



XII ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL

CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS

UN CONTRATO POCO ANALIZADO Y BASTANTE UTILIZADO

Mariana Vargas
Augusto Piccon

PONENCIAS

1. La posesión es un hecho, si bien está protegido por la ley, no deja de ser un acontecimiento que genera ciertas consecuencias jurídicas, entre las que podemos nombrar ciertos derechos.

2. No podríamos establecer que lo cedido en este contrato es la posesión, pues lo que se ceden son derechos no hechos.

3. Las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir, son los derechos objeto de este contrato.

4. La cesión de esos derechos posesorios permite la accesión con la posesión de su sucesor a título singular, por la necesidad de una causa que las vincule.

5. El menor de edad no tiene capacidad para contratar por sí, por lo tanto no adquiere los derechos posesorios, pero sí tiene capacidad para ser poseedor.

6. Toda cesión debe ser hecha en forma escrita bajo pena de nulidad, cualquiera sea el valor.

7. No es necesario el asentimiento conyugal en la cesión de derechos posesorios.

INTRODUCCIÓN

A menudo, en el ejercicio del notariado, se nos presentan la circunstancia para dar forma jurídica a este contrato, y en la mayoría de los casos se nos requiere hacerlo por Escritura pública. Pero esto no ha hecho eco en la doctrina, que del tema poco a escrito, quizás por la inexistencia de casos de juris-



prudencia para analizar, de conflictos interesantes... no sabemos, lo cierto es que si queremos analizar específicamente a fondo esta cesión ante un caso particular, la tarea se torna infructuosa.

Quizás la falta de comentarios es debido a que nada nuevo hay para decir, y es cierto. Lo que no significa que no sea de utilidad estudiar las características de este contrato, y ordenar los diferentes aspectos a tener en cuenta, pues incluye materias tan di símiles y complejas que al relacionadas nos pueden llegar a marear.

El presente trabajo, tiene una finalidad más allá de la mera especulación teórica, específicamente es para dar un material de consulta ágil al escribano aquel que, pasado un tiempo desde la última cesión de derechos posesorios, quiere refrescar la memoria y no dejar ningún aspecto al azar, en su instrumento y en su asesoramiento.

RECORDANDO

Cesión de Derechos Posesorios

El Contrato de Cesión de Derechos Posesorios tiene receptividad normativa en el art. 1444 del C. Civil que dice: "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".

Reglas legales aplicables:

- Si el derecho se cede por un precio cierto en dinero se regirá por las disposiciones de la compraventa.
- Si se cede a cambio de una cosa u otro derecho el contrato se regirá por las disposiciones de la permuta.
- Si el crédito fuese cedido gratuitamente se regirá por las disposiciones de la donación.

Posesión

Ya que el objeto de este trabajo es la cesión de Derechos Posesorios,



empecemos recordando brevemente que es la posesión.

El Código nos dice en el Art. 2351:

"Habrá posesión de las cosas cuando una persona, por si o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

Vélez, siguiendo a Savigny, en esta definición distingue dos elementos: *Corpus* y *Animus Domini*, elementos que distinguen a la posesión de otras relaciones reales como la tenencia o la mera yuxtaposición local.

Corpus no es la cosa, sino el contacto con ella o la posibilidad de establecerlo. "Posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento, independientemente del poder de disponer por actos jurídicos de ella"¹.

Animus Domini es el elemento intencional o subjetivo "intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" o sea que no reconoce un señorío superior en otra persona (como sería el caso de la tenencia) sino que actúa como si él fuera el dueño, independientemente que lo sea o no.

Posesión ¿Hecho o Derecho?

Sobre este punto existe una gran discusión que se remonta a los tiempos de Savigny e Ihering, para el primero era un hecho para el segundo un derecho, desde entonces, ni la doctrina ni la jurisprudencia logra ponerse de acuerdo. La disputa no se debe a la gran confusión que genera nuestro código y sus notas, que no se decide entre una y otra posición, es más bien una cuestión de fondo.

Savigny basado en concepción de derecho subjetivo como facultad de obrar² como poder, niega el carácter de derecho a la posesión, opina que es "un hecho pues su basamento se encuentra en circunstancias fácticas que constituyen el corpus"³.

¹ Mariani de Vidal, Marina. "Curso de derechos reales" Tomo 1, Ed. Zavalía, Bs. As. 1998, Pág. 110.

² Buteler Cáceres, José A. "Manual de derecho civil". Pte. Gral., Ed. Advocatus Cba. 3ª Edición, Pág. 30.

³ Mariani de Vidal, Marina. "Curso de derechos reales". Tomo 1, Ed. Zavalía, Bs. As. 1998, Pág. 128



Ihering "consecuente con su concepción de derecho subjetivo, según la cual éste es todo interés jurídicamente protegido piensa que, existiendo tal situación en materia de posesión, ella es un derecho"⁴.

