

## Conclusiones del Curso de Posgrado en Técnica Notarial y Registral<sup>1</sup>

---

### TEMA I

#### ASENTIMIENTO CONYUGAL EN SOCIEDADES COMERCIALES Y EN ACTOS Y CONTRATOS COMERCIALES

Coordinador: Alberto Aramouni

#### I. PARTE GENERAL

Art. 1277: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de estas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiese hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuese prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

1. *Formas del asentimiento:* Puede ser dado por instrumento público o privado. Es aconsejable que sea dado por escritura pública, según el art. 1184 del cód. civil e incisos 7º: "...y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública"; 10: "Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública".

2. *Oportunidad del asentimiento:* No se requiere que sea simultáneo con el acto de disposición. Puede ser dado anticipadamente, siempre que se indique claramente la índole y condiciones del acto autorizado. El asentimiento anticipado es revocable hasta que

---

(1) Publicado en El Derecho el 08/02/2008, n° 11.943. Las Jornadas de Técnica Notarial y Registral, realizadas los días 20 y 21 de octubre de 2006, fueron dictadas por el Departamento de Posgrado y Extensión de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director del Curso: Esc. Natalio Pedro Etchegaray. Coordinador del Curso: Esc. Martín Rodríguez Giesso.

el acto se otorgue. Puede ser posterior, como confirmación del acto, pues la falta de asentimiento es de nulidad relativa.

3. *Asentimiento tácito*: Cuando un cónyuge otorga poder al otro para disponer del bien y este dispone utilizando el poder.

4. *Asentimiento general anticipado*: Es discutible, por las siguientes razones: a) implica una convención matrimonial después de celebrado el matrimonio, prohibida por el art. 1218 del cód. civil; b) modifica el régimen patrimonial del matrimonio, pues tiene el efecto práctico de suprimir el asentimiento del art. 1277 del cód. civil y viola los artículos 1218: "Toda convención entre los esposos (...) es de ningún valor"; 1219: "Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio..."; c) el espíritu del art. 1277 del cód. civil es el de requerir el asentimiento con cada acto en particular, y la actuación común de ambos cónyuges; d) el art. 1892 *in fine* prohíbe dar mandato en el interés exclusivo del mandatarario; e) puede un cónyuge dar mandato general al otro para disponer de sus bienes, pero siendo general, no debe implicar que también deba aceptarse el asentimiento general.

5. *Asentimiento especial dado por anticipado*: Puede darse el asentimiento especial relativo a un acto determinado, por anticipado. No se requiere que sea coetáneo con el acto de disposición.

6. *Control registral del asentimiento*: Los Registros Públicos (de la Propiedad Inmueble y de Comercio) ejercen el control en los actos de disposición de bienes inmuebles y de partes de interés o de cuotas de sociedades comerciales.

7. *Omisión del asentimiento*: Puede prestarse el asentimiento con posterioridad al acto que lo requiere. Su omisión es de nulidad relativa y puede subsanarse por confirmación, según los arts. 1059 a 1065 del cód. civil. También puede subsanarse por autorización judicial posterior y por prescripción decenal.

8. *Bienes a los cuales se refiere*: Además de comprender los actos de disposición de bienes inmuebles y muebles registrables, comprende los actos de disposición de partes de interés y de cuotas y de acciones del capital social de sociedades comerciales, los aportes de dominio de bienes inmuebles y muebles registrables a sociedades comerciales y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de estas. No se requiere para constituir hipoteca por saldo de precio, tampoco es necesario el asentimiento para los casos de ejecución forzada.

9. *Bienes gananciales de origen dudoso*: El art. 1276 del cód. civil modificado por la ley 25.781 (B.O.: 12-11-03), en el párr. 2º, dice: "Si no se puede determinar el origen

de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto”.

*10. Asentimiento conyugal antes y después del divorcio:* Expresado antes del divorcio, puede ser revocado hasta que el acto se otorgue. No comprende los bienes y derechos adquiridos después de la disolución de la sociedad conyugal, en razón de que los bienes y derechos pasan a ser personales de cada uno. El conflicto puede plantearse cuando el cónyuge divorciado inocente, titular de un bien de origen propio, que conserva la tenencia de sus hijos menores o incapaces, quiere disponer de ese bien, ¿debe requerirse el asentimiento del cónyuge culpable para disponer?: cabe solicitarse la autorización judicial.

*11. Diferencia entre asentimiento anticipado y el poder general con facultad para asentir:* El asentimiento general anticipado con los actos de disposición del cónyuge implica una convención matrimonial, pues modifica el régimen patrimonial del matrimonio, al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescripto por el art. 1277 del cód. civil. El poder general amplio de administración y disposición con facultad para asentir, si bien no es un acto que merezca restricción alguna, requiere que el asentimiento de acuerdo con el art. 1277 del cód. civil sea expreso y especial para cada bien registrable, que debe detallarse en el poder.

