestionada, en general, por la jurisprudencia.

13- La regla aplicable para determinar qué objetos pueden subastarse es la siguiente: Todo lo que está en el patrimonio puede enajenarse; todo lo que puede enajenarse puede embargarse y todo lo que puede embargarse puede ejecutarse. Esta regla, como todas, admite excepciones.

14- Por ello tanto los derechos y acciones posesorios; los derechos y acciones hereditarios; los que corresponden a los socios de la sociedad conyugal disuelta; sociedad civil o sociedad comercial disuelta y no liquidada, pueden ser enajenados, embargados y subastados.

15- El procedimiento por el cual puede llevarse a cabo lo expresado respecto de los derechos hereditarios será el embargo en el respectivo expediente sucesorio, que es el medio lógico en el que se realizan cartularmente los mismos.

16- En cuanto a los derechos posesorios, se ordenará el embargo de los mismos mediante notificación al poseedor y, posteriormente, de hacerse procedente la subasta, se privará al poseedor de la posesión de la cosa que será entregada en posesión al adquirente, en cumplimiento de la norma del art. 2377 del C.C. que regula la tradición posesoria. El adquirente tendrá derecho a ocupar con ánimo de dueño la cosa, usándola, gozándola y teniendo sobre ella los derechos ya generados respecto al subastado: el tiempo (2475 y 4005 del C.C.), la posibilidad de defensa (art. 2468 y ss. C.C.) y la posibilidad de adquisición por usucapión (art. 4015 y 4016 del C.C.).

17- Los derechos posesorios no son necesariamente litigiosos. Sin dudas no tienen ese carácter los que corresponden a posesiones públicas, pacíficas y no cuestionadas. Por ello son suceptibles, en algunos casos, de constituir el aporte societario ya que no transgreden el art. 40 de la ley 19.550.

Gabriel B. Ventura