Nosotros creemos que la posesión es un hecho, si bien está protegido por la ley, no deja de ser un acontecimiento que genera ciertas consecuencias jurídicas, entre las que podemos nombrar ciertos derechos. Lo que sucede es que se confunde, el derecho a poseer* que da el hecho de la posesión con la posesión misma.

El tema sin dudas es interesante, lo cierto es que la doctrina mayoritariamente está favor de la posición que la considera un hecho. Lo cierto es que en nuestra legislación, las consecuencias de la posesión están exhaustivamente reguladas de modo que en cierta manera esta discusión pierde sentido.

Analizando

¿Qué cedemos en la "Cesión de Derechos Posesorios"

¿Cuál es el objeto misterioso de este contrato?, ¿es acaso la posesión?

Definitivamente no. En primer lugar si decimos que la naturaleza jurídica de la posesión es la de ser un hecho, seguro no podríamos establecer que lo cedido en este contrato es la posesión, pues lo que se ceden son derechos no hechos.

Hay gente que se ampara en esto para decir que entonces no hay cesión de derechos posesorios posible; pero no debemos confundir el hecho que da lugar a derechos, con esos mismos derechos, así por ejemplo: en el caso de los derechos hereditarios no se sede el hecho de ser heredero sino los derechos que de ello se derivan, lo mismo pasa con los contratos "se concibe que una persona pueda ceder los derechos que tiene en sociedad, en un contrato de locación de obra o de trabajo, pero no la calidad de socio, de empresario, de

⁴ Mariani de Vidal, Marina. "Curso de derechos reales". Tomo 1, Ed. Zavalía, Bs. As. 1998, Pág. 170

* No derecho de poseer, que sólo pueden dar los derechos reales, sino a poseer, que da la posesión.



obrero, porque tal condición supone también obligaciones, y las deudas no pueden cederse sin el consentimiento del acreedor"⁵.

Pero, aún siguiendo a aquellos que dicen que la posesión es un derecho, lo cual a primera vista nos daría una esperanza, tendremos que decir: que no es objeto de este contrato, este supuesto derecho, ya que la única manera posible de adquirir la posesión bilateralmente es con la tradición "que existe cuando una persona entrega voluntariamente una cosa, que otro también voluntariamente recibe. La tradición debe consistir en actos materiales ya sea realizados voluntariamente tanto por el *tradens* cuanto por el *accipiens* (art. 2377)" con consentimiento del otro" siendo así... de qué valdría hacerla, que sentido tendría, si necesitamos de la tradición de la cosa para adquirir la posesión.

¿A qué nos referimos entonces?

Nos referimos a los derechos que se derivan de ese hecho que es la posesión.

Específicamente, ¿a qué derechos nos referimos?

Los derechos que se derivan de la posesión son: "...para Savigny, sólo las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir, ya que considera que los otros que se enuncian son, en verdad, efectos de otras instituciones y no de la posesión. En general, a las aceptadas por Savigny se le suelen agregar: a) la posesión de buena fe otorga al poseedor la propiedad de los frutos que perciba; b) la posesión de buena fe de una cosa mueble hace presumir la propiedad de ella (art. 2412) c) el derecho a ser indemnizado de las mejoras necesarias y útiles que hubiera realizado y que corresponde al poseedor de buena fe, y d) para ese mismo caso, el derecho de retener la cosa hasta ser pagado de ese crédito"⁶.

Luego, ello nos lleva a interrogarnos, para qué sirve entonces hacer una cesión de derechos posesorios si estos se derivan de la posesión misma, bas-

⁵ Borda, Guillermo A. "Manual de contratos", Ed. Perrot, Bs. As. 1993, Pág. 298.

⁶ Mariani de Vidal, Marina. "Curso de derechos reales" Tomo 1, Ed. Zavalía, Bs. As. 1998 Pág. 187.



taría hacer simplemente la tradición para adquirir la posesión y consecuentemente como efectos de la misma obtendrían esos derechos.

Lo que sucede es que: si obtiene la cosa y empieza a poseerla, va a querer hacer valer principalmente dos de esos derechos: las acciones posesorias y la posibilidad de usucapir, los cuales necesitan o exigen cierto tiempo en la posesión, que a veces no es fácil conseguir por si solo, sino sumando la posesión, que sobre la cosa, tenía el anterior poseedor, (lo que llamamos Accesión de posesiones). Esos son los derechos posesorios entonces objeto de este contrato.