*12. Compra con divorcio en trámite. Modalidad. Saldo. Asentimiento:* El tema se refiere a los casos de adquisiciones que se efectúan en la etapa que va desde la presentación conjunta de la demanda de divorcio o de separación personal o de notificación de la demanda y el dictado de la sentencia. La disolución se retrotrae a la primera fecha de presentación conjunta o de notificación de la demanda. Queda esta etapa transitoria, en la que todavía no hay certeza sobre la fecha de la sentencia, para caracterizar la adquisición del bien como de origen propio. Por lo tanto, debe hacerse la declaración expresa del origen del dinero con que se adquiere y que se encuentra en trámite de divorcio o la separación personal y perfeccionar el acto mediante una escritura complementaria que contenga la acreditación del dictado de la sentencia ya firme, y así se haga saber a los Registros respectivos según los bienes de que se trate.

## **EL ART. 1277 DEL CÓD. CIVIL Y SU APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES COMERCIALES**

### **II. PARTE ESPECIAL**

El art. 1277 del cód. civil consagra un régimen de protección tendiente a evitar el empobrecimiento de la sociedad conyugal por la realización de malos negocios, para lo cual se exige que el administrador coincida con su cónyuge en la conveniencia de la disposición de ciertos bienes gananciales. También protege al cónyuge no administrador contra la mala fe del administrador que quiere burlarse de los derechos del otro

cónyuge. Se requiere el asentimiento para el aporte de bienes registrables a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de estas.

*1. El consentimiento conyugal y las características de las operaciones comerciales:* Ante quienes dicen que el asentimiento previsto por el art. 1277 del cód. civil resulta incompatible con la celeridad e informalidad de los negocios mercantiles, debemos señalar que ni la celeridad ni la informalidad pueden tener prioridad sobre la seguridad jurídica. La transferencia de participaciones societarias en las sociedades anónimas que no realizan oferta pública de sus acciones y en los restantes tipos societarios no requiere una celeridad especial, ni puede por ello dejar de tenerse en cuenta el interés jurídico tutelado por el art. 1277 del cód. civil.

*2. Aportes de dominio a sociedades y reorganizaciones societarias:* El aporte de dominio de bienes inmuebles, derechos o muebles registrables a sociedades constituyen actuaciones sometidas al cumplimiento del art. 1277 del cód. civil. El aporte del uso y goce no implica transmisión de la titularidad y, por lo tanto, no requiere el asentimiento conyugal. En cuanto a la transformación o fusión de sociedades de personas, si bien el art. 1277 del cód. civil exige el asentimiento, a partir de la sanción de la Ley de Nominatividad de Títulos Valores 24.587, que impuso la obligatoriedad de las acciones nominativas no endosables, tornó carente de fundamentación el asentimiento. En cambio, sí lo era cuando en las sociedades anónimas se admitía la emisión de acciones al portador, cuya posterior transferencia no estaba sometida al asentimiento conyugal.

*3. Derechos:* Entre los derechos se incluyen derechos reales sobre inmuebles, la prenda con registro, los derechos sobre partes de interés, cuotas y acciones nominativas no endosables de sociedades, incluyendo los derechos reales sobre esas participaciones societarias.

*4. Nominatividad de las acciones. Aplicación del art. 1277 del cód. civil a la transferencia de acciones nominativas no endosables:* Cuando se sancionó la ley 17.711 que modificó el Código Civil, la nueva redacción del art. 1277 impuso el asentimiento conyugal para disponer de los bienes gananciales, en caso de inmuebles, derechos o bienes muebles registrables, aportes de esos bienes a sociedades. La sanción de la ley 24.587 de nominatividad de títulos valores determinó la exigencia de la firma del cónyuge, frente a cada transmisión de acciones nominativas no endosables. La titularidad de las acciones y las transferencias sobre las mismas se registran en el Libro de Registro de Acciones (art. 213, ley 19.550) con las formalidades de los Libros de Comercio. Resulta inadmisibles que por ser este Registro de carácter privado, no es exigible el cumplimiento del art. 1277 del cód. civil.

5. *Transferencias de partes de interés. Cuotas:* La transferencia de partes de interés y cuotas se deben anotar en el Registro Público de Comercio, pues se tratan de derechos que requieren el asentimiento conyugal de acuerdo con el art. 1277 del cód. civil.

6. *Transformación de sociedades y asentimiento conyugal:* El art. 1277 del cód. civil establece que "es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para (...) y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de estas...". Es innecesaria la exigencia requerida por el art. 1277 del cód. civil cuando se trata de la transformación de S.R.L. o de sociedades en comandita por acciones en S.A. Debe entenderse que la S.R.L. no es una sociedad de personas y tampoco de capital y que el art. 1277 se limita a las sociedades de personas. Autores como Halperín y Nissen sostienen que las sociedades de personas son: la colectiva, capital e industria, comandita simple y comandita por acciones respecto de los comanditados. Es mixta la sociedad de responsabilidad limitada. Sociedades de capital, la sociedad anónima y en comandita por acciones respecto del capital comanditario.

A partir de la sanción de la Ley de Nominatividad de Títulos Valores 24.587, las acciones, los debentures y las obligaciones no negociables deben ser nominativas no endosables, y toda transferencia de dichos títulos requiere el asentimiento del art. 1277 del cód. civil. No se requeriría si fueran las acciones al portador.

Respecto de la transformación, el art. 161 de la resolución general 7 de la Inspección General de Justicia, dice entre los requisitos, en el inc. 1º, apart. f): "El cumplimiento del art. 1277 del cód. civil, cuando la sociedad que se transforma sea una sociedad de personas". La finalidad del art. 1277 del cód. civil, respecto de la transformación, no es otra que la tutela de los derechos del cónyuge del socio de la sociedad transformada y ello queda a salvo desde que las acciones de la S.A. son nominativas no endosables y estas acciones son las que recibirá el socio cónyuge, de modo que si este las quiere transferir, entonces requerirá sí o sí el asentimiento conyugal del otro cónyuge.

7. *Transferencia de acciones de sociedad anónima:* La falta de asentimiento del cónyuge, en la transferencia de acciones nominativas no endosables, tiene el carácter de nulidad relativa, razón por la cual puede subsanarse por confirmación (arts. 1059, 1065, cód. civil) o prestación ulterior del asentimiento o autorización judicial posterior.

8. *Cesión de cuotas de S.R.L. Forma del contrato:* Si el contrato de cesión de cuotas de S.R.L. fue hecho por instrumento privado, sin firma certificada, realizado sin el asentimiento conyugal, obliga al cónyuge otorgante, quien deberá, en oportunidad de transferir el dominio, otorgar el título suficiente con asentimiento conyugal en un contrato en el que las partes cumplan con las formas legales, es decir, con firmas certificadas y el debido asentimiento conyugal.

Si el contrato se realizó en instrumento privado, sin firma certificada y sin el asentimiento del cónyuge del cedente, resulta válido como negocio de obligación y corresponde aplicar la doctrina que emana del art. 1185 del cód. civil, obligándose al cumplimiento de las formas impuestas por la ley y a la prestación del asentimiento.

9. *Fusión, escisión, regularización en la resolución general 7/05 de la Inspección General de Justicia*: La fusión es tratada por los arts. 165 a 169. Entre sus requisitos no se exige el cumplimiento del art. 1277 del cód. civil, a pesar de lo dispuesto por este para el caso de fusión de sociedades de personas. La escisión se trata en los arts. 170 a 174 y tampoco se exige el cumplimiento del art. 1277 del cód. civil. La regularización es analizada por los arts. 175 y 176. En el art. 175, inc. 1º, apart. f), entre los requisitos, establece: "El cumplimiento de lo dispuesto por el art. 1277 del cód. civil".

### III. CONTRATOS COMERCIALES

1) *Marca*: El art. 6º de la ley 22.362 dice: "La transferencia de la marca registrada es válida respecto de terceros, una vez inscripta en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial". Se trata de un derecho registrable y por lo tanto debe cumplirse con lo dispuesto por el art. 1277 del cód. civil.

2) *Patentes de invención*: El art. 37 de la Ley de Patentes 24.481 (t.o. dto. 260/96) y sus leyes modificatorias 24.572 y 25.859 dispone que "la patente y el modelo de utilidad serán transmisibles y podrán ser objeto de licencia, en forma total o parcial en los términos y con las formalidades que establece la legislación. Para que la cesión tenga efecto respecto de tercero deberá ser inscripta en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial". Al igual que la marca, se trata de un derecho registrable y también debe cumplirse con lo dispuesto por el art. 1277 del cód. civil.

3) *Prenda con registro* (decreto-ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/63, t.o. 897/95): La inscripción de los contratos prendarios se hará en el Registro de Prenda, que funciona en los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios (art. 17). El Registro de Prenda expedirá certificados y proporcionará informaciones a requerimiento judicial de establecimientos bancarios, de escribanos públicos con registro y de quien compruebe un interés ante el encargado del mismo. La prenda es un derecho real (art. 2503, inc. 6º, cód. civil). Tanto la inscripción como toda transferencia del crédito prendario requieren el asentimiento conyugal del art. 1277 del cód. civil.

4) *Warrants. Certificados de depósito* (ley 9643): Las operaciones de crédito mobiliario sobre frutos o productos agrícolas, ganaderos, forestales, mineros o de manufac-

turas nacionales, depositados en almacenes fiscales o de terceros, serán hechas por medio de “certificados de depósito” y *warrants*, expedidos de acuerdo con las disposiciones de esta ley y en la forma que reglamente el Poder Ejecutivo (art. 1º). Contra la entrega de los frutos o productos depositados, la Administración del respectivo almacén expedirá a la orden del depositante un “certificado de depósito” y *warrant* referente a aquellos (art. 6º).

El primer endoso del certificado de depósito o, en su caso, de *warrant*, se extenderá al dorso del respectivo documento, debiendo para su validez ser registrado en los libros rubricados especiales de la empresa emisora, dentro del término de 6 (seis) días. Los endosos subsiguientes, cuyo registro no es obligatorio, podrán hacerse en blanco o a continuación del primero (art. 8º). El efecto del endoso es la transmisión de la propiedad de las cosas a que se refiere el certificado; y tratándose del *warrant*, de los derechos creditorios del mismo (art. 9º).

La primera transferencia por endoso de los *warrants* está sujeta al asentimiento conyugal. Para su validez debe ser registrada en los libros especiales rubricados de la empresa emisora. Las siguientes transferencias no requieren el asentimiento, dado que su registro no es obligatorio.