Necesidad de la cesión de derechos para la accesión

"El sucesor particular, al contrario que el universal inicia una nueva posesión totalmente independiente de la anterior. Más aún teniendo en cuenta que la posesión es un hecho, se comprende que lo que se transmite es la cosa sobre la cual ejercerá su poder el nuevo poseedor. Pero este sucesor particular tiene la facultad de unir las posesiones, y esta suma es lo que se llama accesión de posesiones"⁷

Claro que para realizar la Accesión son necesarios, ciertos requisitos:

- 1) Que las dos posesiones no sean viciosas
- 2) Que se ligen inmediatamente, sin que estén separadas por una posesión viciosa
- 3.) Que se ligen por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor⁸.

Remarcamos el tercer inciso que es el que nos interesa en este trabajo, ya que "el vínculo de derecho está dado por el título en virtud del cual se entregó la cosa. Lo que permite la accesión es la transmisión por actos entre vivos y a título derivado. Debe haber un título o causa aunque obviamente no será título suficiente, pues si éste existiera no sería necesario usucapir. En el

⁷ Highton, Elena I. "Dominio y Usucapión" 2da. Parte, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1983, Pág. 164.

⁸ Código Civil, se transcribe parte de la nota al 2476, la cual explica y resume los requisitos que establecen los art. 2475 y 2476.



caso podrán faltar requisitos de fondo o de forma..."⁹.

Queda entonces establecida la utilidad de la cesión de esos derechos posesorios que tenía el autor, ya que permite la accesión con la posesión de su sucesor a título singular¹⁰, por la necesidad de una causa que la mera tradición de la cosa, no satisface.

Aspectos a tener en cuenta

Capacidad

Tenemos que conjugar diferentes normas del ordenamiento jurídico con relación a este tema.

Por un lado la capacidad que requiere el contrato de cesión de derechos: art.1435, art. 1357 y art. 1437, art. 1804, art. 1807 del C.C. Argentino. La capacidad para ceder a título oneroso es la que se requiere para comprar y vender, para ceder a título gratuito es la que se requiere para donar.

Por otro lado las reglas de la posesión: Art. 2392: Son incapaces de adquirir la posesión por sí mismos los que no tienen uso completo de la razón, como los dementes, fatuos y menores de diez años, pero pueden adquirida por medio de sus tutores y curadores.

De la conjugación de estas normas legales surge un interrogante: qué sucedería si un mayor de edad cede derechos posesorios a un menor de edad mayor de diez años? Al ser menor de edad no tiene capacidad para contratar por sí por lo tanto no adquiere los derechos posesorios, pero sí tiene capacidad para ser poseedor, por lo cual nos arriesgamos a afirmar que entonces este menor si bien es poseedor no gozará de la posibilidad de la accesión de las posesiones a los fines de intentar las acciones posesorias o la usucapión, derechos que derivan de la cesión de derechos posesorios.

⁹ Highton, Elena I. "Dominio y Usucapión" 2da. Parte, Ed. Hammurabi, BS.As. 1983, Pág. 165.

¹⁰ C. Apel, CC San Isidro Sala II, octubre 22 987, -Suarez Severo c/ Ramires Sanchez Manuel) DJ 988-1-837. Para que la accesión de posesiones se opere, se requiere la existencia de un vínculo de derecho, de un título traslativo de dominio oneroso o gratuito que ligue al actor con el sucedido, porque, en su defecto, la condición de suceder invocada desaparece y solo se tendrán dos posesiones distintas.



Forma

La regla general es que toda cesión debe ser hecha en forma escrita bajo pena de nulidad, cualquiera sea el valor del derecho cedido y aunque él no conste en instrumento público o privado.

La ley sólo exige la forma escrita, siendo exigida *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, según borda, y bastaría entonces el instrumento privado pudiendo ser acreditada, la cesión entre cedente y cesionario, por otros medios de prueba. Según López de Zavalía, la exigencia de la forma escrita es relativa, y en caso de su inobservancia el contrato no quedará concluido como de cesión, sino como contrato en el que las partes se obligan a otorgar la forma escrita.

Sin embargo consideramos conveniente y ventajosa la instrumentación de este contrato en escritura pública ya que de este modo conseguimos un elemento muy importante al momento de intentar la usucapión que es la determinación de una fecha cierta. Así también puede ser útil si agregamos al protocolo documentos que puedan servir como prueba preconstituida tales como cedulones de impuestos u otros que hubieran sido transferidos del poseedor cedente al nuevo poseedor.

Asentimiento conyugal

El principio es que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de sus bienes propios y de los gananciales (art. 1276 ler. párr.)

El art. 1277 es una excepción a dicho principio y como tal debe ser interpretada con sentido restrictivo. "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria...".