5) *Transferencias de fondos de comercio*: La falta de mención expresa a la transferencia de fondo de comercio ha originado una controversia doctrinaria acerca de si es necesario el asentimiento conyugal o no. En el Código Civil comentado de Belluscio y Zannoni, respecto del art. 1277 (t. 6, p. 187 y ss.), al referirse en el parág. 39 a la doctrina nacional, señalan:

“Frente a la deficiente disposición legal, la doctrina nacional se ha planteado el problema de si *el fondo de comercio* está o no comprendido entre los bienes para cuya disposición es necesario el asentimiento conyugal. Es francamente mayoritaria la solución positiva, por la que se inclinan Borda, Spota, Guastavino, Cafferata, Mazzinghi, Zannoni, Gattari y Games. El argumento fundamental en tal sentido es el de que el art. 7º de la ley 11.867 impone que el contrato de compraventa de un fondo de comercio se otorgue por escrito y se inscriba en el Registro Público de Comercio, ‘para producir efecto con relación a terceros’. Trataríase, pues, de un bien cuyo registro está impuesto obligatoriamente por la ley”.

6) *Leasing*: El art. 1º de la Ley de Contrato de Leasing 25.248 dice: “En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio”. El art. 2º dice: “Pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing”. Cuando se traten

de inmuebles o de bienes muebles registrables, al momento de la transmisión del dominio se ha de requerir el asentimiento conyugal.

7) *Fideicomiso*: A modo de introducción expresamos que el fideicomiso está regulado por la ley 24.441. En su art. 1º dice: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante), transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

El art. 13 señala: "Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes".

Con relación a las sociedades comerciales y en particular respecto de las sociedades anónimas, podemos referirnos al fideicomiso en la transferencia de acciones y al fideicomiso en la sindicación de acciones. En el fideicomiso aplicable a la transferencia de acciones se opera la transmisión de la propiedad fiduciaria de las acciones, en caso de que sea abonado el precio total de la transferencia de las acciones a los vendedores fiduciantes y debido a ello el fiduciario transferirá la propiedad definitiva, libre del fideicomiso, a los compradores beneficiarios o sus herederos o legítimos sucesores. Por ello se requiere el asentimiento conyugal de acuerdo con el art. 1277 del cód. civil.

En el supuesto de aplicar el fideicomiso en la sindicación de acciones, se transmite la propiedad fiduciaria de las acciones sometidas a la sindicación, que no consiste en transferir la propiedad definitiva de las acciones, aplicándose lo dispuesto en el art. 14 de la ley 24.441: "Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...". El objeto del fideicomiso en este caso es el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales inherentes a las acciones y a los accionistas sindicados. Se trata de un fideicomiso de gerenciamiento o de administración. Por tal motivo, no corresponde el asentimiento conyugal.



## TEMA II

### COMODATO VERSUS DERECHO REAL DE HABITACIÓN

Coordinador: Natalio Pedro Etchegaray

Secretarías: Esc. Vanina Leila Capurro | Esc. María Cecilia Vázquez

LA POSTERGACIÓN DE LA ENTREGA DEL BIEN EN LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES  
(Trabajo presentado por el Coordinador, que se tomó como base para las conclusiones)

En las escrituras en las que se transmite, cualquiera fuere la causa, el dominio de inmuebles, los notarios no hemos podido encontrar un encuadre documental adecuado cuando se posterga, más allá de la escritura, la entrega del bien objeto del contrato. En la mayoría de los casos los hechos se dan de esta manera: el transmitente –generalmente vendedor– percibe el importe del precio, otorga la escritura y se compromete, a veces bajo palabra y otras en un documento privado, a entregar el inmueble desocupado en una fecha próxima.

Esta realidad muestra una anomalía, pues al no haberse efectuado la tradición del inmueble, ni tipificado alguno de los sucedáneos autorizados por la ley –*traditio brevi manu o constituto posesorio*–, el destinatario no ha adquirido el dominio (art. 2609, cod. civil). Tradicionalmente, esa anomalía ha intentado ser corregida mediante un sistema complejo: 1º) en la escritura, el adquirente reconoce encontrarse en posesión por habersele efectuado tradición antes de la escritura y 2º) se firma un contrato de comodato entre el transmitente y el adquirente, en el que aquel reconoce haber recibido el inmueble en préstamo gratuito de uso y se compromete a reintegrarlo al adquirente en una fecha y hora, que establecen en dicho contrato.

Aunque este es el sistema masivamente en uso, no lo encuentro adecuado y propongo su reemplazo por el siguiente: en la escritura, tanto el transmitente como el adquirente declaran que este último se encuentra en posesión *constituto posesorio*, ya que el transmitente continúa en la ocupación del inmueble, a nombre del adquirente, en virtud del *derecho real de habitación gratuito que se reserva hasta las ... horas del día ... momento en que se retirará del inmueble dejándolo completamente desocupado*”.

Trataré de justificar mi propuesta mediante el desarrollo de las críticas al sistema imperante y las ventajas del que propongo.

SISTEMA QUE SE UTILIZA ACTUALMENTE PARA JUSTIFICAR LA POSESIÓN. CRÍTICA

#### 1) Falsa declaración de haberse efectuado la tradición

El adquirente reconoce en la escritura que se encuentra en posesión del inmueble por tradición verificada antes del acto. Se parte del principio de que este reconocimiento,

al constar en instrumento público, hace plena fe no sólo entre las partes sino también respecto de terceros (arts. 994 y 995, cód. civil). El hecho de la posesión resulta "autenticado". Con ese reconocimiento contenido en la escritura el adquirente tiene una prueba, hasta que se demuestre lo contrario, de que se ha realizado la tradición, se encuentra en posesión y en consecuencia es el propietario; tiene dominio: *escritura y posesión*.

Este documento, por ser el instrumento público de enajenación y contener el reconocimiento de haberse realizado la tradición, tiene la virtualidad de acreditar, ante toda la comunidad, que el adquirente tiene el dominio. En consecuencia, ante cualquier requerimiento, esta escritura es un documento apto para acreditar el dominio. Es el costado útil y valioso de la solución.

Veamos ahora la parte disvaliosa de este reconocimiento documental. Pese a sus dichos, el transmitente continúa ocupando el inmueble y por aplicación de los arts. 2378 y 2379 del cód. civil esa sola declaración de darse por desposeído no sufre las formas legales que deben consistir en hechos materiales del transmitente o del adquirente. Luego, ante cualquier litigio, inclusive promovido por el propio enajenante, le será imposible al adquirente sostener la veracidad del reconocimiento escriturario.

#### *Clarificación de conceptos: tradición y posesión*

Según el art. 2377 del cód. civil, la *tradición* es el modo de cumplir voluntariamente con la entrega de una cosa, y debe realizarse necesariamente por actos materiales (art. 2379).

Pero entregar voluntariamente una cosa para cumplir una obligación, si bien siempre es *tradición*, no necesariamente es constitutiva de posesión. Lo aclara el art. 2460 del cód. civil cuando establece que la simple *tenencia* también se adquiere por la *tradición*.

Por ejemplo, la entrega que se basa en un contrato de locación no otorga *posesión*, sino simplemente *tenencia*; y la entrega que se basa en un derecho real de usufructo no otorga *posesión* de dominio, sino en todo caso la situación dual que define Vélez Sársfield en su nota al art. 2807 del cód. civil: desde su derecho, el usufructuario es poseedor material y civil, pero con relación al nudo propietario es un mero *tenedor*.

En otras palabras, la *tradición* otorga *posesión* cuando la entrega se basa en un contrato que tiene por objeto la adquisición de la propiedad de la cosa entregada, como son, por ejemplo: la compraventa, la donación, la permuta, la dación en pago, el aporte a una sociedad, etcétera.

El art. 2609 del cód. civil expresa: "Se pierde igualmente el dominio por enajenación de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradición en las cosas muebles, y en los inmuebles después de firmado el instrumento público de enajenación, seguido de la tradición". Surge de este artículo un sistema complejo. Para adquirir el dominio de los inmuebles se deben imprescindiblemente cumplir dos pasos –escritura y posesión– que pueden ser simultáneos o no, siendo en este último caso indiferente el orden en que se produzcan.

Decimos deliberadamente "*posesión*" y no "*tradición*" porque aun cuando este último es el vocablo utilizado por el Código Civil en el citado art. 2609, lo que el derecho impone para que el adquirente obtenga el dominio es que ostente la posesión. Cuando transmitente y adquirente otorgan la *escritura (instrumento público de enajenación)* con la que dan cumplimiento a uno de los requisitos previstos en el art. 2609 para adquirir el dominio, en la mayoría de los casos está pendiente el cumplimiento del otro: *la tradición*.

Ello porque es corriente que las escrituras no se firmen en los propios inmuebles transmitidos, sino generalmente en sedes bancarias y, por lo tanto, en horas que no son apropiadas para que el transmitente se retire del inmueble y pueda entregarlo al adquirente. En esas circunstancias se pacta la entrega posterior, generalmente luego de un día inhábil o feriado que se aprovecha para que el enajenante retire sus pertenencias y deje completamente desocupado el inmueble.

Es también frecuente otra realidad negocial: la escrituración de ventas en cadena, que requiere primero el pago del precio a un transmitente para que este pueda a su vez abonar a otro vendedor y este a un tercero. La cadena de tradiciones es justamente al revés: cuando al último de la cadena le entregan su inmueble se ponen en marcha las entregas postergadas.

## **2) El contrato real de comodato como justificación de la permanencia del transmitente en la ocupación del inmueble enajenado. Crítica**

### *El contrato real de comodato*

Habrá comodato cuando una parte (comodante) entregue a otra (comodatario) una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que la use gratuitamente (art. 2255, cód. civil). El Código Civil define al comodato como un *contrato real* que no depende de formalidad alguna, excepto la entrega de la cosa objeto del comodato. En consecuencia, podemos aislar como únicos requisitos tipificantes del contrato de comodato, los siguientes: 1) entrega de una cosa para ser usada por quien la recibe, 2) que ese uso sea gratuito.

Y justamente en el caso que estamos estudiando no hay entrega alguna por parte del pretendido comodante al comodatario; la realidad es que se ha postergado la entrega del inmueble por parte del enajenante, que por lo tanto es deudor de ejecutar una de las prestaciones a que le obliga el contrato que lo relaciona con el adquirente.