Los elementos integrantes para que sea exigible el asentimiento conyugal serían:

Documentos: aquellos que instrumenten un derecho real sobre inmuebles, muebles u otros bienes que estos documentos sean registrables: que su registración sea obligatoria.



La falta de uno solo de estos elementos no haría exigible el asentimiento conyugal.

El fundamento de la exigibilidad del asentimiento conyugal es de orden patrimonial, siendo lo que se registra de una importancia económica que hace necesario un control y una publicidad especial, el art. 1277 intenta custodiar los intereses del cónyuge no titular contra los actos del otro que pudieran disminuir el patrimonio ganancial no respecto de todos los bienes que forman la integridad del patrimonio de la sociedad conyugal sino de aquellos que la ley considere más importantes y para determinar esa importancia se vale de la registración.

La transferencia de derechos posesorios es una cesión de derechos (art. 1444) y dichos documentos no son objeto de registración. No encontramos en el ordenamiento jurídico una norma que establezca la obligatoriedad o la necesidad de la registración. Por lo tanto concluimos que la no se necesita el asentimiento conyugal en la cesión de derechos posesorios¹¹.

Consejos útiles

Prueba de la posesión del anterior poseedor (cedente)

Antes de la concreción del contrato, por su deber de asesoramiento, deberá recomendar al cesionario que solicite a su cedente todos los elementos de prueba de su posesión, recordemos que seguramente el cesionario tratará de usucapir y para esto necesitará probar la posesión de su anterior poseedor. Si deja pasar la oportunidad puede ser que dichos elementos se pierdan (pues al cedente le reportarán poca utilidad) y además pendiente la contraprestación siempre es más fácil conseguir dichos elementos.

Los elementos que le van a servir de prueba, son todos aquellos que puedan demostrar "la posesión efectiva, quieta, pública, pacífica e ininterrumpida que exigen los art. 2351, 2373 y 2506 del Código Civil¹² en un tiempo determinado, no hay restricción en cuanto a ella por eso es cuestión de utilizar el

¹¹ Andrés Antonio (h). Dictamen en la Rev. del Notariado N° 885-1986, Asentimiento conyugal

¹² LL 1996-C-67



ingenio, y colocarse en la posición del abogado que entablará la acción.

Recomendamos entre otras pedir los cedulones pagos del impuesto inmobiliario, cualquier tipo de constatación en el inmueble por un funcionario público -por ejemplo un acta notarial-, el nombre de testigos, contratos de arrendamientos o locaciones, etc.

Poseedor con boleto de compraventa

Si el poseedor actual tiene un boleto de compraventa, aunque fuera imposible su cumplimiento, conviene hacer una cesión de ese boleto, ya que la acción de escrituración no requiere demostrar los veinte años de posesión efectiva, y queda siempre la posibilidad de demostrar con él la causa de la adquisición de la posesión, como en la cesión de derechos posesorios, para lograr la accesión de posesiones.

Declaración de tradición

Es valioso colocar en el instrumento, la declaración de las partes acerca de la entrega efectiva de la tradición, pues aunque no valga frente a terceros pues necesita demostrarse con hechos materiales, entre las partes puede hacerse valer como prueba confesional.

Asimismo si se realiza un constituto posesorio, ("Cuando el poseedor transmite a otro la posesión pero queda como tenedor de la cosa"), "sería menester que, en la misma escritura o por acto aparte formalizado en instrumento público o privado de fecha cierta, se materializara un contrato de locación, con todos los requisitos necesarios, pues de esta forma quedaría demostrada la seriedad del negocio jurídico"¹³.

BIBLIOGRAFÍA

Borda, Guillermo A. "Manual de Contratos", Ed. Perrot, Bs. As. 1993.

Buteler Cáceres, José A. "Manual de Derecho Civil", Pte. Gral., Ed. Advocatus, Cba. 3ª Edición.

¹³ Mariani de Vidal, Marina. "Curso de Derechos Reales" Tomo 1, Ed. Zavalia, Bs. As. 1998 Pág. 178.



Highton, Elena I. "Dominio y Usucapión", Segunda parte, Ed.

Hammurabi, Bs. As. 1983.

Laquis, Manuel Antonio. "Tratado de Derechos Reales Parte General. Protección posesoria". Tomo 1 Ed. Depalma, Bs. As. 1975.

López de Zavalía, Fernando "Teoría de los Contratos" Pte.

Especial, Tomo II Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As. 1976.

Mariani de Vidal, Marina. "Curso de Derechos Reales" Tomo 1, Ed. Zavalía, Bs. As. 1998.

Musto, Néstor Jorge. "Tratado de Derechos Reales" Tomo I y II Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1981.

Andrés Antonio (h). Dictamen en la Rev. del Notariado N° 885/1986, Asentimiento conyugal.

Código Civil, Euros Editores 1999