Mal puede el adquirente, que no recibió el inmueble del enajenante, volver a entregárselo a este para tipificar un contrato real de comodato. Habrá otra situación jurídica pero no un comodato. Y la situación jurídica, que se da claramente, es que el adquirente todavía no tiene el dominio, pues no se encuentra en posesión.

### *Crítica a esta solución*

El contrato de comodato que se firma en estas condiciones parte de una base muy débil: el pretendido "comodante" no es el propietario del inmueble, ya que al no haber tomado posesión no ha adquirido el derecho real de dominio. Esta excepción puede serle opuesta por el enajenante, que ha devenido en "comodatario" sólo en apariencia, ya que jurídicamente sigue siendo propietario.

Si bien se ha mantenido durante largos años como una solución aceptada en el comercio inmobiliario, sin mayores repercusiones en sede judicial, no podemos desconocer los casos judiciales en los que esta solución no ha sido aceptada, como los fallos en autos "Petracca, Antonio A. c. Corona Martínez, Enrique A. y otras" (CNCiv., sala C, 22-11-79, voto del Dr. Jorge Alterini) y "Fuente, Mario R. c. Cometto, Benjamín A. y otros" (CNCiv., sala K, 20-6-03, voto del Dr. Carlos Di Giorgis).

Del primero de los fallos citados podemos extraer la siguiente doctrina: los contratos en los que puede asentarse la justificación de la continuidad en la ocupación del inmueble por parte del transmitente solamente pueden ser consensuales, ya que si fueran contratos reales, como el comodato o el depósito, exigirían para tipificarse el previo desplazamiento de la cosa, lo que no ocurre en los casos objeto de este estudio. No se configura un *constituto posesorio* cuando en la escritura el adquirente reconoce encontrarse en posesión por tradición, si ello es desvirtuado por otras evidencias.

En el otro fallo casualmente se desestima la manifestación del adquirente "*que se encuentra en posesión del inmueble que adquiere por tradición efectuada en el día de la fecha*" por cuanto se desvirtuó inmediatamente con la prueba acumulada en autos. Sobre el particular aclaro el argumento del Dr. Di Giorgis: dice que dicho acto no tiene plena fe, porque no fue cumplido por el fedatario ni ha ocurrido en su presencia (art. 993, cód. civil), y que dicha manifestación (arts. 994 y 995 del mismo código) hace fe hasta la prueba en contrario, que es casualmente lo que pasó en este expediente.

Podemos concluir que el pretendido contrato de comodato es una mera creación literaria de las partes que en todo caso trata de suplir la falta de tradición.

#### *Ventajas jurídicas del sistema propuesto*

En cambio, al sistema que propugnamos no le cabe ninguna crítica similar. El enajenante que luego de firmada la escritura continúa en la ocupación del inmueble en virtud del derecho real de habitación gratuito que se reserva por tiempo determinado, por aplicación del inc. 3º del art. 2462 del cód. civil, deja de ser poseedor y se transforma en mero tenedor. El adquirente, aun sin tradición, ha devenido en poseedor. Y ello no como creación literaria sino con pleno efecto jurídico.

#### *Bases jurídicas del sistema propuesto*

Los soportes jurídicos de nuestra propuesta son dos: 1) el instituto legal del *constituto posesorio* como sucedáneo de los hechos materiales que exige la tradición y 2) el "*derecho real de habitación gratuito y por tiempo determinado*", constituido legalmente cuando el enajenante se reserva el goce de la vivienda, tal como lo establece el art. 2814 del cód. civil para el usufructo y que por remisión del art. 2949 del mismo Código se aplica a la habitación.

#### *Los sucedáneos de la tradición*

He detallado precedentemente mis objeciones al sistema tradicional en uso, ya que documenta que el adquirente está en posesión del bien objeto del contrato mediante la falsa declaración que este hace, de encontrarse ocupando el inmueble por tradición verificada antes del acto, a la vez que suscribe simultáneamente un contrato de comodato con el transmitente, como justificativo legal de la continuidad de este en la ocupación del bien.

Corresponde ahora analizar desde el punto de vista jurídico el sistema que propongo en su reemplazo: utilización de la figura jurídica del *constituto posesorio* (art. 2462, inc. 3º del cód. civil) para sustentar legalmente la continuidad del propietario en la ocupación del inmueble, en virtud del *derecho real de habitación temporario y gratuito*, que se reserva en la escritura de venta, permuta, donación, dación en pago o cualquier otro contrato que justifique la transmisión de dominio (arts. 2498 y 2969 del cód. civil y remisión de este último al art. 2921 del mismo código).

Recordemos que la tradición es el modo de cumplir voluntariamente con la entrega de una cosa (art. 2377, cód. civil) y quien la recibe tendrá posesión si esa recepción la hace con la intención de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351, cód. civil). Es decir que la tradición no otorga posesión si quien la recibe no tiene ánimo de dueño.

La tradición debe hacerse por alguna de las formas autorizadas por el Código y necesariamente por actos materiales (art. 2379, cód. civil). La sola declaración del transmitente de darse por desposeído no tiene efecto traditivo (art. 2378, cód. civil). No son eficaces las fórmulas documentales "por esta escritura le da la posesión" o "por este acto le efectúa la tradición", excepto que la escritura se otorgara en el mismo lugar donde se encuentra la cosa transmitida. Tampoco constituye tradición la entrega de las llaves o del título de propiedad ya que nuestro Código Civil no reconoce la tradición *ficta* que sí aparece en el art. 463 del cód. de comercio.

Pero el Código Civil establece dos excepciones al exigente rito de los actos materiales; espiritualiza en esos dos casos la adquisición de la posesión: 1) no hace falta la entrega cuando el que adquiere la cosa ya la tenía a nombre del propietario, como es el caso del locatario que adquiere la cosa que alquilaba o cuando la locación continúa, asumiendo el adquirente el carácter de locador. Se trata de la *traditio brevi manu* reconocida en el art. 2387 del cód. civil; 2) tampoco es necesaria la tradición cuando el transmitente continúa en la tenencia de la cosa enajenada y se constituye poseedor a nombre del adquirente. Se trata del *constituto posesorio* contenido en el art. 2462, inc. 3º del cód. civil.

### *Constituto posesorio*

La doctrina nacional sostiene mayoritariamente que el art. 2462, inc. 3º del cód. civil implanta en nuestro derecho el instituto del *constituto posesorio*, pero se divide, como se verá más adelante, respecto de si es necesario otro acto o negocio jurídico que legitime la continuidad del anterior propietario en la ocupación de la cosa enajenada.

La doctrina nacional minoritaria, que niega la existencia del *constituto posesorio* en nuestro Código Civil, ha sido expuesta por Bartolomé Llerena y Fernando Legón, quienes encuentran la imposibilidad de su aplicación en la contundente enunciación de varios artículos del Código Civil: art. 2378 (la sola declaración de tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa no supe las formas legales); art. 2379 (la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega o del que recibe, en ambos casos con asentimiento del otro) y art. 2380 (desistiendo el transmitente de la posesión que tenía y ejerciendo el adquirente actos posesorios en su presencia y sin oposición).

El máximo expositor de la doctrina mayoritaria, que sostiene la existencia del *constituto posesorio* ha sido Raimundo Salvat, quien refuta las críticas de Llerena con el texto del art. 2462, inc. 3º y los siguientes argumentos: 1º porque esta disposición exige el concurso de dos elementos esenciales, la enajenación o transmisión de la propiedad de la cosa y la continuación del enajenante en la posesión de ella, pero en nombre del adquirente; 2º porque el lenguaje mismo del artículo parece reconocer esta institución al decir que el propietario "se constituye poseedor a nombre del adquirente"; 3º porque Freitas, al anotar el art. 3753 de su proyecto, expresa que los actos materiales son necesarios para obtener la posesión, y que las meras declaraciones de las partes se tendrán por no escritas sin perjuicio de lo dispuesto sobre el *constituto posesorio* en el art. 3617, inc. 3º de su proyecto, que es la fuente de nuestro art. 2462, inc. 3º.

Pero también Raimundo Salvat, siguiendo a Ihering, ha sido el principal sostenedor de la doctrina que el *constituto posesorio* exige en todos los casos dos actos jurídicos distintos e independientes: el acto de enajenación, en virtud del cual la posesión debe pasar al adquirente, y el acto anexo en virtud del cual el enajenante pasa a ocupar la cosa como simple tenedor, fuera este acto un contrato de locación, fuera la constitución de un usufructo, etc. Es lo que denomino "*constituto posesorio objetivo*".

En cambio, Héctor Lafaille, Alberto G. Spota y Guillermo Borda no encuentran indispensable un acto o contrato independiente para convertir al transmitente en mero tenedor, si enajena un inmueble y reconoce en el instrumento que continúa en la ocupación a nombre del adquirente, en virtud del art. 2462, inc. 3º del cód. civil. Es lo que denomino "*constituto posesorio subjetivo*".

Basándome en el análisis de los distintos incisos del art. 2462 encuentro adecuada a derecho esta última doctrina, pero el rechazo generalizado y mayoritario de los que adhieren a las enseñanzas de Raimundo Salvat impone desestimarla y aplicar la primera.

En resumen, la doctrina nacional mayoritaria reconoce la existencia en nuestro derecho del instituto *constituto posesorio* y lo encuentra apto para que el adquirente reciba la posesión del inmueble, pero también exige un acto jurídico simultáneo que legitime la tenencia posterior por parte del ex propietario.

De este acto jurídico legitimador me ocupo seguidamente, proponiendo la utilización del derecho real de habitación temporario y gratuito.

### *Derecho real de habitación temporario y gratuito*

Es corriente la utilización de la reserva del derecho real de usufructo, generalmente vitalicio y gratuito, en innumerables escrituras de donación de bienes inmuebles de padres a hijos. Más allá de algunas incorrecciones de técnica documental a la hora de reconocer la posesión del donatario (ya que erróneamente se habla de tradición cuando no se produce en estos casos), nadie duda de la juridicidad de la ocupación del inmueble que continúa ejerciendo el donante, en virtud del derecho real de usufructo que se reserva.

Y nadie piensa que el nudo propietario necesite al término del usufructo, ya fuere por finalización del plazo, por fallecimiento o por renuncia del usufructo, que alguien le efectúe la entrega del bien, ni que deba realizar actos materiales para ser poseedor a título de dueño, ya que siempre lo fue. Es decir que naturalmente se ha aceptado y se sigue aceptando la utilización del instituto del *constituto posesorio* para que el adquirente obtenga la posesión en las enajenaciones donde el transmitente se reserva el derecho real de usufructo, sin importar mayormente si es temporario o vitalicio, si es oneroso o gratuito.

Por lo tanto, no creo que pueda objetarse un *constituto posesorio* en los casos en los que el transmitente continúa por algún tiempo en la ocupación del inmueble enajenado, basándose en un derecho real de habitación temporario y gratuito que se reserva simultáneamente con la firma del instrumento de enajenación. En consecuencia, se pueden asimilar el derecho real de habitación con el derecho real de usufructo, en cuanto actos que legitiman el *constituto posesorio*. Son muchas las semejanzas y pocas las diferencias, y estas a su vez resultan ventajosas para el adquirente.

En efecto, los artículos y las notas del Código Civil se ocupan de reconocer que el uso y en su caso la habitación son derechos puramente personales, en el sentido de que no es debido sino a la persona para cuya utilidad o beneficio se ha establecido, sin ser accesorio de la posesión de heredad alguna, y que no pasa a los herederos del usuario o habitador.

Entre el uso y la habitación la diferencia de denominación se basa en el objeto: cuando se refiera a una casa y a la utilidad de morar en ella el habitador y su familia (art. 2498, cód. civil), se llama "derecho real de habitación".

El derecho real de habitación se constituye del mismo modo que el usufructo (art. 2949, cód. civil), es decir, por contrato oneroso o gratuito, por disposición de última voluntad o por prescripción, excluyéndose la habitación legal. Es entonces una forma válida de constitución cuando el propietario enajena la cosa, reservándose el derecho real de habitación sobre todo o parte del bien (art. 2812, inc. 1º, cód. civil).



Se presume que se constituye por la vida del habitador si no se fija término y que es oneroso si no se expresa lo contrario (arts. 2819, 2822 y 2953, cód. civil).

El habitador no puede ceder el uso del inmueble ni alquilarlo (art. 2963, cód. civil).

El derecho real de habitación puede constituirse sobre la totalidad de una casa o sobre parte de ella y el habitador debe las cargas y contribuciones, tanto impositivas como necesarias para conservar o reparar el inmueble (art. 2968, cód. civil).

El derecho real de habitación se extingue por expirar el término por el cual fue constituido (art. 2921, cód. civil). Por ello es importante que este plazo se publicite en la matrícula correspondiente al registrarse el derecho real de habitación.

Al vencimiento del término, si el habitador no entrega el inmueble, el propietario podrá iniciar acciones legales para obtener la restitución por haberse extinguido el derecho real. En este caso, el demandado no tendrá la posibilidad de intentar en su defensa que el accionante no tiene el dominio por no haberse realizado oportunamente los actos materiales que exige la tradición, como sí le sería posible si hubiera sido comodatario. Y no podrá intentar esa aventura judicial justamente porque la aplicación del *constituto posesorio* tornó innecesaria la ejecución de hechos materiales para que el adquirente obtuviera su dominio.

## APÉNDICE

### **Textos escriturarios**

Como corolario de estas líneas insertamos a continuación los textos que sugerimos se incorporen en las escrituras de adquisición de dominio de bienes inmuebles, cualquiera fuese el contrato causal.

### **Declaraciones del transmitente**

*Tercero:* La parte vendedora transmite a la parte compradora todos los derechos inherentes al dominio y a la posesión, responde por evicción y vicios redhibitorios y se obliga al saneamiento con arreglo a derecho y *declara:* d) Que de acuerdo con el inc. 3º del art. 2642 del cód. civil, transmite al comprador todos los derechos inherentes al dominio y a la posesión del bien vendido, aclarando que continúa ocupándolo, a nombre del adquirente, *constituto posesorio*, en razón del derecho real de habitación gratuito que se reserva, hasta las doce horas del día ..., momento en el que se retirará del inmueble dejándolo completamente desocupado.

### **Declaraciones del adquirente**

*Cuarto:* La parte compradora *acepta* la transferencia de dominio y *declara:* a) Que de acuerdo con el art. 2642, inc. 3º, del cód. civil, reconoce que la parte vendedora, que le transmite *constituto posesorio* la posesión del inmueble, continúa ocupándolo a su nombre, en virtud del derecho real de habitación gratuito que se reserva, hasta las doce horas del día ..., momento en el que se retirará del inmueble vendido dejándolo completamente desocupado.

### **Declaraciones de ambas partes**

*Quinto:* Las partes *declaran* que si el vendedor no desocupare totalmente el inmueble antes de las doce horas del día ... incurrirá en una multa diaria, a favor del comprador, de ... pesos por cada día de atraso en la desocupación, por el simple retardo, sin interpelación previa alguna, judicial o extrajudicial, suma que podrá reclamarse por la vía ejecutiva, sin perjuicio del derecho del comprador a solicitar de inmediato su lanzamiento por la fuerza pública mediante el correspondiente procedimiento judicial, a cuyo efecto las partes se someten a los tribunales competentes de la Ciudad de ... constituyendo domicilios especiales en los siguientes: la parte vendedora en ... y la parte compradora en ...